

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Amadeu de Savoia, 2 -5a planta
46010 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt
Asunto : Informe 5/2019

INFORME 5 /2019, DE 25 DE FEBRERO DE 2020 . MODIFICACIÓN DE UN CONTRATOS DE SERVICIOS. ALTERACIÓN SUSTANCIAL DEL OBJETO DEL CONTRATO. RESOLUCIÓN POR DEMORA. NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO. POSIBLE EXISTENCIA DE DE DOS CAUSAS DE RESOLUCIÓN. PENALIDADES EN LA LIQUIDACIÓN.

En fecha 20 de diciembre de 2019, ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Enguera, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

ANTECEDENTES

“Asunto: visto el artículo 9.3 de Decreto 35/2018, de 23 de marzo, del Consell, por el que se regula la Junta Superior de Contratación Administrativa, el Registro Oficial de Contratos de la Generalitat, el Registro de contratistas y empresas clasificadas de la Comunitat Valenciana y la Central de Compras de la Generalitat y se adoptan medidas respecto de la contratación centralizada.

Se plantea en este supuesto qué vía usar del antiguo artículo 223 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) para resolver un contrato de servicios de redacción de planeamiento municipal adjudicado en 2017 estando en vigor todavía esta norma.

Las eventualidades sucedidas durante la ejecución del contrato son las siguientes:

- 1) El contratista incumplió el plazo de entrega de los trabajos, se produjo una dilación de unos meses.
- 2) El contratista sostiene que la demora no es culposa ya que opina que es debida a que la administración no fue diligente en el envío de documentación preexistente (la administración se comprometió por pliego a facilitar dicha consulta). Lo cierto es que el pliego no determinaba cómo se debía solicitar la documentación y en la práctica se realizó mediante correo electrónico dirigido a los servicios técnicos municipales (se alega por el contratista que dichos correos en muchas ocasiones no fueron contestadas y en otras hubo una importante dilación en la respuesta). Al realizarse las solicitudes de esta forma no existen registros de entrada ni salida que puedan orientar al respecto de si tienen razón o no.
- 3) Al contratista no le salen las cuentas al comprobar que parte de la documentación preexistente no les sirve. Si bien es cierto que el contrato es a riesgo y ventura no lo es menos que se licita por un precio muy inferior al de mercado sin valoración económica previa (con la "discutible" intención por parte del ayuntamiento de adjudicarlo por el antiguo procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía).
- 4) A todo esto, el órgano de contratación solicita al contratista el pasado mes de abril una adaptación de los trabajos ya realizados a una reforma legislativa aprobada en febrero. Dichos cometidos exceden del objeto

del contrato y suponen un incremento de precio del 53%.

5) El contrato pierde su sentido el pasado mes de septiembre al caducar el documento de alcance sobre el que se basan todos los trabajos que se deben realizar con ocasión del contrato, por lo que no tiene sentido su continuidad.

Por todo ello, ahora se plantea lo siguiente:

- Tanto al contratista como al ayuntamiento les interesa resolver y liquidar este contrato, no tiene sentido ya para ninguna de las partes y se desea por parte de ambos hacerlo de forma amistosa.

- No obstante, entendemos que no es posible resolver por la vía del mutuo acuerdo puesto que la demora implica un incumplimiento luego no es posible informar que no han existido incumplimientos por parte del contratista, algo que exige la vía del 223.c) ex artículo 224.4.

Ante estas circunstancias, las cuestiones que se plantean para informe de esta Junta tienen que ver con la vía adecuada para resolver el contrato y son las siguientes:

1.- La solicitud del órgano de contratación de abril en la que se pide la adaptación, ¿puede abrir la puerta a resolver por la vía del 223.g) como pretende el contratista?, ¿tendría encaje puesto que se está solicitando una modificación que no es posible materializar por exceder los límites del 107.3.d)?.

2.- En supuestos en los que existe concurrencia de causas de resolución contractual (demora en incumplimiento de plazos e imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados), ¿cuál debería utilizar el órgano de contratación?, ¿podría optar al no existir imposibilidad legal, como si sucede cuando existen incumplimientos para acudir ala vía del mutuo acuerdo?

3.- Al no contener estudio económico previo ¿podría alegarse nulidad del contrato por parte del contratista?

