



Expediente 85/18

Materia: Régimen de modificación del contrato de obras y otras cuestiones.

ANTECEDENTES

La Diputación Provincial de Málaga ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la que manifiesta que con la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), el régimen de modificación del contrato de obras queda regulado en el artículo 242. Indica la entidad consultante que, con la intención de fijar un criterio uniforme a aplicar por la Corporación en relación a las modificaciones de contratos de obras, procede a darnos traslado de un buen número de dudas interpretativas de carácter general que en relación a la aplicación del artículo 242 LCSP se plantean. Plantea posteriormente una serie de consultas referentes a diferentes cuestiones.

Esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, ante la variedad y extensión de las cuestiones planteadas, va a proceder a contestarlas por separado, previo análisis de cada una de ellas.

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. Cuando el artículo 242.4 LCSP determina que no tendrán la consideración de modificaciones el exceso de mediciones siempre que en global no represente un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial, ¿debe ser interpretado ese exceso de mediciones en el sentido que la Junta consultiva de contratación expuso en su Informe 16/06 de 30 de octubre, es decir, el resultado de



compensar los excesos con defectos en las unidades de obras ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto?

La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, (LCSP) señala en su artículo 242.4, que versa sobre la modificación del contrato de obras, que no tendrán la consideración de modificaciones: *“i. El exceso de mediciones, entendiendo 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. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra.”* Esta regla no es novedosa, sino que tuvo su primera manifestación en nuestro derecho en la Cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado mediante Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, tratándose posteriormente en las sucesivas normas que regulan la contratación pública.

Como señalamos en nuestro informe 27/2012, estamos en presencia de un supuesto específico, dotado de una regulación expresa, que tiene por finalidad facilitar la ejecución de los contratos de obras, al margen del régimen general de los modificados de los contratos, y que responde a las exigencias propias de este tipo contractual, pues permite un margen de desviación en las mediciones efectuadas en las unidades de obra ejecutadas de hasta un 10 % del precio inicial.

Nuestro Informe 16/06 alude a la interpretación del artículo 160 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP) que trata específicamente de las variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas, señalando lo siguiente:

“1. Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando 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 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido.”

Nuestro informe de 2006 resolvió una consulta en la que se planteaba si lo previsto en el citado artículo era de aplicación únicamente a los denominados "*excesos de medición*", es decir, a la ejecución de más unidades de obra de las previstas en el proyecto o si, por el contrario, las previsiones de dicho artículo serían también de aplicación a los "*defectos de medición*" o los supuestos en los que el número de unidades realmente ejecutadas es inferior a las previstas en el proyecto.

Señalamos entonces que el precepto en cuestión se refería "*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.*" Dijimos también que el único requisito que exigía la norma era que tales alteraciones no representasen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato y que resultaba "*evidente que este último requisito negativo no puede darse en los supuestos de defectos de medición, lo que lleva a concluir que los mismos son aceptados por el reglamento sin someterlos a ninguna limitación...*" Como colofón de lo anterior, también señalamos que no existía ningún impedimento a la posibilidad de compensar excesos y defectos de medición a efectos del cómputo del límite del 10 por 100 "*puesto que el artículo 160 del RGLCAP se refiere a variaciones y no a aumentos o reducciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas de forma aislada. Por tanto, el límite del 10 por 100 ha de aplicarse sobre el saldo de dichos aumentos o reducciones, es decir, teniendo en cuenta la variación total que se produce en el número de unidades ejecutadas.*"

La redacción que ofrece la LCSP en el artículo 242.4 i) tiene un contenido similar a la del artículo 160 del Reglamento a estos efectos e, incluso, bien puede decirse que recoge los pronunciamientos de esta Junta al respecto cuando alude a una variación en global de las unidades ejecutadas sobre las previstas, o cuando habla



expresamente de “*exceso de mediciones*”, tal como ya hacíamos en nuestro informe del año 2006. Por lo tanto, es comprensible que la interpretación del precepto haya de ser la misma.

2. *El exceso de mediciones no podrá representar un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial, ¿cómo se efectúan los cálculos?*

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.

