CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

MODIFICACIÓN

7.24 INFORME SOBRE LA PROCEDENCIA DE INCLUIR LOS EXCESOS DE MEDICIONES EN EL LÍMITE CUANTITATIVO DE LOS MODIFICADOS CONTRACTUALES

Resumen: Examen de la procedencia de computar los excesos de mediciones del artículo 242.4.i) de la LCSP en el límite cuantitativo de los modificados previsto en el artículo 205 de dicha Ley. Doctrina general de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y de la Abogacía General del Estado sobre los excesos de mediciones, que no tienen la consideración de modificaciones contractuales. Interpretación del artículo 160.2 del RGLCAP (expresamente declarado vigente en el informe 85/18 de la JCCPE). Se concluye que los excesos de mediciones no tienen que computarse en el límite legalmente previsto para las modificaciones contractuales.

Examinada, al amparo de lo dispuesto en la instrucción Primera.1.g) de la Instrucción 3/2010, de 17 de mayo, de identificación y tratamiento de asuntos relevantes en el ámbito de La Abogacía del Estado y actuación procesal y consultiva de los Abogados de Estado, la discrepancia de criterio suscitada respecto de la procedencia de computar los excesos de mediciones en el límite cuantitativo de los modificados previsto en el artículo 205 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la Abogacía General del Estado emite informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

1º) Con fecha de 27 de octubre de 2020 la Abogacía del Estado en el entonces Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (actual Ministerio de Transportes y Movilidad Sostenible) emitió informe (Ref. 2407/19) sobre diversas cuestiones relacionadas con la interpretación del artículo 242.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en lo que se refiere a la regulación de los excesos de mediciones y a la inclusión de precios nuevos por el director facultativo de la obra.

A los efectos que aquí interesan, en dicho informe (apartado 10.b) se indicó lo siguiente:

"10. En relación con el incremento de mediciones, el expediente de modificación del contrato de obras puede tener por objeto, entre otros, los siguientes:

(...)

b) Modificar para incorporar el exceso de mediciones reconocido previamente por el Director de la obra.

Cuando, por el motivo que sea y durante la ejecución de la obra, se tramita un expediente de modificación, los excesos de medición reconocidos hasta entonces por el Director de la obra (en las correspondientes certificaciones mensuales) deben incluirse en la propuesta de modificación 'sin esperar a hacerlo en la certificación final'. Así resulta del artículo 160.2 del RCAP y del Informe 85/18 de la Junta Consultiva (página 8, párrafo segundo).

Esta Abogacía del Estado considera que, en tal caso, al exceso de mediciones pasan a aplicársele todas las consecuencias derivadas de su incorporación al expediente de modificación del contrato:

- Su importe cuenta para los porcentajes que, como límite a los modificados, establece el artículo 205 de la LCSP.

- Una vez que el órgano de contratación aprueba la modificación que incorpora dichos excesos de medición, vuelve a contarse desde cero la facultad del Director de la obra para variar las mediciones hasta el límite del 10% establecido en el artículo 242.4.i) de la LCSP."

2º) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.e) del Real Decreto 1012/2022, de 5 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica de la Abogacía General del Estado, se regula la inspección de los servicios en su ámbito y se dictan normas sobre su personal, la Abogada del Estado coordinadora del Convenio de asistencia jurídica suscrito con la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Cibrao eleva a este Centro Directivo un borrador de informe discrepante en el que concluye que:

"Los excesos de medición no tienen la consideración de modificaciones del contrato y, por consiguiente, no deben computar en los límites del modificado a que se refiere el art. 205 de la LCSP".

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Se suscita una discrepancia de criterio sobre la procedencia de incluir o no los excesos de mediciones regulados en el artículo 242.4.i), de la LCSP en el cómputo del porcentaje admitido a efectos de las modificaciones contractuales no previstas del artículo 205 de dicho texto legal.

El artículo 242 de la LCSP, bajo la rúbrica *"Modificación del contrato de obra"*, establece lo siguiente:

"4. Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula esta Ley, 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.

No obstante, 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.

(...)".

Por su parte, el artículo 205 de la LCSP regula las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo 204, estableciendo un límite cuantitativo máximo para el modificado del 50 por ciento, calculado sobre el precio inicial del contrato, IVA excluido.

Pues bien, caracterizados los excesos de mediciones –legal, doctrinal y jurisprudencialmente– como supuestos que no tienen la consideración de modificaciones contractuales, este Centro Directivo considera que su importe no ha de tomarse en consideración para calcular el límite cuantitativo de las modificaciones contractuales del artículo 205 de la LCSP.