4.- Teniendo en cuenta que la demora en la ejecución del contrato no tiene por qué ocasionar directamente la resolución del contrato (también puede implicar penalidades según el artículo 212.4 del TRLCSP), ¿sería posible en caso de optar por otra vía de resolución distinta hacer efectivas dichas penalidades en la posterior liquidación del contrato?

Teniendo en cuenta la seguridad jurídica que ofrece un informe de un órgano consultivo a la hora de resolver controversias en un tema tan relevante como el que nos ocupa, y entendiendo estar dentro de los supuestos habilitados para ello, agradeceríamos una respuesta a las cuestiones formuladas y a otras conexas que así consideren y puedan ponerse de manifiesto con ocasión de la formulación del informe.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Varias cuestiones son las que plantea la entidad consultante por lo que resolveremos seguidamente cada una de ellas, si bien en primer término como es habitual por esta Junta examinaremos la legislación aplicable, pues al momento de someter la consulta se halla vigente la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Teniendo en cuenta que el contrato fue adjudicado en fecha 19 de enero de 2017 y formalizado en fecha 6



de febrero de 2017 en aplicación de la Disposición transitoria primera de la LCSP apartado 2, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Por lo tanto hemos de estar al Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

Modificación del contrato por alteración sustancial de su objeto

La modificación propuesta del 53% del contrato por causas legales obviamente, nos lleva a concluir que nos hallaríamos ante una alteración sustancial del objeto del contrato, pues si bien el TRLCSP en su art. 107, que regula las modificaciones no previstas en el pliego, hace referencia en su apartado 1.e) a la necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato (el subrayado es nuestro), a renglón seguido, es decir, en su apartado 2. d) indica la imposibilidad pese a las causas de modificación señaladas de llevarlas a término por constituir una alteración sustancial de las condiciones de la licitación y la adjudicación cuando la modificación del contrato iguale o supere el 10% del precio de adjudicación.

La alteración sustancial del objeto del contrato daría como resultado la necesidad de convocar una nueva licitación previa resolución del contrato existente de conformidad con el art. 223.g) del TRLCSP que contempla como causa de resolución efectivamente: *“La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I “.*

Por tanto es viable la aplicación de esta causa de resolución del contrato, si bien como reza el art. 225.5 del TRLCSP el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista. Teniendo claro que este último inciso no se da en el presente caso.

Y el apartado 6. del citado art. 225 establece que al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa establecida en la letra g) del artículo 223, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos

Resolución por incumplimiento . Demora en los plazos de entrega

El escrito de consulta alude a una serie de demoras en la entrega del contratista de los trabajos. Demora que en todo caso debería hallarse debidamente documentada tanto por referencia al pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, como por las actas de recepción parciales de los trabajos. Nada puede añadir esta Junta al respecto dado que no hay información suficiente en el escrito de consulta y documentación remitidos. Si bien de la petición de informe se infiere, primero, que el contratista se opone por que no considera esa demora, y segundo, que no queda patente conforme al pliego la forma de envío de los trabajos para tener constancia del posible retraso.

Hay que hacer notar que ambas causas de resolución, la del art, 223.g) y el incumplimiento por demora son radicalmente distintas y con consecuencias económicas y efectos, asimismo, distintos para el contratista y

la Administración.

Sobre la cuestión de la existencia de dos posibles causas de resolución, la doctrina del Consejo de Estado abundante y después reflejada en la Jurisprudencia adopta el criterio de considerar que se aplicará la causa que haya aparecido primero en el tiempo. Criterio que la actual LCSP ha incorporado en su art. 211.2

“2. En los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo. “

Nulidad del procedimiento al carecer de estudio económico

El art. 32 del TRLCSP indica las causas de nulidad

Artículo 32. Causas de nulidad de derecho administrativo.

Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

- a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
- b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60.
- c) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.
- d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

No podemos afirmar que estas causas indicadas se den en el supuesto sometido a consulta.

Por su parte el art. 73 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, indica:

“Artículo 73. Actuaciones administrativas preparatorias del contrato.

1. Los expedientes de contratación se iniciarán por el órgano de contratación determinando la necesidad de la prestación objeto del contrato, bien por figurar ésta en planes previamente aprobados o autorizados, bien por estimarse singularmente necesaria.

2. Se unirá informe razonado del servicio que promueva la contratación, exponiendo la necesidad, características e importe calculado de las prestaciones objeto del contrato.”

