

Junta Superior de Contractació Administrativa

C/ Amadeu de Savoia, 2, 5a planta
46010 VALÈNCIA
Tel.: 961 613 072.
Adreça electrònica: secretaria_JSCA@gva.es

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

Informe 5/2019, de 25 de febrer de 2020. Modificació d'un contracte de serveis. Alteració substancial de l'objecte del contracte. Resolució per demora. Nul·litat del procediment. Possible existència de de dues causes de resolució. Penalitats en la liquidació.

En data 20 de desembre de 2019, ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa una sol·licitud d'informe de l'Ajuntament d'Enguera, mitjançant la qual formula una consulta del tenor literal següent:

Antecedents

«Assumpte: vist l'article 9.3 de Decret 35/2018, de 23 de març, del Consell, pel qual es regula la Junta Superior de Contractació Administrativa, el Registre oficial de contractes de la Generalitat, el Registre de contractistes i empreses classificades de la Comunitat Valenciana i la Central de Compres de la Generalitat i s'adopten mesures respecte de la contractació centralitzada.

Es planteja en aquest supòsit quina via usar de l'antic article 223 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP), per a resoldre un contracte de serveis de redacció de planejament municipal adjudicat el 2017 mentre està en vigor encara aquesta norma.

Les eventualitats que s'han produït durant l'execució del contracte són les següents:

- 1) El contractista va incomplir el termini de lliurament dels treballs, es va produir una dilació d'uns mesos.
- 2) El contractista sosté que la demora no és culposa, ja que opina que és deguda al fet que l'Administració no va ser diligent en l'enviament de documentació preexistent (l'Administració es va comprometre per plec a facilitar aquesta consulta). La veritat és que el plec no determinava com s'havia de sol·licitar la documentació i en la pràctica es va realitzar mitjançant un correu electrònic dirigit als serveis tècnics municipals (el contractista al·lega que no es va contestar a aquests correus en moltes ocasions i en unes altres va haver-hi una important dilació en la resposta). Com que es van realitzar les sol·licituds d'aquesta forma, no existeixen registres d'entrada ni eixida que puguen orientar pel que fa a si tenen raó o no.
- 3) Al contractista no li ixen els comptes després de comprovar que part de la documentació preexistent no els serveix. Si bé és cert que el contracte és a risc i ventura no ho és menys que es licita per un preu molt inferior al de mercat sense valoració econòmica prèvia (amb "la discutible" intenció per part de l'Ajuntament d'adjudicar-lo per l'antic procediment negociat sense publicitat per raó de quantia).
- 4) A tot això, l'òrgan de contractació sol·licita al contractista el mes d'abril passat una adaptació dels treballs ja realitzats a una reforma legislativa aprovada al febrer. Aquestes comeses excedeixen l'objecte del contracte i suposen un increment de preu del 53%.
- 5) El contracte perd el seu sentit el mes de setembre passat en caducar el document d'abast sobre el qual es basen tots els treballs que s'han de realitzar en ocasió del contracte, i per tant, no en té sentit la continuïtat.

Per tot això, ara es planteja el següent:

- Tant al contractista com a l'Ajuntament els interessa resoldre i liquidar aquest contracte: no té sentit ja per a cap de les parts i es desitja per part dels dos fer-ho de manera amistosa.
- No obstant això, entenem que no és possible resoldre per la via del mutu acord perquè la demora implica un incompliment. En conseqüència, no és possible informar que no han existit incompliments per part del contractista, condició que exigeix la via del 223.c *ex articulo* 224.4.

Davant d'aquestes circumstàncies, les qüestions que es plantegen per a informe d'aquesta junta tenen a veure amb la via adequada per a resoldre el contracte, i són les següents:

1. La sol·licitud de l'òrgan de contractació d'abril en la qual es demana l'adaptació pot obrir la porta a resoldre per la via del 223.g com pretén el contractista?, hi tindria encaix perquè s'està sol·licitant una modificació que no és possible materialitzar per excedir els límits del 107.3.d'?

2. En supòsits en els quals existeix concurrència de causes de resolució contractual (demora en incompliment de terminis i impossibilitat d'executar la prestació en els termes inicialment pactats), quin hauria d'utilitzar l'òrgan de contractació?, hi podria optar per no existir impossibilitat legal, com si succeeix quan existeixen incompliments per a acudir a la via del mutu acord?

3. Pel fet de no contindre un estudi econòmic previ, podria al·legar-se nul·litat del contracte per part del contractista?

4. Tenint en compte que la demora en l'execució del contracte no té per què ocasionar directament la resolució del contracte (també pot implicar penalitats segons l'article 212.4 del TRLCSP), seria possible en cas d'optar per una altra via de resolució diferent fer efectives aquestes penalitats en la liquidació posterior del contracte?

