

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

INFORME 3/2016, RELATIVO AL TRATAMIENTO QUE DEBE DARSE A LOS EXCESOS DE MEDICIÓN EN LAS PARTIDAS ALZADAS [Grupo 21]

ANTECEDENTES

El Director General de Infraestructura Turística se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, solicitando que se informe sobre el correcto tratamiento que debe darse a los excesos de medición en las partidas alzadas; esto es, bien la introducción de variaciones o excesos sin necesidad de previa aprobación, hasta el límite del diez por ciento que fija el artículo 234.3 in fine del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; o por el contrario, si cualquier variación en las mediciones de una partida alzada conllevaría la tramitación del preceptivo modificado.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, en sesión celebrada el 7 de junio de 2016 acuerda informar lo siguiente

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias para emitir el presente informe.

El presente informe se emite con carácter facultativo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37.1 y 46 del Decreto 12/2004, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Economía y Hacienda de Canarias y el artículo 2.1 del Decreto 116/1986, de 26 de junio, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias.

II. Planteamiento de la cuestión

La solicitud de informe parte de lo preceptuado en el artículo 234.3 *in fine* del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), en cuya virtud se señala:

“No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración de número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto de 10 por ciento del precio primitivo del contrato.”

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

Esta excepción a la regla general de la tramitación de modificaciones del contrato y su aplicación a los excesos de medición de las denominadas *partidas alzadas* es la que viene siendo objeto de controversia en su interpretación y aplicación por los distintos intervinientes en los expedientes, manteniéndose dos posturas distintas en dicha aplicación.

La primera, lleva a la negación de la posibilidad de aplicación de aquellos excesos de medición que resulten de partidas alzadas a justificar, de las definidas en el artículo 154 del vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que preceptúa:

*“2. Las partidas alzadas a justificar se valorarán a los precios de la adjudicación con arreglo a las condiciones del contrato y al resultado de las mediciones correspondientes. Cuando los precios de una o varias unidades de obra **no** figuren incluidos en los cuadros de precios, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 146.2 de la Ley, en cuyo caso, para la introducción de los nuevos precios así determinados habrán de cumplirse conjuntamente las dos condiciones siguientes:*

- a) Que el órgano de contratación haya aprobado, además de los nuevos precios, la justificación y descomposición del presupuesto de la partida alzada, y*
- b) Que el importe total de dicha partida alzada, teniendo en cuenta en su valoración tanto los precios incluidos en los cuadros de precios como los nuevos precios de aplicación, no exceda del importe de la misma figurado en el proyecto.”*

Se impide, conforme a esta interpretación, cualquier exceso o variación en la medición y el importe de la partida alzada, aún inferior al diez por ciento a que alude el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que resultaría necesaria la tramitación de la correspondiente modificación contractual para su aprobación.

Por el contrario, la segunda interpretación es favorable a la introducción de variaciones (exceso de medición), sin necesidad de previa aprobación de modificado, argumentando que las partidas alzadas no son más que unidades del proyecto y, en consecuencia, susceptibles de variaciones sobre las iniciales contempladas en dicho proyecto, con los límites que autoriza el artículo 234 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, variaciones cuya justificación adquiere mayor sentido en el caso de partidas alzadas a justificar, que por su propia naturaleza conllevan un cierto grado de indefinición que provoca que su medición exacta resulte de difícil concreción hasta la ejecución de las mismas.

Los partidarios de esta segunda interpretación entienden que las variaciones en las mediciones del proyecto vienen avaladas por el apartado tercero *in fine* del artículo 234 TRLCSP, que permite un incremento del gasto no superior al 10 por ciento del precio

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

primitivo del contrato como alteración del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el proyecto, y ello, con carácter general, sobre todas las unidades del proyecto, sin que contemple limitación para el caso de partidas alzadas en su condición de unidades del proyecto, no debiendo hacerse distinciones donde la ley no distingue. Finalmente, alegan que no resulta procedente justificar la interpretación negativa de dicho incremento en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues este, como norma de inferior rango, ve condicionada su vigencia a su no oposición a lo dispuesto en el TRLCSP, de conformidad con la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por la que se aprueba el texto refundido.

Sentada la disquisición, se procede a analizar la cuestión.

III. Análisis de si se está ante una modificación contractual

En primer lugar, el artículo 234.3 TRLCS ha de ponerse en relación con el artículo 107 del TRLCSP, párrafo tercero, apartado d).