Ciertamente, la ley no precisa cómo ha de realizarse el cálculo, pero sí ofrece un punto de partida significativo pues alude al concepto del precio del contrato inicial. Esta expresión parece ser poco acertada técnicamente hablando puesto que el contrato inicial no ha cambiado con los excesos de medición, ni tampoco lo haría con una modificación del contrato. Dicho de otro modo, el contrato sigue siendo el mismo; no hay otro diferente. Seguramente la redacción habría sido más precisa si hubiera aludido al precio inicial del contrato, esto es, al precio de adjudicación. Así lo indicamos en nuestro informe 37/2007 en relación con la expresión “*precio del contrato primitivo*”, donde señalamos que “*en dicha expresión debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato resultante del procedimiento de adjudicación*”.

Recordemos, en este sentido, que la propia Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en el artículo 102 señala que “*los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado.*” Esta última mención a lo pactado por las partes debe entenderse como una referencia al precio estipulado por la realización de la prestación en el momento de la formalización, que coincidirá con el precio de adjudicación siendo éste, conforme ya afirmamos en nuestro Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008, “*el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista.*”



Una vez que disponemos del punto de partida, parece lógico entender que sobre esta cantidad 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.

Por su parte, 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 exceso de mediciones lo que ocurre es que, tras la correcta ejecución de lo previsto en el proyecto, la medición revela que aquel no calculó correctamente las unidades de obra necesarias para llevarlo a cabo y, en consecuencia, los precios han de ser los que en su día se pactaron. En los casos de modificación, por el contrario, se introducen unidades nuevas o cualitativamente diferentes, por lo que los precios a aplicar deben cambiar y fijarse *ex novo*.

3. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra, pero ¿en la preparación del contrato dicho porcentaje del 10 por ciento debe contemplarse en el cálculo del valor estimado o incluirse en el importe del presupuesto base de licitación?

La respuesta es clara y ya la recogimos en nuestro Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008. 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.

4. De conformidad con el artículo 160.2 RGLCAP "las variaciones mencionadas en el apartado anterior -exceso de mediciones-, respetando en todo caso el límite previsto en el mismo, se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser



recogidas y abonadas en las certificaciones mensuales, conforme a lo prescrito en el artículo 145 de la Ley, o con cargo al crédito adicional del 10 por 100 a que alude la disposición adicional decimocuarta de la Ley, en la certificación final". En la actualidad el artículo 242.4.i) señala que el exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra. Ante la claridad de este precepto ¿debe entenderse tácitamente derogado el artículo 160.2 del reglamento o cabe seguir recogiendo los excesos de mediciones en las certificaciones mensuales? De atenderse al tenor literal del artículo 242.4.i) LCSP entendemos que las certificaciones mensuales de obras no reflejarían la realidad de la obra verdaderamente ejecutada.

La regla que contiene el artículo 242 LCSP respecto de la necesidad de hacer constar los excesos de medición en la certificación final de la obra no se recogía en su más inmediato precedente, el 234 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011. Tampoco se encontraba en las normas anteriores sobre contratación pública, como el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000.

Ninguna de las leyes anteriores a la vigente aludía tampoco a la incorporación de los excesos de medición a las relaciones valoradas mensuales ni a su abono en las certificaciones mensuales. Sin embargo, tal regla sí fue recogida en el Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2001.

La regla que recoge el artículo 242 de la LCSP es taxativa sin duda y, sin embargo, a nuestro juicio no es excluyente. Ambos preceptos, el 242 LCSP y el 160.2 RGLCAP, pueden interpretarse de manera sistemática, de modo que, por un lado, la ley obligaría a incluir los excesos de medición en la certificación final de las obras con el fin de garantizar su control y el pago íntegro y no excesivo de las cantidades que representan y, por otro lado y sin perjuicio de lo anterior, el Reglamento exigiría incorporar los excesos de medición que mensualmente se vayan produciendo a las relaciones valoradas y a las certificaciones mensuales.



En una correcta práctica por parte del órgano de contratación este sistema permitiría detallar y pagar provisionalmente la obra realmente ejecutada en cortos periodos de tiempo y también, en el momento de la certificación final, proceder a liquidar la cantidad definitiva que, como excesos de medición, se haya podido comprobar que existen a la finalización de la obra.

Por tanto, bajo nuestro criterio, la referencia contenida en la LCSP (artículo 242. 4 i) no es contraria ni deroga lo dispuesto en el artículo 160 RGLCAP.

5. Si en el transcurso de la ejecución de una obra se estima por el Director de la misma que el exceso de mediciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto va a representar un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial, ¿deberá aprobarse un proyecto modificado de obras -en el seno de la tramitación de un expediente de modificación del contrato- donde se recoja la totalidad del exceso de mediciones o sólo donde se recoja el exceso sobre el límite máximo del 10 por ciento antes señalado?

