



## **INFORME 8/2024, DE 28 DE JUNIO, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

**OBJETO: CONSULTA SOBRE INTERPRETACIÓN DE VARIOS CONCEPTOS DE LOS ARTÍCULOS 242.5 y 205.2 c) DE LA LCSP.**

### **I.- ANTECEDENTES.**

Con fecha 28 de mayo de 2024 se realiza solicitud de informe formulada por la Dirección de Régimen Jurídico y Servicios del Departamento de Educación sobre la interpretación de los artículos 205.2.c) y 242.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), con el objeto de resolver las dudas interpretativas surgidas con ambos artículos. Dicha solicitud se dirige a la Junta Asesora de Contratación Pública de la Dirección de Patrimonio y Contratación.

### **II. – CONSIDERACIONES PREVIAS. NORMATIVA DE APLICACIÓN Y COMPETENCIA PARA EMITIR EL INFORME.**

Según dispone el artículo 27.c) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene entre sus funciones consultivas la de «Informar las cuestiones que en materia de contratación pública sometan a su consideración las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante petición escrita formulada por los Directores o Directoras de los Departamentos del Gobierno Vasco que tengan encomendada la gestión de la contratación o por los representantes legales de las demás entidades del sector público. La competencia de la Junta Asesora alcanzará, asimismo, a las cuestiones que en la misma materia pudieran someter a su consideración las asociaciones y organizaciones de intereses económicos y profesionales a través del órgano que ostente su representación».

La Junta Asesora de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi sólo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de

noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Consecuentemente los informes de la Junta Asesora sólo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes ni para sustituir las funciones que los preceptos legales atribuyen a otros órganos distintos de esta Junta en relación con casos concretos y determinados. Esta misma consideración ha sido recogida por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en diferentes Informes, entre los que cabe citar, a título de ejemplo, los Informes 48/18, 72/18, 97/18 y 31/21; así como en el informe 18/19 de esta Junta.

Por ello este informe va a limitarse a señalar criterios jurídicos de carácter general sin entrar a dirimir las posibles controversias derivadas.

### **III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

#### **1º.- Análisis del artículo 242.5 de la LCSP**

El artículo a analizar dice lo siguiente:

*“Cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.”*

Del propio tenor literal del artículo se puede inferir sin ningún tipo de dificultad que no toda modificación conlleva una suspensión temporal de la ejecución de la obra, de ahí la utilización del adverbio relativo cuando, que introduce una variable (es decir, una incógnita) que no es otra que la propia tramitación de la modificación exija la suspensión de la ejecución de las obras.

Una vez sentada esta premisa, para abordar el estudio del artículo 242.5 debemos tener en cuenta, a su vez, lo dispuesto en el artículo 159.1 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 que recoge la necesidad de suspender temporal, parcial o totalmente la obra cuando la redacción de un proyecto modificado implique la imposibilidad de continuar ejecutando partes de aquellas sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 146.4 de la Ley. Este artículo 146.4 hace referencia a la disposición vigente en su momento del Texto Refundido de la Ley de Contratos del año 2000 y que ha sido sustancialmente recogido en el artículo por el que se nos hace la consulta.

En definitiva, dicho artículo señala como excepción a la regla general de obligación de suspender aquellos supuestos en que la suspensión ocasione graves perjuicios para el interés público en los que se podrá acordar la continuación de las obras.

Dicho de otro modo, se permite la continuación provisional de los trabajos para aquellos casos en los que, siendo necesaria la suspensión temporal de la ejecución, ésta puede causar graves perjuicios.

Por otro lado, en cuanto al límite del 20 por ciento que recoge este artículo debemos señalar que éste opera como condición para poder acceder a la excepción de continuidad de las obras, es decir, el artículo 242.5 establece que “Cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público(...), podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación” o, a contrario sensu, si se rebasa este límite no se podrá acordar la continuación provisional de las obras y deberán suspenderse en todo caso.

## **2º.- Análisis del artículo 205.2 c) de la LCSP**

El artículo a analizar dice lo siguiente:

“2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.”

De dicho artículo se nos plantean dos preguntas, siendo la primera de ellas sobre la justificación de la necesidad de las modificaciones sustanciales cuando no se incluyeron de

inicio en el contrato, y la segunda, en el uso de límites porcentuales, sobre el uso del concepto de “*unidades de obra nuevas*” dejando la interpretación abierta para el resto de los casos.

Ya en el Informe 6/2024, de 31 de mayo, de la comisión permanente de la junta asesora de contratación pública se analizó el apartado b del artículo 205.2 de la LCSP. El artículo 205 engloba las modificaciones que no se encuentran previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, debiéndose, entre otras casuísticas, a la aparición de prestaciones adicionales, de circunstancias imprevisibles, y de modificaciones no sustanciales.

Al igual que en el citado Informe 6/2024 el análisis realizado del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE permitió aclarar las cuestiones planteadas, por ende, cabe acudir de nuevo a él para concluir un criterio certero respecto a las modificaciones no sustanciales; concretamente a su apartado 4:

*“4. Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:*

*a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;*

*b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;*

*c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;*

*d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).”*

De acuerdo con lo establecido por el apartado 4 del párrafo 72 de la Directiva se permite modificar el contrato, en circunstancias excepcionales concretas, sin necesidad de acudir a

un nuevo procedimiento de contratación pública. Para ello, es necesario analizar las circunstancias concretas del contrato que se pretende modificar, debiendo el poder adjudicador valorar dichos criterios exhaustivamente, dado que recae en él la carga de la prueba.

Asimismo, la LCSP regula entre las causas de resolución en su artículo 211.1.g) *“La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido”*. Esto es, nuestra legislación establece como una de las causas de resolución contractual aquellos casos que no cabe la posibilidad de modificación contractual debido a la inviabilidad de realizar la prestación acordada.

A la vista de lo hasta ahora expuesto, parece excesiva la resolución del contrato y el inicio de un nuevo procedimiento de licitación en el caso de errores, sean del proyecto o no, que no conlleven un cambio sustancial en el contrato y siempre que no amplíen de forma importante el ámbito del contrato (15% del precio inicial, IVA excluido en el contrato de obras). En este caso, se considera más apropiada para el interés general una modificación del contrato.

Antes de proceder al análisis de la segunda de las cuestiones planteadas conviene definir qué se entiende por unidad de obra. Para ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 2/2022, de 21 de febrero establece lo que sigue:

*“La «unidad de obra» consiste en cada una de las partes de la obra, o incluso agrupación de varias partes de esta, que procede medir de forma independiente, pero que se valoran en función de una misma unidad de medida, ya sean kilos, toneladas, metros cuadrados o cúbicos. Consisten en los trabajos concretos, medibles y controlables, en los que podemos dividir una obra e incluyen la mano de obra, los medios auxiliares y los materiales necesarios para llevarla a cabo.”*

Usando esta definición como referencia a la hora de interpretar el artículo 205.2.c) 2 podemos afirmar que el límite porcentual aplicable se refiere a la inclusión de *“trabajos concretos, medibles y controlables”*. Surge la duda con el siguiente apartado al dejar la interpretación abierta por no hacer referencia al término unidad de obra.



Teniendo en cuenta lo anterior, la referencia utilizada por el legislador es genérica centrándose tal modificación en el porcentaje del precio de adjudicación, independientemente que se deba a la introducción o no de unidades de obra nueva. En otros términos, se toma en cuenta únicamente el precio de adjudicación.

#### **IV.- CONCLUSIÓN**

Por lo expuesto, se emite el presente INFORME, en la consideración de que se tendrán en cuenta las precisiones y observaciones aquí recogidas.