Se expondrán, con carácter previo, una serie de consideraciones doctrinales sobre la configuración jurídica de los excesos de mediciones –y ello con el fin de facilitar una mejor comprensión de esta figura– para, posteriormente, abordar la concreta cuestión objeto de consulta.

- II -

Como se afirma en el informe de 2 de marzo de 2023 (Ref. A.G. Entes Públicos 19/23, R. 158), *"es doctrina de este Centro Directivo que 'Los incrementos de unidades contratadas, hasta el límite del 10 por ciento del precio inicial del contrato (artículos 242.4.i), 301.2 y 309.1 de la LCSP), y la inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente conforme al artículo 242.4.ii) de la LCSP no tienen la consideración legal de modificaciones contractuales' (informe A.G. Entes Públicos 34/20 (R-381/2020), de 22 de abril).*

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) ha emitido numerosos informes sobre el contenido y alcance de los excesos de mediciones regulados, actualmente, en el artículo 242.4.i) de la LCSP, estableciendo una doctrina cuyo contenido general puede sistematizarse del siguiente modo:

1. Naturaleza jurídica y finalidad. Los excesos de mediciones, por expresa previsión legal, no tienen la consideración de modificaciones contractuales, y responden a la finalidad de facilitar la ejecución de un contrato de obras en cuyo proyecto cabe razonablemente presumir cierto margen de desviación. Como se indica en el informe 27/12, *"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".

En su informe 43/2008, de 28 de julio, la JCCPE añade que *"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."*

2. Los excesos de mediciones no se toman en consideración para determinar el valor estimado del contrato. De acuerdo con el informe de la JCCPE 43/2008: *"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"*.

3. Admisión de compensación de excesos y defectos de mediciones para el cálculo del porcentaje máximo del 10 por ciento de desviación permitido. En el informe 16/06, de 30 de octubre de 2006, y examinando el desarrollo reglamentario de los excesos de mediciones –artículo 160 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), al que luego se aludirá con detalle–, la JCCPE señala que *"lo dispuesto en el artículo 160.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es de aplicación tanto al aumento como a las minoraciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas"*, y 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."*

4. Cálculo del límite del 10 por ciento: Conforme al informe de la JCCPE 43/2008, dicho porcentaje se ha de calcular sobre el precio primitivo del contrato. En igual sentido se expresa el informe de la JCCPE 85/18: ha de estarse al precio primitivo, entendido como *"importe de adjudicación del contrato resultante del procedimiento de adjudicación".*

5. Requisitos de forma exigibles. Aclara en este punto el informe 74/09 de la JCCPE 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".* En igual sentido, el informe 85/18 declara que "*en estos casos no es necesario tramitar un expediente de modificado ni tampoco obtener autorización previa del órgano de contratación*".

- III -

Expuesta la doctrina general de la JCCPE sobre los excesos de mediciones, procede examinar la concreta cuestión objeto de consulta, relativa a la inclusión o no de dicho concepto en el cálculo de las modificaciones contractuales del artículo 205 de la LCSP.

Como se ha indicado, por expreso mandato del artículo 242.4 de la LCSP 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."

El exceso de mediciones, que goza de gran tradición en nuestro Derecho y que ha sido recogido en las sucesivas leyes de contratos del sector público, ha tenido su desarrollo reglamentario en el ya citado artículo 160 del RGLCAP, que lo configuró 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 (TRLCAP) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. El artículo 160 del RGLCAP establece 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.

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."

En el mismo sentido se pronuncia la cláusula 62 del Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado:

"Ni el contratista ni el Director podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente.

Exceptuándose aquellas modificaciones que, durante la correcta ejecución de la obra, se produzcan únicamente por variación en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación provisional, siempre que no representen un incremento del gasto superior al diez por ciento del precio del contrato. No obstante, cuando posteriormente a la producción de algunas de estas variaciones hubiere necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de otra naturaleza, habrán de ser recogidas aquéllas en la propuesta a elaborar, sin esperar para hacerlo a la liquidación provisional de las obras.

(...)".

La JCCPE, en su informe 85/18, se pronunció sobre la vigencia del artículo 160.2 del RGLCAP que, como queda expuesto, dispone que las variaciones se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser recogidas y abonadas en las certificaciones mensuales, a diferencia de lo que establece el artículo 242.4.i), que prevé que el exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra. Ante la duda de si debe entenderse tácitamente derogado el artículo 160.2 del RGLCAP, la JCCPE concluyó lo siguiente:

"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".