El precepto (antiguo artículo 92 quater de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público) fue redactado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible que modificaba la normativa aplicable a los modificados de contrato, recogiendo un nuevo principio general en el artículo 105.1 actual *“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 107.”*

Esta limitación y control de la potestad de *ius variandi* contractual por parte de las Administraciones Públicas, deviene en nuestro ordenamiento del propio artículo 1256 del Código Civil que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno solo de los contratantes. Control que se ha ido cercenando aún más, tras la aprobación en el año 2014 de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación.

Consecuentemente, los contratos únicamente pueden modificarse en los supuestos previstos en el artículo 107 TRLCSP que son:

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

- 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 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 la 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.

El apartado 3, del mismo precepto, concretando la excepción estipulada en el apartado dos por el que la modificación no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación afirma lo siguiente:

*“ 3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:
(...) d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o 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.(...)”*

Por su parte, el artículo 234.3 in fine, del TRLCSP recoge para el contrato de obras, una **excepción** al procedimiento de modificación contractual, *“No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando estas consistan en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato.”*

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

Se trata de un precepto de larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico y de aplicación exclusiva a los contratos de obras, por sus especiales características.

A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía en su Informe 43/2008, de 28 de julio, señalaba 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 presupuestos de la obra, la Ley considera que estos excesos son consecuencia de inexactitudes del proyecto o del presupuestos que resultan inevitables por lo que se prevé la posibilidad de abonarlas sin necesidad de recurrir a modificación contractual alguna.”*

Por su parte, el Informe de la Junta andaluza 27/12, de 14 de diciembre de 2012 afirma 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 para el contrato de obras.(...)”*

El artículo 243.3 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 el artículo 107.3 d) constituye un límite para entender que se produce una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación en el caso de que concurren circunstancias que permitan la modificación contractual de acuerdo con el artículo 107.1.

Las limitaciones del artículo 107 TRLCSP operan desde el punto de vista de las unidades de obra ejecutadas que se realicen al amparo del párrafo final del artículo 234.4 y deben responder única y exclusivamente 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, sometándose a los límites específicos que prevé este artículo.”

Consecuentemente, en el supuesto contemplado en el artículo 234.3 TRLCSP **no** se está ante un procedimiento de modificación contractual.

Este es el criterio que también siguió la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 43/2008, de 28 de julio, al señalar respecto del posible adicional de obra que se aprecie en la medición de esta que: *“Este adicional de obra es una partida cuya*

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

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 su consecuencia, aunque sean frecuentes, no forman parte del contrato inicialmente, y, desde un punto de vista teórico, no cabe negar la posibilidad de que no se produzcan, por lo que no deben ser tenidos en cuenta para determinar el valor estimado del contrato.”

En análogo sentido se pronuncia el Informe 23/2011, de 12 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, al afirmar:

“Esta conclusión no significa,(...), que el límite del 10% del artículo 92 quater LCSP pueda calcularse sobre el precio de adjudicación más el posible incremento de gasto del 10% como exceso de medición de unidades previstas, sino que ambos porcentajes máximos, cuya base de cálculo es además diferente, serán compatibles e independientes entre sí.” (...)

*«El supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP (actual 234.3 TRLCSP) — alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras— es un supuesto específico de modificación legal que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto, le serán de aplicación las previsiones del artículo 92 quarter LCSP. En concreto, **el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior, el de la medición final de la obra».***

Consecuentemente, el artículo 234.3 *in fine* del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público puede ser aplicado a los excesos de medición de las partidas alzadas, para las que no habrá de ser tramitada ninguna modificación contractual, ni requerirán la previa aprobación del órgano de contratación, siempre que estas consistan en un número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento de dicha aplicación.

A este fin, las partidas alzadas han de ser interpretadas como unidades del proyecto a que se refiere el propio artículo 234. 3 *in fine* TRLCSP, variaciones que en el caso de partidas

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

CD

alzadas, por su propia naturaleza conllevan un cierto grado de indefinición pues su medición exacta es de difícil concreción hasta la ejecución de las mismas.

CONCLUSIONES

El artículo 234.3 *in fine* del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, permite la introducción de excesos de medición de las partidas alzadas con el límite del diez por ciento del precio primitivo del contrato al no considerar que con ello queda alterada una condición esencial. Estos excesos, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior, el de la medición final de la obra. De esta forma, no será preceptiva la previa tramitación de una modificación contractual por parte de la Administración contratante.