La propia ubicación de la norma que alude a los excesos de mediciones, como un supuesto que no se considera modificación dentro del apartado 4 del artículo 242, permite entender que estamos ante 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.

Por tanto, cuando nos encontremos ante un supuesto como el planteado en la consulta, deberá tramitarse una modificación por la totalidad de la variación detectada entre el número de unidades de obra ejecutadas sobre las previstas en el proyecto puesto que, en la medida en que dicha variación va a exceder de ese 10%, ya no puede considerarse como un exceso de medición, sino que toda la variación en su conjunto debe tratarse como una modificación. Esta es, sin duda, la intención del



legislador cuando, como ya hemos visto, establece el límite del 10% considerado en global.

Otro supuesto diferente es el que menciona el artículo 160.2 *in fine* del RGLCAP, que se produce cuando con posterioridad a las variaciones ya producidas hubiere necesidad de introducir auténticas modificaciones en el contrato por la adición de unidades de obra, caso en el que los excesos de mediciones habrán de ser recogidos en la propuesta a elaborar, sin esperar a hacerlo en la certificación final.

6. Al no tener el exceso de mediciones igual o inferior al 10% del precio del contrato la consideración de modificaciones ¿se pueden ejecutar directamente durante el transcurso de las obras sin previa aprobación del órgano de contratación'?

Ya hemos visto que el artículo 242.4 LCSP trata estos supuestos como excepciones a la regla de tramitación de un expediente de modificación del contrato.

En esta misma línea se pronuncia el artículo 160.1 RGLCAP, que señala lo siguiente:

“1. Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando 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 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido.”

Por tanto, parece claro que, conforme a la finalidad de la norma, en estos casos no es necesario tramitar un expediente de modificación ni tampoco obtener autorización previa del órgano de contratación. Este criterio ya fue expuesto por esta Junta Consultiva en el informe 74/2009 donde señalamos que *“las variaciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato no requieren aprobación explícita pero sí requieren pronunciamiento acerca*



de si de ellas se deriva o no la necesidad de ampliar el plazo de ejecución del contrato. Si se acordara que procede la ampliación del plazo esta deberá hacerse de forma automática en forma proporcional al incremento porcentual del precio". Obviamente debe dejarse a salvo el supuesto en que proceda un reajuste de anualidades, en cuyo caso se estará a lo establecido en el artículo 96 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, debe recordarse que lo que no cabe es que el contratista, por su propia voluntad, decida alterar el objeto del contrato definido en el proyecto. El supuesto que estamos analizando supone la existencia de una variación de la obra realmente ejecutada con respecto de la prevista en el proyecto, normalmente como consecuencia de un posible error del propio proyecto y verificada en una correcta ejecución del mismo, pero no autoriza en modo alguno al contratista a introducir nuevas unidades de obra por su exclusiva voluntad.

7. Existiendo un exceso de mediciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas en el proyecto hasta el límite del 10 por ciento del precio del contrato, ¿se computan en el cálculo del límite del 50 por ciento o del 15 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, que para las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares contempla el artículo 205 LCSP?

Esta cuestión ya ha sido contestada. Por congruencia con lo que ya indicamos en el apartado 5 de este informe, las variaciones que tengan la consideración de excesos de medición por no exceder del 10 por ciento del precio del contrato inicial no son modificaciones del contrato y, por tanto, no se deben computar a los efectos del cálculo de los límites que son propios de tales modificaciones.

8. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obras no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste y no sea necesario realizar una nueva licitación, en caso de no aceptar el contratista los precios nuevos fijados por la administración, la obligatoriedad para el contratista -en los



términos señalados por el Tribunal Supremo- de ejecutar la citadas nuevas unidades de obra ¿tiene como límite el 20 por ciento, en más o en menos, del precio inicial del contrato en relación con lo señalado en el artículo 211.1 g) LCSP?

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 remisión que el precepto hace al artículo 211 LCSP, que trata de las causas de resolución de los contratos en general, no parece referirse a la letra g) del apartado 1 del precepto sino a la letra h), que considera causas de resolución las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en la Ley. En efecto, no estamos ante un supuesto legal de modificación no prevista en que quepa resolver el contrato porque se excedan los límites del artículo 211 LCSP, sino ante una causa de resolución que está establecida especialmente en las normas reguladoras del contrato de obras.