En ese mismo informe 85/2018, la JCCPE abordó también la forma de proceder en los casos en los que, en ejecución de una obra, se constate que los excesos de mediciones van a superar el límite del 10 por ciento del precio inicial del contrato. En concreto, se examinó la siguiente cuestión:

"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?".

Cuestión que respondió la JCCPE en los siguientes términos:

"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."

Con base en este último párrafo del informe 85/18 parcialmente transcrito, la Abogacía del Estado en el Ministerio de Transportes y Movilidad Sostenible consideró que, cuando se tramiten modificaciones en un contrato de obra, los excesos de mediciones previos no sólo deben incluirse en la propuesta de modificación sin esperar a la certificación final (como previene el último párrafo del artículo 160.2 del RGLCAP), sino que, además, pasan a aplicarse a dichos excesos de mediciones todas las consecuencias derivadas de su incorporación al expediente de modificación contractual, en concreto: i) su importe contará para los porcentajes que, como límite de los modificados, establece el artículo 205 de la LCSP; y ii) una vez que el órgano de contratación aprueba la modificación que incorpora los excesos de medición preexistentes, vuelve a contarse desde cero la facultad del director de la obra para incluir nuevos excesos de mediciones hasta el límite del 10 por ciento establecido en el artículo 242.4.i) de la LCSP.

Estas dos últimas consecuencias, que no están previstas ni en el artículo 242.4.i) de la LCSP ni en el artículo 160.2 del RGLCAP, y que resultan contrarias a la configuración legal y doctrinal de los excesos de mediciones como supuestos no incluidos en el concepto técnico-jurídico de *"modificación"*, a juicio de este Centro Directivo no resultan atendibles.

Como se indica en el informe de la JCCPE 27/12, los excesos de mediciones son variaciones que no generan por sí mismas la necesidad de modificar el proyecto inicial. No obstante, y conforme al artículo 160.2 del RGLCASP, *"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"*. Ahora bien, una cosa es que el proyecto de modificado recoja los excesos de mediciones preexistentes, para reflejar, con ocasión del proyecto de modificado y en aras de la claridad, la realidad de la obra ejecutada, y otra muy distinta que los excesos de mediciones anteriores al modificado muten su naturaleza y pasen a tener la consideración de modificaciones contractuales, computando a efectos de los límites de los modificados de los artículos 203 y siguientes de la LCSP.

El propio informe 85/18, invocado en este punto por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Transportes y Movilidad Sostenible, declara más adelante con rotundidad que *"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"*.

Pero es que, además, esta cuestión ya fue analizada detenidamente por este Centro Directivo en su informe de 22 de abril de 2020 (Ref. A.G. Entes Públicos 34/20, R. 381/2020), en el que se examinó si los poderes adjudicadores que no son Administración Pública pueden incluir en sus pliegos previsiones relativas a los excesos de mediciones, sin que éstas computen a efectos del límite máximo de las modificaciones expresamente

previstas del artículo 204 de la LCSP. En el referido informe se efectuaron las siguientes declaraciones, que son plenamente extrapolables a las modificaciones no expresamente previstas en los pliegos del artículo 205 de la LCSP:

"Este Centro Directivo considera que TRAGSA y, en general, los poderes adjudicadores que no rengan la consideración de Administraciones Públicas, pueden incluir en sus pliegos previsiones expresas que contemplen un incremento de las unidades contratadas que no representen un aumento de gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato (de forma análoga a lo dispuesto en los artículos 242.4.i), 301.2 y 309.1 de la LCSP para los contratos administrativos de obras, suministros y servicios, respectivamente), sin que tales supuestos tengan que computarse en el límite del 20 por ciento del precio inicial del contrato establecido en el artículo 204.1 de la LCSP para las modificaciones contractuales expresamente previstas en los pliegos. Y ello por los motivos que seguidamente se exponen:

1.- Los excesos de medición y los incrementos de unidades contratadas regulados en los preceptos citados (artículos 242.4.i), 301.2 y 309.1 de la LCSP) no constituyen, en puridad, supuestos de 'modificación contractual' en un sentido técnico-jurídico. Prueba de ello es que el artículo 242.4 dispone expresamente que dichos supuestos, en el contrato de obras, 'no tendrán consideración de modificaciones'; que el artículo 301.2 establezca que, en las condiciones previstas en dicho precepto respecto del contrato de suministro, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar 'sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación'; y que el artículo 309.1, párrafo segundo, indique, respecto del contrato de servicios, que tales supuestos 'no tendrán la consideración de modificaciones'. Se trata, en suma, de figuras que el legislador regula, desde un punto de vista sistemático, al margen de las modificaciones contractuales, y que excluye expresamente bien de ese concepto, bien de la tramitación que le es propia.