No acabamos bien de comprender a qué se refiere el Ayuntamiento consultante con el “estudio económico” que no debemos ni mucho menos equiparar a los contratos concesionales.



El hecho de que de conformidad con el art. 73 del Reglamento citado el servicio proponente en su informe razonado hay calculado el importe de la prestación sería suficiente. Lo que debemos estimar con los datos que tenemos y la documentación remitida que debe haber ocurrido así, puesto que no se comprendería el presupuesto de licitación y el valor estimado del contrato previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Penalidades por demora en la liquidación del contrato.

Las penalidades de la presente contratación se articulan en la Cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas particulares sometido a consulta. Bajo la rúbrica sanciones por incumplimiento alude también a las penalidades por demora. Sabido es que las penalidades no responden al ejercicio de la potestad sancionadora sino que son equiparables a las multas coercitivas para compeler al contratista a cumplir lo pactado. Se configuran como una suerte de cláusula penal contractual (art. 1.152 del Código Civil) cuya razón radica en el interés público que se satisface con el contrato y que es necesario tutelar.

Del escrito de consulta y de la documentación remitida no hay duda que el Ayuntamiento consultante, mejor dicho, el órgano de contratación, no ha impuesto penalidades por demora al contratista durante la ejecución del contrato.

La imposición de penalidades finalizado el contrato bien por cumplimiento bien por resolución no ha creado una doctrina jurisprudencial pacífica.

La reciente STS 1689/2019, de 21 de mayo de 2019, que en síntesis analiza la caducidad de la imposición de penalidades por regir supletoriamente la Ley 39/2015, concluyendo que no existe caducidad por ser inaplicable dicha Ley.

De esta manera la Sala concluye que en la imposición de penalidades contractuales al amparo del artículo 196.8 de la LCSP de 2007 aplicable al caso -actualmente, artículo 194.2 de la vigente Ley 9/2017 -, no son aplicables los artículos 42.3.a) y 44.2 de la Ley 30/1992 -actualmente, artículos 21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 30/1992 - porque constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución (el subrayado es nuestro). Aplicable tb a los arts .21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Si en la resolución del contrato que pretendiere el Ayuntamiento por otra causa distinta a los incumplimientos por demora, se quisiera imponer penalidades, por tanto fuera de su ejecución, como señala la citada STS en su Fundamento de Derecho Quinto 2º “Su naturaleza ciertamente se acerca a la lógica de la multa coercitiva como instrumento cuyo fin es forzar, mediante su reiteración y hasta lograr el cumplimiento de determinada obligación contractual. Tal similitud se acentúa cuando con la penalidad se reacciona ante retrasos del contratista u otro cumplimiento defectuoso mantenido en el tiempo; ahora bien cuando se impone como consecuencia de un incumplimiento puntual o ejecutado del contrato, ya no implica coerción alguna y su naturaleza se asemeja ciertamente a la sancionadora o cumple un fin resarcitorio.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La modificación propuesta del 53% del contrato por causas legales obviamente, nos lleva a concluir que nos hallaríamos ante una alteración sustancial del objeto del contrato, pues si bien el TRLCSP en su art. 107 que regula las modificaciones no previstas en el pliego hace referencia en si apartado 1.e) la

necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato (el subrayado es nuestro), a renglón seguido, es decir, en su apartado 2. d) indica la imposibilidad pese a las causas de modificación señaladas de llevarlas a término por constituir una alteración sustancial de las condiciones de la licitación y la adjudicación cuando la modificación del contrato iguale o supere el 10% del precio de adjudicación.

SEGUNDA.- Sobre la cuestión de la existencia de dos posibles causas de resolución, la doctrina del Consejo de Estado abundante y después reflejada en la Jurisprudencia adopta el criterio de considerar que se aplicará la causa que haya aparecido primero en el tiempo. Criterio que la actual LCSP ha incorporado en su art. 211.2.

TERCERO.- De la documentación remitida y en aplicación del art. 32 del TRLCSP no podemos afirmar que se dé causa de nulidad alguna.

CUARTO.- La imposición de penalidades en la liquidación del contrato sería equiparable a una sanción o a una indemnización por daños y perjuicios debiendo instar el correspondiente procedimiento.

LA SECRETARIA

Vº Bº LA PRESIDENTA
SUBSECRETARIA DE HACIENDA Y MODELO ECONÓMICO.

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
en fecha 25 de febrero de 2020