9. El artículo 242.2 LCSP reconoce la consideración de modificaciones a la introducción de unidades de obra nuevas o que difieran de las fijadas en el proyecto y no fuese necesario realizar una nueva licitación -se hace referencia a que "cuando las modificaciones (...) En estos casos se ha venido entendiendo que era suficiente con suscribir un acta de precios contradictorios sin redacción de proyecto modificado ni tramitar expediente de modificación del contrato de obras. Dada su consideración



expresa como modificación (siempre que no se trate de los supuestos previstos en el artículo 242.4.ii) que no tienen la consideración de modificación), ¿es exigible la tramitación de un expediente verificando la concurrencia de los supuestos habilitantes del artículo 203 y siguiendo el procedimiento previsto para la modificación del contrato de obras en los artículos 191, 207 y 242.4 LCSP, es decir, con la redacción de un proyecto modificado para su supervisión y aprobación, con trámite de audiencia, dictamen, en su caso, del órgano consultivo y aprobación del expediente de modificación y de los gastos complementarios por el órgano de contratación?

Tanto la LCSP como el RGLCAP detallan, de manera compatible, los trámites del procedimiento que obligatoriamente habrá de seguirse en este caso.

El párrafo primero del artículo 242.4 LCSP indica que cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos legalmente establecidos, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará 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.

El artículo 162.2 del RGLCAP señala que cuando sea necesaria la ejecución de unidades nuevas no previstas en el proyecto, el director de las obras elevará al órgano de contratación las propuestas de los precios nuevos y la repercusión sobre el plazo de ejecución del contrato. La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas.

Este precepto no es incompatible con el sentido del párrafo primero del apartado 4 del artículo 242 LCSP, que es la norma procedimental aplicable al caso, ni con lo dispuesto para cualquier modificación en los artículos 191 y 207 LCSP.



De conformidad con las citadas normas, el Reglamento exige al Director de obra que presente la hoja de precios y que el contratista preste su asentimiento a los mismos para poder iniciar los trabajos y la Ley, por su parte, exige para cualquier modificación del proyecto que se autorice la tramitación de un expediente de modificación con audiencia del contratista (que versará, entre otras cosas, sobre la aceptación de los precios establecidos por la Administración) y que, tras redactar y aprobar la modificación del proyecto, se apruebe el expediente en su conjunto.

Tales preceptos no son incompatibles, máxime cuando el párrafo segundo no diferencia entre distintos tipos de modificaciones.

A todo ello hay que añadir lo que indica el último párrafo del apartado 5 del artículo 242 LCSP, conforme al cual *“Las certificaciones a expedir durante la tramitación del expediente modificado que comprendan unidades no previstas en el proyecto inicial tomarán como referencia los precios que figuren en la propuesta técnica motivada, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta provisionales sujetos a las rectificaciones y variaciones que puedan resultar una vez se apruebe el proyecto modificado, todo ello, sin perjuicio de las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden.”* No cabe duda, por lo tanto, de que en el expediente modificado se pueden comprender unidades de obra no previstas en el proyecto inicial, lo que ratifica nuestro criterio en el sentido de que la norma no diferencia supuestos, y que en este caso se tomarán como referencia los precios que figuren en la propuesta técnica motivada, que es la que debe elaborar el director facultativo.

10. No tendrán la consideración de modificación del contrato según el artículo 242.4 la inclusión, en los términos y condiciones fijados en ese artículo, de precios nuevos fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en la ley y normas de desarrollo. ¿A qué procedimiento se refiere?



El artículo 242 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.

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.

Respecto de esta materia el RGLCAP, por su parte, contempla una regla adjetiva sobre la fijación del precio de las unidades de obra no previstas en el contrato e incluidas con posterioridad. Es el artículo 158, que indica lo siguiente:

“1. Cuando se juzgue necesario emplear materiales o ejecutar unidades de obra que no figuren en el proyecto, la propuesta del director de la obra sobre los nuevos precios a fijar se basará en cuanto resulte de aplicación, en los costes elementales fijados en la descomposición de los precios unitarios integrados en el contrato y, en cualquier caso, en los costes que correspondiesen a la fecha en que tuvo lugar la adjudicación.

2. Los nuevos precios, una vez aprobados por el órgano de contratación, se considerarán incorporados a todos los efectos a los cuadros de precios del proyecto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 146.2 de la Ley.”