2.- Así lo ha declarado también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que en su informe 27/12, de 14 de diciembre de 2012, y por referencia al entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (y cuyas conclusiones son plenamente trasladables a la vigente LCSP), afirma lo siguiente:

'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) (...).

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.

(...)

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'.

Asimismo, la citada Junta Consultiva, en su informe 43/2008, de 28 de julio, al referirse a este adicional de obra que se aprecie en la medición de ésta y que de acuerdo con el artículo 217 de la LCSP, puede llegar hasta el 10% del precio primitivo, indicó que, 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 fin, en el Informe 04/2015, de 24 de noviembre, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia, también se afirma que 'En

definitiva los excesos de medición no constituyen en sentido estricto una modificación del contrato sino un supuesto concreto de alteración surgido durante la ejecución del contrato reconocido en la propia normativa contractual, que consiste exclusivamente en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto siempre que no represente un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato y que, a diferencia de lo que ocurre con los supuestos de modificación del contrato del artículo 107.1 del TRLCSP, no requieren ni la aprobación previa por el órgano de contratación ni la tramitación del correspondiente expediente para su modificación'.

La regulación inicialmente prevista para el contrato de obras (tradicionalmente dotado de una regulación más extensa y exhaustiva en nuestro Derecho administrativo, que servía de aplicación supletoria a otras figuras contractuales) pasó después a recogerse expresamente para los contratos de suministros y servicios, contratos que en los artículos 301.2 y 309.1 de la LCSP gozan actualmente de sendas previsiones normativas de contenido similar al establecido en el artículo 242.4 de la LCSP respecto del contrato de obra.

(...)".

En la misma línea se ha expresado la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 23/2011, de 12 de septiembre de 2011, respecto de la regulación que a este respecto establecía la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tras la modificación introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, indicando lo siguiente:

"...el supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP nada tiene que ver con las

circunstancias y condiciones recogidas en el artículo 92 quater 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 213.3 LCSP, que tiene una finalidad propia.

Téngase en cuenta, además, que la modificación legal prevista en el artículo 217.3 LCSP 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 quater, 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.

(...)

Esta conclusión no significa, como parece desprenderse del escrito de consulta, 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.

Así, respecto de la cuestión planteada, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en el artículo 92 quater no comprende los eventuales excesos de medición de un contrato de obras, siendo posible una modificación no prevista de hasta

un 10% del importe de adjudicación, y además hasta un 10% de incremento de gasto por exceso de medición de unidades previstas."

El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias 4/2011, de 24 de noviembre, es también muy claro al señalar, tras citar los preceptos objeto de examen, que:

"En consecuencia, tenemos que llegar a unas primeras conclusiones:

- Los preceptos citados consideran tales variaciones como una modificación que afecta al proyecto de obras que se está ejecutando, y, por tanto, al objeto del contrato.

- Dado que el contrato de obra es un contrato de resultado, del que el proyecto de obras es tan sólo una previsión anticipada, y que, como tal, puede estar sujeta a pequeñas variaciones a lo largo de su ejecución, el legislador considera inherente a la misma la posibilidad de que se produzca un margen de desviación de hasta un 10%, en cuanto al número de unidades de obra que realmente haya que ejecutar respecto al número de unidades inicialmente previstas en el proyecto.

- En consecuencia con la conclusión anterior, tales variaciones de medición se pueden ejecutar sin necesidad de previa autorización, y se abonarán con cargo al presupuesto adicional que a tal efecto se ha de prever de antemano, en el propio contrato.

- Aunque tales variaciones no generan por sí mismas la necesidad de modificar el proyecto inicial, no obstante, si tal necesidad surgiera posteriormente respecto a otros aspectos del mismo, el proyecto modificado que resulte deberá reflejar las variaciones de medición ejecutadas hasta entonces, a fin de que el proyecto de obras refleje fielmente en todo momento la realidad de la obra ejecutada.

- La propia naturaleza de este previsible margen del 10% de desviación en las mediciones, hace que no se considere modificación sustancial del contrato, y, en consecuencia, que su importe no se considere acumulable al importe de otras modificaciones a efectos del cómputo del límite del 30% que, como criterio determinante del carácter de modificación sustancial del contrato, establecía la anterior redacción del artículo 221.1 de la LCSP".

