

Informe 23/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

I. ANTECEDENTES

El Rector de la Universidad de Zaragoza se dirige, con fecha 20 de julio de 2011, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

En virtud del artículo 3.1.c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y en concordancia con la Circular 1/2008, de 3 de marzo, de esa Junta Consultiva, sobre el "alcance del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público y régimen de contratación aplicable", la Universidad de Zaragoza es considerada como **poder adjudicador del sector público**, a los efectos de aplicación de la Ley citada y de sus normas de desarrollo, por lo que me dirijo a esa Junta Consultiva con objeto de plantear las siguientes consultas:

PRIMERA. Tras la reciente entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible (BOE de 5 de marzo), se observa que la **disposición transitoria séptima** de la ley 2/2011, relativa a los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, establece que "*Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*".

Por otra parte, en la **disposición final decimosexta** de dicha ley se modifica la ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y, en concreto, en su apartado 7, se introduce un nuevo Título V en el **Libro I** con la siguiente denominación y contenido: **Título V. Modificación de los contratos.**

Estas disposiciones suscitan dudas de interpretación, ya que la nueva regulación de la modificación de los contratos parece referirse a los aspectos anteriormente regulados en el **Libro IV**, "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos".

La Universidad de Zaragoza se encuentra tramitando expedientes de modificaciones de contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, por lo que solicito a esa Junta Consultiva informe sobre la siguiente cuestión:

Si la nueva regulación de la modificación de los contratos administrativos, recogida actualmente en el Libro I de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, es de aplicación a los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 2/2011, de Economía Sostenible.

SEGUNDA.- Según el art. 92 quáter,3.d) de la Ley de Contratos del Sector Público, se entiende que se alteran las **condiciones esenciales** de licitación y adjudicación del contrato *"cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10% del precio de adjudicación del contrato."*

En relación con esta disposición, la consulta que se plantea es la siguiente:

Si en el límite establecido del 10% del precio de adjudicación del contrato se incluyen también los excesos de medición de las certificaciones finales, o bien puede entenderse que para que se consideren alteradas las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, el límite sería el 10% de las modificaciones más el 10% de los excesos de mediciones de las certificaciones finales.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 12 de septiembre de 2011, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el

que se crea la Junta Consultiva, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Rector de la Universidad de Zaragoza es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 h) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Aplicación del nuevo régimen de los modificados de los contratos públicos contenido en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, a los contratos adjudicados antes de su entrada en vigor.

La primera cuestión que se suscita a esta Junta por la Universidad de Zaragoza es la relativa a la aplicabilidad de la nueva regulación de los modificados de los contratos públicos contenida en la actualidad en el Libro I de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (en adelante LCSP) —e introducida por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES) — a los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (6 de marzo de 2011).

Como se señala en el escrito de petición, el tenor literal de la Disposición Transitoria Séptima de la LES es el siguiente:

«Disposición Transitoria Séptima. Contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley.

Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Este régimen transitorio ha suscitado hasta la fecha dos problemas de interpretación:

El primero — que plantea ahora la Universidad de Zaragoza — relativo a si el nuevo régimen de los modificados sigue encajando en la actualidad en los

aspectos anteriormente regulados en el Libro IV LCSP destinado a los «*Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*» y, por tanto, no se aplica a los contratos adjudicados antes de su entrada en vigor.

El segundo, (de menor trascendencia práctica en el momento actual, considerando los meses transcurridos desde la entrada en vigor de la reforma), consiste en determinar cual es el régimen de modificación aplicable a los expedientes de contratación iniciados —pero no adjudicados— antes de la entrada en vigor de la LES, al no establecer la misma ninguna disposición en relación con los mismos, tal como hacía la LCSP en su Disposición Transitoria Primera, apartado primero.

Ambos problemas ya han sido analizados por otros órganos consultivos, el primero por la Abogacía del Estado en su Circular 1/2011, de 7 de abril, sobre «Régimen de modificación de los Contratos Públicos», y el segundo por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en su Recomendación 1/2011, de 29 de marzo.

En esa Circular 1/2011, a los efectos que en la consulta se plantean, la Abogacía del Estado establece la siguiente consideración, compartida por esta Junta Consultiva:

«1) Aunque la disposición transitoria transcrita no se refiera expresamente a la modificación del contrato, ha de entenderse que ésta queda comprendida en el ámbito de dicha norma transitoria, ya que la modificación del contrato queda regulada en el capítulo IV del libro cuarto de la LCSP, libro que lleva por rúbrica la de “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”».

Sentado lo anterior, la Abogacía del Estado incluye una segunda consideración sobre cual debería ser el criterio correcto, por ajustado al Derecho de la Unión Europea, que no es otro que entender que el nuevo régimen de modificación de los contratos es aplicable a los contratos adjudicados antes de la entrada en

vigor de la LES y que se encuentren en la actualidad en ejecución, aunque finalmente parece renunciar a esta conclusión, atendiendo a que *«lo cierto es que el tenor literal de la disposición transitoria séptima de la LES es muy claro en el sentido de que el nuevo régimen jurídico no se aplica a la modificación de los contratos ya adjudicados a la entrada en vigor de la LES»*.

A juicio de esta Junta Consultiva, la conclusión de que la normativa aplicable al eventual modificación de un contrato debe ser la vigente cuando se celebró el mismo, no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con la Directiva 2004/18/CE —en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la misma— y tal y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta), en la que se concluye que los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como a su ejecución.