Ya hemos visto que en el caso de excesos de mediciones lo normal será que no sea necesario fijar nuevos precios, por aplicarse los mismos que ya estaban descritos en el proyecto.



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.

11. Con arreglo al artículo 242.4, la inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente no se consideran modificaciones cuando no supongan incremento del precio global del contrato. ¿Qué ha de entenderse por precio global? ¿Ha de entenderse por precio global el referido al precio primitivo más los posibles excesos de mediciones y/o modificaciones que hayan podido tener lugar durante la ejecución de la obra, o solamente al precio inicial del contrato?

La LCSP diferencia dos supuestos que no tienen la consideración de modificación del contrato: el exceso de mediciones y la inclusión de precios nuevos. Se trata, como después veremos, de dos supuestos diferentes.

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. Tal cosa no resultaría congruente con el hecho de que el legislador haya querido diferenciar los supuestos de modificación por introducción de unidades nuevas, por un lado, de los excesos de mediciones (que no supone la fijación de precios nuevos), por otro, y de la inclusión de precios nuevos por otras razones diferentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, no tendría mucho sentido que la expresión precio global incluyera excesos de mediciones por las siguientes razones:

- Porque este supuesto ya está tratado en la letra i) del artículo 242.4 LCSP para los excesos de mediciones, o en el artículo 242.2 LCSP para las modificaciones del contrato por introducción de unidades de obra. En el primer supuesto el límite establecido legalmente del 10% del precio de adjudicación, ya lo hemos visto, es diferente del que se establece para los precios nuevos; en el segundo, sí estamos en presencia de una modificación.
- Porque, aunque la LCSP no menciona la expresión precio global en el artículo 102, queda claro que esta expresión, en el marco de la ejecución del contrato, debe asimilarse al precio de adjudicación, sin añadir la introducción o la variación de unidades de obra, ya que estamos en presencia de otro supuesto.
- Porque la intención de la norma parece ser que, cuando se realiza una fijación de precios contradictorios al margen de los supuestos de introducción de unidades de obra o de excesos de mediciones, la incidencia sobre el precio del contrato o sobre la extensión del objeto del mismo abarcada por los nuevos precios contradictorios sea notablemente menor que en los casos de nuevas unidades de obra. Tal cosa ocurre, por ejemplo, cuando la evolución técnica en los requerimientos de una obra obliga a emplear nuevos materiales que no



sean más costosos que los que estaban presupuestados originalmente y que no afectan a unidades de obra originales que excedan en su importe del 3% del presupuesto primitivo del contrato.

Por lo expuesto, 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.

12. Para verificar el cumplimiento de la regla establecida en el art. 242.4 en el sentido de que los precios nuevos fijados contradictoriamente no supongan incremento del precio global del contrato ¿cabe compensar los precios nuevos que proceden de unidades no previstas en el proyecto con la supresión o reducción de cualesquiera unidades de obra previstas en el proyecto o exclusivamente se podría compensar con la supresión o reducción de aquellas unidades de obras que directamente se ven afectadas por la incorporación de los precios nuevos?

Ya hemos visto que la ley exige en este caso que la fijación de nuevos precios contradictorios no suponga 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. Por tanto, 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, como hemos visto, está limitada a los efectos de su no consideración como modificación contractual.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, y teniendo en cuenta también 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.

13. No considerándose modificación del contrato la inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente siempre que no afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del contrato, ¿las unidades de obras que no deben exceder del 3% son las unidades nuevas a introducir o las unidades previstas en el proyecto que se vean afectadas con una posible reducción o supresión? ¿el presupuesto primitivo equivale al precio del contrato inicial excluido IVA?

La primera cuestión ya ha sido contestada en el apartado anterior. Los supuestos de inclusión de precios nuevos no son los mismos que la introducción de nuevas unidades de obra o de aquellas cuyas características difieran de lo establecido en el proyecto, ni tampoco coinciden con los excesos de medición.

El presupuesto primitivo no equivale al precio del contrato inicial o, con mayor rigor, al precio inicial del contrato (o precio de adjudicación, como ya hemos señalado). 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. De otra manera no se entendería la variedad terminológica que ha empleado la norma, pudiendo añadirse que no resulta irrazonable que el cálculo del límite del 3% aplicable a las unidades de obra afectadas por los nuevos precios se aplique sobre el cálculo inicial realizado, como límite de gasto, por el órgano de contratación conforme al proyecto aprobado en su día.

