

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

MODIFICACIÓN

6.22 CÁLCULO DEL LÍMITE DEL 20 POR CIENTO APLICABLE A LAS MODIFICACIONES EXPRESAMENTE PREVISTAS DEL ARTÍCULO 204 DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO 6/22

Consulta sobre el cálculo del límite del 20 por ciento aplicable a las modificaciones expresamente previstas del artículo 204 de la LCSP. Cambio del criterio mantenido en el informe de 1 de febrero de 2016: dicho límite resulta aplicable durante toda la vigencia del contrato, se haya hecho uso o no de la posibilidad de prórroga, ha de calcularse sobre el precio inicial del contrato, independientemente de las prórrogas o modificaciones acordadas.¹

ANTECEDENTES

1.º) La Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. M. E., S. A. formula consulta con relación al cálculo del valor estimado de los expedientes de contratación, cuando éstos incluyen modificaciones y prórrogas. En concreto, el escrito de consulta solicita la emisión de informe en los siguientes términos:

«De acuerdo con el artículo 204 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), regulador de las modificaciones previstas en el pliego de condiciones, [...] “...los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes...”

Por otro lado, el artículo 29 de la LCSP, que regula el plazo de duración de los contratos y de ejecución de la prestación, en su apartado 2 establece que “...El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley...”

¹ Informe emitido el 4 de marzo de 2022 por D.ª Raquel Ramos Vallés, Subdirectora General de Informes de la D. G. de Consultivo.

Por último, no debemos olvidar lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSP respecto al cálculo del valor estimado. En el apartado 2 del mencionado artículo establece lo siguiente "... 2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el benefici industrial. Asimismo, deberán tenerse en cuenta:

- a) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.
- b) Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos.
- c) En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204, se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza pr vistas.

En virtud de lo anterior, independientemente de las prórrogas que se prevean para el contrato inicial, la consulta que os planteamos es si el límite del 20% en las modificaciones se refiere a la totalidad de vigencia del contrato (incluidas prórrogas) y, por tanto, si para calcular el valor estimado del mismo, operaría esa limitación».

2.º) La Abogada del Estado coordinadora del convenio de asistencia jurídica suscrito con Correos y Telégrafos, S. A. eleva consulta a este Centro Directivo sobre las anteriores cuestiones, adjuntando la correspondiente propuesta de informe en el que, previas las consideraciones jurídicas pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

«Primera. El límite del 20% establecido en el artículo 204 de la LCSP para las modificaciones previstas en el pliego es aplicable a la totalidad de la vigencia del contrato —se haga o no uso de la posibilidad de prórroga que, en su caso, se haya previsto— y el mismo ha de calcularse sobre el precio inicial del contrato previsto para su duración inicial, con independencia si con posterioridad se hubieran sucedido modificaciones o prórrogas, y con exclusión del IVA.

Segunda. Para calcular el valor estimado del contrato de acuerdo con el artículo 101 de la LCSP, debe tenerse en cuenta la limitación del 20% del precio inicial del contrato a la que se refiere el artículo 204 de la LCSP, por lo que dicho importe deberá computarse en el mismo».

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

Este Centro Directivo se ha pronunciado en anteriores ocasiones (informe de 1 de febrero de 2016, Ref. A. G. Entes Públicos 111/2015, R.886/2015) sobre las mismas cuestiones que ahora plantea la sociedad estatal Correos y Telégrafos.

En dicho informe, emitido bajo la vigencia del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se indicaba que el artículo 88 de dicho texto legal disponía que

«En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato», y que en su apartado 2, párrafo segundo, el citado artículo 88 del TRLCSP preveía que «en el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas». Y, con cita del dictamen 44/12 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) —actualmente, Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado—, se añadía lo siguiente: «Nótese que el artículo 88.1 de la Ley en su último párrafo únicamente exige que se tomen en consideración las modificaciones que incrementen el valor estimado, toda vez que habla del “importe máximo” que el valor del contrato puede alcanzar “teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas”. De lo que se sigue que las modificaciones “a la baja”, aun cuando estén previstas, no deben ser tenidas en cuenta en el cálculo del valor estimado del contrato».