Esta fue ya, por otra parte, la interpretación mantenida por esta Junta Consultiva en nuestro Informe 3/2009, de 15 de abril, emitido antes del inicio de la tramitación de la reforma legal, y cuyas conclusiones generales se dan por reproducidas en el presente informe, en especial las relativas a las condiciones para que el modificado se atenga a la legalidad comunitaria.

Respecto del segundo de los problemas interpretativos, señalar únicamente que se comparten los argumentos y conclusiones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en el sentido de que la laguna existente en la Disposición Transitoria Séptima de la LES se debe suplir con los criterios contenidos en Disposición Transitoria Primera, apartado 1, de la LCSP.

III. Inclusión del 10% de los eventuales excesos de medición en los contratos de obras en el límite del 10% del precio de adjudicación, para la consideración de alteración de una condición esencial prevista en el artículo 92 *quarter*, apartado 3 d), de la LCSP.

Resolver la segunda cuestión que se plantea por la Universidad de Zaragoza a esta Junta Consultiva, sobre si en el límite establecido por el artículo 92 *quarter*, apartado 3 d) de la LCSP — 10% del precio de adjudicación del contrato— se incluyen también los excesos de medición de las certificaciones finales (se entiende en un contrato de obras), o bien puede entenderse que para que se consideren alteradas las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, el límite sería el 10% de las modificaciones mas el 10% de los excesos de mediciones de las certificaciones finales, exige realizar unas consideraciones previas.

Como es sabido, el nuevo régimen de los modificados de los contratos públicos tras la LES introduce dos categorías de modificaciones contractuales: causas previstas en la documentación de la licitación del contrato —o «modificaciones convencionales», en la terminología de la Circular de la Abogacía del Estado antes citada— y causas no previstas en la documentación — o «modificaciones legales, en dicha terminología»—. Es el artículo 92 *quáter* LCSP el que regula las causas no previstas, estableciendo una serie de circunstancias tasadas cuya concurrencia se debe justificar suficientemente, siendo preciso además que no se alteren las condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación, y que se siga el procedimiento legalmente establecido. Para determinar cuando se alteran estas condiciones esenciales, la ley introduce una presunción de aquellos supuestos en los que se considera que existe una alteración de las condiciones esenciales del contrato, figurando entre los supuestos en la letra d) del apartado 3 del precepto el siguiente: *«cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en mas 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»*.

Por otra parte, en la regulación de la modificación del contrato administrativo de obras, contenida en el artículo 217 LCSP, se mantiene inalterada tras la reforma operada por LES la redacción del último párrafo de su apartado 3, que señala textualmente: *«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»*.

Como ya señaló esta Junta Consultiva en su reciente Informe 9/2011, de 6 de abril, sobre variación de unidades de obra y modificaciones en contratos de obras, cuyas consideraciones generales también se dan por reproducidas a los efectos de este informe, éste es *«un supuesto de modificación contractual — solo para contratos administrativos—, en el que la especialidad es la ausencia de su tramitación como tal»*. Nos encontramos en este caso concreto con un supuesto específico de modificación legal de larga tradición en nuestro derecho, prevista, no ya en los pliegos o en el anuncio como exige el artículo 92 *ter* LCSP, sino en la propia Ley y aplicable únicamente a una categoría de contratos —el administrativo de obras—, lo que no impide que la figura pueda recogerse para contratos privados de tal naturaleza como un supuesto de modificación prevista del artículo 92 *ter* LCSP en los correspondientes pliegos o en el anuncio de licitación.

De lo anterior se concluye que el supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP nada tiene que ver con las circunstancias y condiciones recogidas en el artículo 92 *quarter* LCSP, ya que, por una parte, entre las circunstancias recogidas en las letras a) a e) del apartado 1 de este último precepto no figuran los excesos de medición en las unidades finales de una obra y, por otra, los supuestos en los que se considera se produce una alteración esencial lo son exclusivamente — como señala el precepto— *«a los efectos de lo previsto en el apartado anterior»*, sin que puedan extrapolarse a otros supuestos, como el contenido en el artículo 217.3 LCSP, que tiene una finalidad propia.

Téngase en cuenta, además, que la modificación legal prevista en el artículo 217.3 LCSP en su caso va a producirse, con su específica y sencilla tramitación, una vez ejecutadas las unidades de obra en mayor número del previsto, (la norma se refiere a «*unidades realmente ejecutadas*»), a diferencia de las circunstancias imprevistas del artículo 92 *quarter* que requieren de la instrumentación de un expediente de modificación en los términos previstos en el artículo 92 quinquies LCSP con carácter previo a su ejecución.

En este mismo sentido se pronunció 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 ésta que: *«Este adicional 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 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».*

Esta conclusión no significa, como parece desprenderse del escrito de consulta, que el límite del 10% del artículo 92 *quarter* LCSP pueda calcularse sobre el precio de adjudicación mas el posible incremento de gasto del 10% como exceso de medición de unidades previstas, sino que ambos porcentajes máximos, cuya base de calculo es además diferente, serán compatibles e independientes entre si.

Así, respecto de la cuestión planteada, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en el artículo 92 *quarter* LCSP no comprende los eventuales excesos de medición de un contrato administrativo de obras,

siendo posible una modificación no prevista de hasta el 10% del importe de adjudicación, cuando se produzca una o varias de las circunstancias legales, y además hasta un 10% de incremento de gasto por exceso de medición de unidades previstas.

III. CONCLUSIONES

- I. La normativa aplicable a un eventual modificación de un contrato debe ser la vigente cuando se celebró el mismo, lo que no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con las Directivas Comunitarias y con la interpretación que de las mismas realiza el TJUE.
- II. El supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP — 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 sean 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.

Informe 23/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 12 de septiembre de 2011.