14. No teniendo la consideración legal de modificación del contrato los supuestos previstos en el artículo 242.4, ¿se exige tramitación alguna al margen de la fijación de los precios contradictorios?, en su caso, ¿cuál sería?



Ya hemos tratado indirectamente esta cuestión. El artículo 242 LCSP diferencia claramente los supuestos de modificación del contrato, que exigen aprobación del órgano de contratación y un procedimiento específico de modificación, de los casos de excesos de medición o fijación de precios contradictorios que no tienen esa consideración. Respecto de estos no se exige la aprobación previa por el órgano de contratación ni tampoco la tramitación de un expediente para su modificación.

15. Con independencia de las dudas que a la entidad consultante suscita el nuevo régimen legal de la modificación del contrato de obras, indica en su consulta que existen otras cuestiones controvertidas de carácter general en relación con las cuales se interesa el parecer de la Junta Consultiva. Son las que a continuación vamos a contestar de forma separada.

De conformidad con lo dispuesto en la DA 3ª.3 LCSP, referida específicamente a las entidades locales. "el órgano interventor asistirá a la recepción material de todos los contratos, excepto los contratos menores". Por su parte, el artículo 210 determina con carácter general que "en todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características. A la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando ello sea preceptivo, la fecha y lugar del acto, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión". Este último precepto alude a la "eventual asistencia" de la Intervención, posibilidad, que no obligación, que puede ponerse en relación con lo señalado en la Resolución de 11 de octubre de 2017, de la Intervención General. de la Seguridad Social, sobre el desarrollo de la función interventora en el ámbito de la comprobación material de la inversión (BOE n" 252, de 19 de octubre de 2017), resolución que en su artículo Sexto hace referencia tanto a la "asistencia potestativa a la comprobación material de la inversión como al ejercicio de las facultades que el Real Decreto 706/1997, de 16 de mayo, reconoce al Interventor General a efecto de poder acordar la no designación de



representante para su asistencia en funciones de intervención de la comprobación material de la inversión", pudiendo la Intervención General resolver sobre la petición de designación de representante "aplicando técnicas de muestreo". Visto lo anteriormente expuesto y en el ámbito de las entidades locales, ¿resulta obligatoria en todo caso la asistencia del representante de la Intervención a la recepción material de todos los contratos, excepto los contratos menores, o cabe que en virtud de sus facultades de auto organización la entidad local acuerde la posibilidad, a la vista de la escasez de medios personales, de que dicha asistencia sea potestativa, procediendo a la misma previo análisis de los riesgos y por técnicas de muestreo?

La presente cuestión excede de las competencias de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado puesto que la norma legal se limita a establecer la asistencia del órgano interventor, pero ello ha de entenderse en el marco de las reglas particulares establecidas para este tipo de órganos, cuestión que, por tanto, es ajena a las competencias de este órgano.

16. El artículo 20.4 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, dispone que "la intervención de la comprobación material de la inversión se realizará, en todo caso, concurriendo el órgano interventor, o en quien delegue, al acto de recepción de la obra, servicio o adquisición de que se trate". Mientras que, en el ámbito estatal, por ejemplo, en la Resolución. de 11 de octubre de 2017, de la Intervención General de la Seguridad Social anteriormente citada, se dispone que "los representantes de la Intervención General serán designados entre los funcionarios destinados en las Intervenciones delegadas u órganos integrados en la propia Intervención General de la Seguridad Social. En todo caso, el representante designado deberá pertenecer al Cuerpo Superior de Interventores y Auditores de la Administración de la Seguridad Social". nada dice al respecto el R.D 424/2017, conteniendo una mera referencia a la persona "en quien (se) delegue". A la vista de este silencio y ante la insuficiencia endémica de personal en la Intervención de las Entidades Locales, ¿cabe que la designación de representante para asistir a la comprobación material de la inversión



recaiga en un funcionario, con suficiente cualificación, que no tenga la condición de habilitado nacional?

La respuesta a esta cuestión ha de ser la misma que a la anterior. Se trata de una cuestión que desborda nuestras competencias.

17. La actual normativa ha suprimido la referencia contenida en el anterior artículo 227.2.e) TRLCSP en el sentido de que "las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación". No obstante lo anterior, y en la medida en que de conformidad con el artículo 215 LCSP el contratista "podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación", ¿cabe que, motivadamente, se establezca en el pliego un límite máximo a la posibilidad de subcontratación?