Por lo cual se concluía, en consonancia con el criterio manifestado por la JCCA en el citado informe, que «...El artículo 88.1 del TRLCSP debe ser entendido en el sentido de que cuando el órgano de contratación calcule el valor estimado de un contrato deberá cuantificar las modificaciones al alza que prevean el pliego de cláusulas administrativas particulares o el anuncio de licitación, para, a continuación, sumar este importe a los demás conceptos que integran el valor estimado de conformidad con el artículo 88 del TRLCSP, entre los cuales la Ley expresamente cita las eventuales prórrogas del contrato. Las modificaciones “a la baja”, aun cuando estén previstas, no deben ser tenidas en cuenta en el cálculo del valor estimado del contrato».

La conclusión anterior ha de ser ratificada bajo la vigencia de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que recoge expresamente el aludido criterio de la Junta Consultiva. En concreto, el artículo 101.2 de LCSP dispone que, en el cálculo del valor estimado, deberá tenerse en cuenta:

a) Cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato.

[...].

c) En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204, se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas».

El valor estimado del contrato refleja el importe económico máximo que el contrato puede llegar a alcanzar durante su completa vigencia, por lo que, para calcularlo, al presupuesto base de licitación —que fija el importe de gasto que la Administración se compromete a abonar, opera como importe máximo de la prestación a ejecutar y sirve de referencia al límite que las proposiciones pueden alcanzar para fijar el precio del contrato (informe de la JCCA 31/07, de 5 de julio de 2007)— deberá adicionarse el importe de las prórrogas y de las modificaciones al alza expresamente previstas.

En consecuencia, para el cálculo del valor estimado de un contrato deben incluirse las eventuales prórrogas del contrato y las modificaciones al alza expresamente previstas, con exclusión —artículo 101.1.a) de la LCSP— del Impuesto sobre el Valor Añadido.

II

Cuestión distinta es la forma de calcular el importe máximo de la modificación admitida en la fase de ejecución del contrato, concretamente, si el límite del 20 por ciento establecido para las modificaciones expresamente previstas en el artículo 204 de la LCSP se ha de calcular sobre el precio inicial del contrato o con inclusión de las prórrogas.

En el informe de 1 de febrero de 2016 antes citado se interpretaba el artículo 106 del entonces vigente TRLCSP que, al regular las modificaciones expresamente previstas, exigía la «expresa indicación del porcentaje precio informes del contrato al que como máximo pueden afectar». Se indicaba, con cita de diversos de la JCCA (dictámenes 43/08, de 28 de julio de 2008; 26/08, de 2 de diciembre de 2008; y 44/12, de 7 de mayo de 2013), que el significado de los términos «precio», «importe», «valor estimado» o cualquier otro similar empleado por el legislador para aludir en el TRLCSP al aspecto cuantitativo de los contratos, debía referirse al contexto en el que se incluían, y que, por regla general, si el precepto hacía referencia a la fase de posterior a la adjudicación del contrato, había que entender referido el término empleado al concepto de precio. Dado que el artículo 196 del TRLCSP se enmarcaba en la fase inicial de fijación por el órgano de contratación en los pliegos del importe máximo del contrato que podría verse afectado por las modificaciones previstas, se concluía que el término «precio» aludía al presupuesto de licitación, en el que no se incluyen las prórrogas.

Y se concluía en dicho informe que el porcentaje de modificación previsto en el pliego tenía que calcularse sobre el presupuesto base de licitación (que no incluye las eventuales prórrogas), si la modificación tenía lugar en dicho periodo inicial del contrato, y tenía que calcularse sobre el importe de la prórroga, si la modificación tenía lugar durante la misma.

En la actualidad, el artículo 204 de la vigente LCSP dispone que «Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes: [...]». El legislador, conocedor de la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, ha mantenido el término «precio», puntualizando que, con él, se alude al precio inicial.

Recuerda la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su dictamen 85/18, 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...»

Como se indica en el borrador de informe que se eleva a consulta, el artículo 204 de la LCSP es muy claro al circunscribir el límite del 20 por ciento admisible para las modificaciones expresamente previstas al «precio inicial» del contrato, lo que equivale al importe de la adjudicación y excluye las posibles modificaciones y prórrogas que, en su caso, puedan acordarse.