Y, en consonancia con ello, formula las siguientes conclusiones:

"1ª.- Dentro del límite del 10% a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, las variaciones de medición de las unidades de obra realmente ejecutadas respecto a las inicialmente previstas en el proyecto, no producen en ningún caso una modificación sustancial del contrato por ser inherentes al mismo, y, por tanto, su importe no se puede considerar acumulable al importe de las modificaciones a que se refiere el artículo 92 quater, a efectos del cómputo del límite del 10% a que se refiere el apartado 3.d) del artículo 92 quater para determinar la incidencia de una modificación sustancial del contrato.

2ª.- El importe de las variaciones de medición a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, cuyo importe no supere el 10% fijado en dicho artículo y que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 160.2 del R.G., se recojan posteriormente en un proyecto modificado, no ha de computarse junto al importe de las modificaciones que han dado lugar al proyecto modificado, a efectos de considerar el límite del 10% que determina la alteración sustancial del contrato. En consecuencia, dichas variaciones de medición deberán reflejarse de forma diferenciada en el proyecto modificado, a fin de poder realizar el control diferenciado del cumplimiento de ambos límites.

(...)".

En fin, corrobora el criterio que aquí se sostiene –con arreglo al cual los excesos de mediciones no se integran en el cómputo de los porcentajes máximos legalmente previstos para las modificaciones contractuales, tanto si se trata de modificaciones expresamente previstas en el pliego (artículo 204 de la LCSP) como si son modificaciones no previstas en ellos (artículo 205 de la LCSP)–, la jurisprudencia menor de los Tribunales Superiores de Justicia. Cabe citar, como ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) número 206/2020, de 18 septiembre (JUR\2020\307452), que declara lo siguiente:

"E*n el articulado de la normativa de contratación se distingue entre: modificaciones de unidades o partidas nuevas, y excesos de mediciones o ajustes de medición.*

Las 'partidas nuevas' suponen la necesidad de un Modificado que las contemple, y dependiendo del porcentaje de variación resulta necesario paralizar o no las obras, o si el porcentaje excede del establecido debe ampliarse el contrato o realizar un contrato nuevo.

Los 'excesos de mediciones' si no sobrepasan el porcentaje establecido en la normativa no hace falta justificación alguna, ni tienen que incluirse en ningún 'Modificado', a diferencia de las partidas nuevas.

Los excesos sólo alcanzaban una variación del 5,30% respecto del proyecto, lo cual implicaba que no era necesaria ni siquiera una aprobación previa de los mismos porque se encontraba dentro del 10% permitido por la normativa. Y las partidas nuevas alcanzaban un 6,13% respecto del proyecto; es decir, podían realizarse sin problema alguno, y. sin paralizar la obra porque entraban dentro del 20% permitido por la normativa de contratación pública.

En definitiva, los porcentajes estaban dentro de los previstos en la normativa aplicable como márgenes normales y permitidos, se necesitaba un Modificado para las 'partidas nuevas', y se decidió incluir en el mismo también los 'excesos' buscando la mayor transparencia e información exacta para los propietarios.

El Juzgador, sin embargo, al no haber realizado la necesaria distinción entre unos conceptos y otros, ni aplicado la normativa que establece los porcentajes de esos conceptos, ha incurrido en un grave error -dicho con el máximo respeto- al afirmar que la modificación que se proponía excedía del 10% de los gastos de urbanización previstos inicialmente, cuando realmente el 'modificado' de partidas nuevas no alcanzaba ese 10% (ya hemos dicho que suponía, únicamente, el 6,13%)."

Por las razones indicadas, procede resolver la discrepancia de criterio que da origen al presente informe confirmando el criterio de la Abogada del Estado coordinadora del Convenio de asistencia jurídica con la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Cibrao, y concluir que los excesos de mediciones del artículo 242.4.i) de la LCSP no han de computarse para el cálculo de los porcentajes previstos para las modificaciones contractuales del artículo 205 de la LCSP.

En consideración a lo expuesto, la Abogacía General del Estado formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Este Centro Directivo confirma el criterio de la Abogada del Estado coordinadora del convenio de asistencia jurídica con la Autoridad Portuaria de Ferrol- San Cibrao, con

arreglo al cual los excesos de mediciones del artículo 242.4.i) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no han de computarse para el cálculo de los porcentajes previstos como límites de las modificaciones contractuales.