El principio de libertad de pactos en materia de contratación pública recogido en el artículo 34 LCSP permite incluir en los pliegos cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración. 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 215.1 LCSP y para determinadas prestaciones como las mencionadas en las letras d) y e) del precepto.

Otra cosa diferente es que los pliegos fijasen un porcentaje máximo de subcontratación, opción prohibida por la jurisprudencia comunitaria (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016 en el asunto C-406/14 Wrocław — Miasto na prawach powiatu) o que lo hiciera la propia ley. La



Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de septiembre de 2019 (Asunto C-63/18) negó esta posibilidad.

18. De conformidad con la DA 7ª de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía y en relación con los procedimientos negociados sin publicidad, "las personas y entidades incluidas en el artículo 3 de esta ley deberán publicar en su perfil del contratante, simultáneamente al envío de las solicitudes de ofertas a las que se refiere el artículo 178.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, un anuncio, al objeto de facilitar la participación de otros posibles licitadores", disposición que permanece vigente. Amén de que el perfil del contratante no tenía en el momento de promulgación de la ley la trascendencia que tiene hoy en día, ¿cómo ha de interpretarse la exigencia de publicar un anuncio en el perfil pues, si se interpreta en sentido literal, vendría a chocar frontalmente con la esencia del procedimiento negociado sin publicidad, desnaturalizándolo?

En el análisis de la presente cuestión esta Junta Consultiva no puede sino recordar el principio básico conforme al cual las normas jurídicas vigentes deben aplicarse conforme a los criterios del artículo 3 del Código Civil, de modo que, si la norma vigente en un determinado lugar exige la publicación en el perfil de contratante de un anuncio en este tipo de procedimiento, así deberá hacerse. Cualquier otra consideración sobre la vigencia de esta norma autonómica sobrepasa nuestras competencias

19. La nueva ley de contratos no recoge la posibilidad antes recogida en el artículo 227.7 TRLCSP en el sentido de que "los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una



clasificación adecuada para realizarla". Ante el silencio de la nueva ley ¿debe entenderse que ya no cabe esta posibilidad?

El artículo 215 LCSP únicamente contempla la posibilidad de que determinadas tareas críticas estén excluidas de la subcontratación y tengan que ser ejecutadas por el contratista. Ya no regula la norma la posibilidad de imponer en el pliego la subcontratación de partes concretas de la prestación. Esta omisión en modo alguno puede calificarse como un olvido del legislador, sino que es muestra de su voluntad en el sentido de abrogar esta posibilidad recogida por la legislación anterior.

Por tanto, ya no cabe incluir en los pliegos esta obligación.

20. De conformidad con el artículo 309 LCSP, "en los casos en que la determinación del precio se realice mediante unidades de ejecución, no tendrán la consideración de modificaciones, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato al tiempo que con arreglo al artículo 301.2 "en los contratos de suministros en los que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato a que se refiere el artículo 205.2 sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato", En estos supuestos que no tienen la consideración de modificación del contrato, ¿debe considerarse el importe del posible incremento en el cálculo del valor estimado o del presupuesto base de licitación?



Ya contestamos a esta cuestión en el apartado 3 de este informe. Ninguna de las dos circunstancias señaladas tiene carácter necesario en la ejecución del contrato público, sino que semeja ser puramente contingente. Por tanto, conforme al artículo 100 LCSP no constituye un coste ni un gasto que haya de incluirse en el presupuesto base de licitación, y conforme al artículo 101, tampoco ha de incluirse en la estimación del importe pagadero conforme al contrato.

21. De conformidad con el artículo 159.4 LCSP, artículo referido al procedimiento abierto simplificado, "todos los licitadores que se presenten a licitaciones realizadas a través de este procedimiento simplificado deberán estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, o cuando proceda de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 96 en el Registro Oficial de la correspondiente Comunidad Autónoma, en la fecha final de presentación de ofertas siempre que no se vea limitada la concurrencia", obligatoriedad, no obstante, que, de conformidad con lo señalado en la DF 16ª LCSP, no será exigible hasta su entrada en vigor el próximo mes de septiembre. ¿Cabe que esta entidad local con el propósito de procurar la mayor concurrencia posible en las licitaciones y visto la tradicional reticencia de los terceros a inscribirse en el ROLECE exima con carácter general y a partir del próximo mes de septiembre la exigencia de estar inscrito en el Registro?

