

Informe 27/12, de 14 de diciembre de 2012. “Límites de la capacidad otorgada a los directores de obra para introducir variaciones en el número de unidades de obra. Ayto de Sevilla”.

Clasificación de los informes. 21. Contratos de obras. 21.11. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Sevilla se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa formulando el siguiente escrito de consulta:

Conforme a lo dispuesto en el art. 324 de del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y el art. 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por esta Alcaldía se formula la siguiente consulta a esa Institución:

En relación con las modificaciones de contratos de obras, encontramos dificultades en la interpretación conjunta de los artículos que se refieren a la misma en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de Sector Público.

En particular estas dificultades se concentran en la aplicación de la regla contenida en letra d) del apartado 3º de art. 107, Y lo dispuesto por el art. 234 apartado 3º "in fine".

Así, en general, para modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, se consideran alteradas las condiciones esenciales de licitación y adjudicación según lo dispuesto por la letra d del apartado de art 107 :

“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.”

Circunstancia que exigirla, en principio, la de un procedimiento de modificación por razones de interés público, con sujeción a los casos y en las formas previstas en el título V del libro 1, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211.

En cambio el artículo 234 sobre modificación del contrato de obras en su apartado 3 “in fine” habilita a los directores de obras a realizar modificaciones en el proyecto sin recabar autorización del órgano de contratación en el siguiente caso:

“ ... 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 de gasto superior al 10 % del precio primitivo del Contrato”.

Entendemos pues que puede producirse un conflicto entre ambas normas, ya que la primera de las citadas establece que la modificación que se opere iguale o exceda del 10% del precio del contrato, en tanto la segunda permite modificaciones en unidades inicialmente contempladas en tanto no produzcan incremento del precio primitivo del contrato de más del 10%, es decir según el resultado neto del incrementos menos disminuciones.

Esta norma viene considerándose por los directores de obra, según el criterio seguido por esa Junta Consultiva en informe 16/06, de 30 de octubre de 2006, por lo que estiman incrementos por excesos de medición en unidades de obra contempladas en el proyecto cuyo importe excede del 10% del precio primitivo del contrato de acuerdo con la regla expresada del art 107 TRLCSP (supongamos un 60%) financiando el incremento con bajas o defectos de medición de otras unidades, también incluidas en dicho proyecto, resultando un neto de financiación inferior al 10% contemplado por la norma del art 234 LCSP. Según este proceder no nos encontraríamos ante una modificación sustancial del proyecto, ya que el resultado neto de la financiación puede suponer incluso decremento del precio final a pagar.

En razón de lo anterior se SOLICITA informe sobre las siguientes cuestiones:

Primera.- ¿Debe entenderse la potestad concedida a los directores de obra por el art. 234 apartado 3º “in fine” sujeta a un doble límite de no representar un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato siempre que las unidades modificadas no representen un importe superior al 10 % del precio de adjudicación del contrato en aplicación del art 107, apartado 3º, letra d)?

Segundo.- En caso de considerar el doble límite anterior en la valoración de las unidades modificadas por los directores de obras ¿deben analizarse por separado el valor de las que se incrementan y las que se disminuyen considerando como modificación sustancial si los incrementos o las disminuciones alcanzan el referido 10% del precio de adjudicación del contrato?

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Alcalde de Sevilla se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe respecto a la interpretación que debe hacerse del artículo 234, apartado 3, in fine, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), referido al contrato de obras, en relación con los límites que se establecen con carácter general para los modificados de los contratos del sector público y, en particular, respecto al previsto en el artículo 107.3.d) del mismo texto legal.

Para responder a estas cuestiones es preciso en primer lugar, analizar cada uno de los preceptos por separado, para determinar su alcance y determinar en consecuencia su compatibilidad.

2. El artículo 107 del TRLCSP, proviene de la redacción del anterior 92 quáter de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de acuerdo con la redacción dada al mismo por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Esta Ley modifica por completo la normativa aplicable a los modificados de los contratos del sector público, para adecuarla a las prácticas recomendadas por la Unión Europea, teniendo en cuenta la postura expresada por la Comisión en este aspecto, estableciendo como principio general en el nuevo artículo 92.bis (actual 105.1) que “*Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter (actual 107)*” .

En su virtud, al margen de las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación, que se regulan en el nuevo artículo 92.ter (actual 106 TRLCP), la modificación de un contrato del sector público sólo podrá producirse en las circunstancias y con los requisitos y límites establecidos en el artículo entonces 92.quáter, actual 107 del TRLCSP, referido en el escrito de consulta.

Este artículo establece en su apartado 1 un conjunto de circunstancias cuya concurrencia suficientemente justificada permite efectuar la modificación de un contrato:

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.*

No obstante lo anterior, en cualquier caso, el apartado 2 del mismo artículo establece como límite genérico que *“La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.”*

Completando esta determinación, el apartado 3 precisa los supuestos en los que se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de la adjudicación y licitación, a los efectos de lo previsto en el apartado anterior, explicitando en su letra d) el supuesto objeto de análisis referido a *“cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.”*

Es decir, el caso del artículo 107.3.d) constituye uno de los supuestos que limita la posibilidad de efectuar una modificación del contrato por la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 107.1. Dicha circunstancia se considera que supone una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y por lo tanto resulta vedada para efectuar *“la modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo”*, como señala el artículo 107.2.