El Informe 3/2020, de 25 de junio de 2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, examinó si el porcentaje máximo

de la posible modificación contractual se aplica solo sobre el precio inicial o primitivo del contrato o si, en su caso, hay que contemplarlo también sobre el importe de las posibles prórrogas. Y se indicó, a este respecto, lo siguiente:

«En este sentido, resulta muy ilustrativo el Informe 04/2012, de 25 de mayo, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia, sobre la expresión “precio de adjudicación del contrato” referida en el artículo 107.3.d) del (entonces) vigente TRLCSP para proceder al cálculo del porcentaje de la variación que pueda suponer la modificación de un contrato de servicio de tracto sucesivo, en el caso de que la modificación se produzca estando prorrogado el contrato por un período inferior al inicialmente fijado. En concreto la duda interpretativa que se plantea es la de si el porcentaje de variación ha de calcularse sobre el importe del contrato inicial o también sobre el importe de su prórroga:

“Esta Junta entiende que en estos casos el cálculo de porcentaje de modificación del contrato debe de efectuarse respecto al precio primitivo del mismo fijado para su duración inicial, esto es, sobre el precio de su adjudicación (excluyendo las modificaciones y revisiones autorizadas) porque el contrato prorrogado no es un nuevo contrato, sino el propio contrato originario que sigue produciendo sus efectos durante el período de la prórroga, como así lo ha declarado la Junta Consultiva de contratación administrativa del Estado en su informe de 21 de diciembre de 2000 (expediente 30/00)...”»

Concluye el citado dictamen que «En la modificación de un contrato de servicios de tracto sucesivo que pueda plantearse cuando se encuentra prorrogado por un plazo inferior al de su duración inicial, el cálculo de porcentaje de la alteración ha de llevarse a cabo sobre el precio de adjudicación del contrato inicial o primitivo y no sobre el prorrogado».

En cualquier caso, las dudas que se habían suscitado a este respecto deben entenderse definitivamente resueltas desde el momento en el que el texto legal vigente, en su artículo 204, establece, sin distinción alguna, que la modificación expresamente prevista solo podrá alcanzar el «precio inicial» del contrato que, a diferencia del valor estimado, no comprende las prórrogas. El artículo 204 de la LCSP incorpora, por tanto, un criterio restrictivo respecto de los límites a las modificaciones expresamente previstas en los contratos del sector público, en línea con una interpretación rigurosa de los modificados motivada por su potencial incidencia en los principios de publicidad y concurrencia. Este criterio legal responde a una decisión voluntaria del legislador español que resulta plenamente ajustada a Derecho, puesto que la regulación comunitaria, en concreto, el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, es en este punto un «derecho de *minimis*», y nada obsta a que el legislador estatal incorpore a su Derecho interno una regulación más restrictiva que la comunitaria.

En consecuencia, y atendiendo a la redacción del artículo 204 de la vigente LCSP, este Centro Directivo considera superadas las consideraciones jurídicas efectuadas en su anterior informe de 1 de febrero de 2016, debiendo entenderse que el límite del 20 por ciento establecido en dicho precepto para las modificaciones expresamente previstas en el pliego resulta aplicable durante toda la vigencia del contrato, se haya hecho uso o no de la posibilidad de prórroga, y que dicho límite ha de calcularse sobre el precio inicial del contrato (importe de adjudicación) previsto para su duración inicial, independientemente de las prórrogas o modificaciones que se hayan podido acordar posteriormente, IVA excluido.

En consideración a lo expuesto, la Abogacía General del Estado— Dirección del Servicio Jurídico del Estado confirma el borrador de informe que se eleva a consulta y formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. Para el cálculo del valor estimado de un contrato deben incluirse las eventuales prórrogas y las modificaciones al alza expresamente previstas, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Segunda. El límite del 20 por ciento establecido en el artículo 204 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para las modificaciones expresamente previstas resulta aplicable durante toda la vigencia del contrato, se haya hecho uso o no de la posibilidad de prórroga, y dicho límite ha de calcularse sobre el precio inicial del contrato, independientemente de las prórrogas o modificaciones que se hayan podido acordar posteriormente.