Respecto de la cuestión que se plantea, ya se ha pronunciado esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la Recomendación de 24 de septiembre de 2018 en relación con la aplicación del requisito de inscripción en el ROLECE previsto en el artículo 159.4 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, recomendación a la que nos remitimos. En cualquier caso, la aplicación de la norma citada no tiene carácter voluntario para ninguna entidad pública.

22. De conformidad con el artículo 150.2 LCSP, "una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente



a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos". ¿Cabe la posibilidad de subsanación en este trámite del artículo 150.2 LCSP? ¿cabría, en todo caso, la posibilidad de subsanar la documentación relativa a los requisitos previos? En el supuesto de que quepa la subsanación, ¿Cuál sería el plazo para la misma, tres días naturales o hábiles?

La doctrina más reciente viene admitiendo la posibilidad de subsanación también en el caso de los documentos que el licitador propuesto como adjudicatario ha de aportar en el trámite del artículo 150.2 LCSP. En efecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), entre otras, en su Resolución 582/2019 señala que procede distinguir entre los supuestos de incumplimiento total o grave de la obligación de aportación de la documentación que, conforme ya indicábamos en nuestro informe 15/2013 bajo la vigencia de la legislación anterior, comporta la retirada de la oferta, de los supuestos de cumplimiento defectuoso o menos grave, que exigen conceder un plazo de subsanación. Señala el Tribunal que el efecto de la retirada injustificada de la oferta “se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiéndose que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada.” En el mismo sentido se pronuncia la Resolución 337/2019. Incluso, el Tribunal, en su Resolución



747/2018, alude al derecho subjetivo del licitador propuesto como adjudicatario a que se le conceda un trámite de subsanación porque la finalidad del artículo 150.2 LCSP es resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado.

Tal posibilidad de subsanación alcanza a la acreditación de los requisitos previos a que se refiere el artículo 140.1 a) y c) LCSP, por remitirse expresamente a ellos el artículo 150.2. Asimismo, queda recogida esta posibilidad en el artículo 81.2 del RGLCAP. Esta regla es igualmente aplicable al resto de las condiciones que hayan de verificarse por el órgano de contratación, pues no hay razón para entender que un error subsanable de las mismas no pueda ser objeto de requerimiento de subsanación.

Ahora bien, conforme a nuestra doctrina (Informe 47/2009) y a la del TACRC (por ejemplo, en la Resolución 976/2017) *“puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado –se refiere al momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones– no existe de manera indudable”*. 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, el artículo 141.2 in fine de la LCSP menciona un plazo de tres días para corregir los defectos de la documentación previa. Este plazo puede aplicarse por analogía al resto de los supuestos, en la medida en que la norma lo considera suficiente a estos efectos puesto que el artículo 27.2 del RD 817/2009, al tratar de la subsanación de la documentación correspondiente a los criterios dependientes de un juicio de valor se limita a señalar que siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado (siete días) al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él.



En cuanto a su cómputo, la disposición adicional duodécima de la LCSP dispone que “*Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles*”. Por aplicación de este precepto debe entenderse que el plazo de tres días de subsanación es de días naturales. Por otro lado, de conformidad con el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, debe hacerse expresamente constar esta circunstancia en la notificación en que se requiera la subsanación. (Resolución 1085/2018 TACRC)

23. El artículo 108.3 LCSP establece que la acreditación de la constitución de la garantía definitiva podrá hacerse mediante medios electrónicos. ¿Cómo ha de interpretarse este párrafo habida cuenta de que para la cancelación del aval y posterior devolución del mismo la Administración ha de estar en posesión del original?

El artículo 108.3 LCSP señala efectivamente que la acreditación de la constitución de la garantía definitiva podrá hacerse mediante medios electrónicos. El artículo 111.2 añade que una vez aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución.

El RLCAP regula en el artículo 56 la garantía constituida mediante aval y en el artículo 61 la constitución de la garantía definitiva, limitándose a señalar que se constituirán en todo caso en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales o en las cajas o en los establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes. Finalmente, el artículo 65.2 RLCAP indica que el acuerdo del órgano de contratación sobre la cancelación y la devolución de la garantía definitiva será comunicado por el mismo, en su caso, a la Caja General de Depósitos u órgano ante el que se encuentre constituida dicha garantía.



Del análisis de estos preceptos resulta que 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. Tal regla no se ve obstaculizada en su cumplimiento por el hecho de que la acreditación de la constitución de la garantía definitiva se haya hecho por medios electrónicos.