3. El artículo 234.3, final del TRLCSP establece un supuesto dentro de la regulación de la modificación del contrato de obras que merece una atención especial, señalando al hilo del procedimiento a seguir por el Director facultativo de una obra cuando considere necesaria una modificación del proyecto, que *“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.”*

Dicho precepto proviene del artículo 217 de la LCSP, que si bien fue modificado por la Ley 2/2011 por las razones expuestas más arriba, mantuvo en el apartado 3 la redacción originaria.

Efectivamente, se trata de un supuesto especial, de larga tradición en nuestro Derecho, de aplicación a los contratos de obras por sus especiales características. En este sentido aparece desarrollado en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su artículo 160, como un supuesto distinto de las modificaciones propiamente dichas previstas en el artículo 146 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP), en los siguientes términos:

“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.

2. Las variaciones mencionadas en el apartado anterior, 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 a que se refiere el artículo 147.1 de la Ley, una vez cumplidos los trámites señalados en el artículo 166 de este Reglamento. 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.”

Se trata, en consecuencia, de variaciones que no general por sí mismas la necesidad de modificar el proyecto inicial. No obstante, como señala el artículo, si posteriormente surgiera la necesidad de modificar el proyecto por las causas previstas con carácter general, el proyecto modificado que resulte deberá reflejar las variaciones de medición ejecutadas hasta entonces, a fin de que quede recogida la realidad de la obra ejecutada.

Su razón de ser radica en que el contrato de obras es un contrato de resultado sobre la base de un proyecto inicial, sobre el cual el legislador, para facilitar su ejecución, admite la posibilidad de que se produzca un margen de desviación en las unidades de obra ejecutadas de hasta un 10 % del precio inicial, sin considerarlo modificación contractual propiamente dicha, por lo que se pueden ejecutar sin la previa autorización del órgano de contratación.

Desde esta perspectiva la Junta Consultiva, en su informe 16/06, de 30 de octubre de 2006, señala como conclusión que *“la utilización del término “variaciones” en el ya citado artículo 160, implica la posibilidad de compensar excesos en la ejecución de determinadas unidades de obra con defectos en la ejecución de otro tipo de unidades de obra sobre las realmente previstas, siendo el “exceso” o “defecto” de medición final aquel sobre el que se aplica el límite del 10 por 100 del precio primitivo del contrato.”*

Por otra parte, y desde el punto de vista de su previsión en el valor, la Junta Consultiva señala en su informe 43/2008, de 28 de julio, que *“Esta adicional no es una partida cuya existencia dependerá de que en la medición de la obra resulten excesos respecto de las unidades previstas en el presupuesto. En tales casos y siempre que no superen el 10 por 100 del presupuesto de la obra, la Ley considera que estos excesos son consecuencia de inexactitudes del proyecto o del presupuesto que resultan inevitables por lo que se prevé la posibilidad de abonarlas sin necesidad de recurrir a modificación contractual alguna.”*

En definitiva, se trata de un supuesto específico dotado de una regulación legal expresa para facilitar la ejecución de los contratos de obras, al margen del régimen general de los modificados de los contratos no previstos en la documentación que rige la licitación, regulados en el artículo 107.1 del TRLCSP.

4. En virtud de cuanto se ha expuesto, cabe señalar que el límite del 10 % previsto para las modificaciones no previstas en la documentación contractual en el artículo 107.3.d) del TRLCSP no ha de computarse en la aplicación del artículo 234.3, final del TRLCSP para el contrato de obras.

La razón es que el supuesto de hecho en ambos casos es distinto, como ha quedado expuesto. El artículo 234.3, final responde a las exigencias propias del contrato de obras, permitiendo un margen de desviación en las mediciones efectuadas en las unidades de obra ejecutadas de hasta un 10 % del precio inicial. Por el contrario, el 10 % previsto en artículo 107.3.d) constituye un límite para entender que se produce una alteración las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación en el caso de que se concurran las circunstancias que permiten la modificación contractual de acuerdo con el artículo 107.1.

Las limitaciones del artículo 107 del TRLCSP operan desde el punto de vista de que las variaciones de las unidades de obra ejecutadas que se realicen al amparo del párrafo final del artículo 234.3 deben responder única y exclusivamente a las razones expuestas para la regulación de este supuesto. En ningún caso, debe ampararse la variación de unidades ejecutadas en las circunstancias previstas en el artículo 107.1, que deberían tramitarse como una modificación contractual propiamente dicha, sometiéndose a los límites específicos que prevé este artículo.

Por ello, y de acuerdo con lo recogido en el artículo 160 del RLCAP, los cambios que se reflejen en el proyecto modificado final deben reflejar de forma separada las variaciones de medición ejecutadas de acuerdo con el artículo 234.3 de las que respondan a modificaciones del proyecto como consecuencia de la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 107.1.

CONCLUSIONES

1. La facultad otorgada a los Directores de Obras en párrafo final del artículo 234.3 del TRLCSP se trata de un supuesto específico dotado de una regulación legal expresa para facilitar la ejecución de los contratos de obras, al margen del régimen general de los modificados de los contratos no previstos en la documentación que rige la licitación, regulados en el artículo 107.1 del TRLCSP.
2. El límite del 10 % previsto para las modificaciones no previstas en la documentación contractual en el artículo 107.3.d) del TRLCSP no ha de computarse en la aplicación del artículo 234.3, final, del TRLCSP para el contrato de obras.
3. En ningún caso debe ampararse la variación de las mediciones efectuadas en las unidades ejecutadas de acuerdo con el 234.3, final, del TRLCSP, en las circunstancias previstas en el artículo 107.1 del TRLCSP, que deberían tramitarse como una modificación contractual propiamente dicha, sometiéndose a los límites específicos que prevé este artículo.