Tenint en compte la seguretat jurídica que ofereix un informe d'un òrgan consultiu a l'hora de resoldre controvèrsies en un tema tan rellevant com el que ens ocupa, i entenent estar dins dels supòsits habilitats per a això, agrairíem una resposta a les qüestions formulades i a altres connexes que així consideren i que puguen posar-se de manifest en ocasió de la formulació de l'informe.»

Consideracions jurídiques

Diverses qüestions són les que planteja l'entitat consultant i per això resoldrem cadascuna d'aquestes seguidament, si bé en primer terme, com és habitual per aquesta Junta, examinarem la legislació aplicable, ja que en el moment de sotmetre la consulta està vigent la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (d'ara en avant, LCSP).

Tenint en compte que el contracte va ser adjudicat en data 19 de gener de 2017 i formalitzat en data 6 de febrer de 2017, en aplicació de la disposició transitòria primera de l'LCSP, apartat 2, els contractes administratius adjudicats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta llei es regiran, quant als seus efectes, compliment i extinció, incloent-hi la seua modificació, duració i règim de pròrrogues, per la normativa anterior.

Per tant, hem d'ajustar-nos al Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (d'ara en avant, TRLCSP).

Modificació del contracte per alteració substancial del seu objecte

La modificació proposada del 53% del contracte per causes legals òbviament ens porta a concloure que ens trobaríem davant d'una alteració substancial de l'objecte del contracte, perquè si bé el TRLCSP en l'article 107, que regula les modificacions no previstes en el plec, fa referència en l'apartat 1.e) a la necessitat d'ajustar la prestació a especificacions tècniques, mediambientals, urbanístiques, de seguretat o d'accessibilitat aprovades amb posterioritat a l'adjudicació del contracte (el subratllat és nostre), a continuació; és a dir, en l'apartat 2.d), indica la impossibilitat, malgrat les causes de modificació assenyalades, de portar-les a terme per constituir una alteració substancial de les condicions de la licitació i l'adjudicació quan la modificació del contracte iguale o supere el 10% del preu d'adjudicació.

L'alteració substancial de l'objecte del contracte donaria com a resultat la necessitat de convocar una nova licitació amb la resolució prèvia del contracte existent, de conformitat amb l'article 223.g del TRLCSP, que preveu com a causa de resolució efectivament "La impossibilitat d'executar la prestació en els termes inicialment pactats o la possibilitat certa de producció d'una lesió greu a l'interés públic si se'n continua executant la prestació en aquests termes, quan no siga possible modificar el contracte conforme al que es disposa en el títol V del llibre I".

Per tant, és viable l'aplicació d'aquesta causa de resolució del contracte, si bé, com assenjala l'article 225.5 del TRLCSP, el contractista tindrà dret a una indemnització del 3 per cent de l'import de la prestació deixada de realitzar, llevat que la causa siga imputable al contractista. Tenint clar que aquest últim incís no es dona en aquest cas.

I l'apartat 6 de l'esmentat article 225 estableix que en el moment d'incoar-se l'expedient administratiu de resolució del contracte per la causa establida en la lletra g) de l'article 223, podrà iniciar-se el procediment per a l'adjudicació del nou contracte, si bé l'adjudicació d'aquest quedarà condicionada a l'acabament de l'expedient de resolució. S'aplicarà la tramitació d'urgència als dos procediments.

Resolució per incompliment. Demora en els terminis de lliurament

L'escrit de consulta al·ludeix a una sèrie de demores en el lliurament del contractista dels treballs. Demora que en tot cas hauria de trobar-se degudament documentada tant per referència al plec de clàusules administratives i prescripcions tècniques, com per les actes de recepció parcials dels treballs. Aquesta junta no pot afegir res sobre aquest tema, atés que no hi ha informació suficient en l'escrit de consulta i documentació remesos. Si bé de la petició d'informe s'infereix, primer, que el contractista s'hi oposa perquè no considera aquesta demora, i segon, que no queda patent d'acord amb el plec la forma d'enviament dels treballs per a tindre constància del possible retard.

Cal fer notar que les dues causes de resolució, la de l'article 223.g i l'incompliment per demora, són radicalment diferents i amb



conseqüències econòmiques i efectes, així mateix, diferents per al contractista i l'Administració.

Sobre la qüestió de l'existència de dues possibles causes de resolució, la doctrina abundant del Consell d'Estat, i després reflectida en la jurisprudència, adopta el criteri de considerar que s'aplicarà la causa que haja aparegut primer en el temps. Criteri que l'actual LCSP ha incorporat en l'article 211.2:

“2. En els casos en què concórreguen diverses causes de resolució del contracte amb diferents efectes quant a les conseqüències econòmiques de l'extinció, haurà d'ajustar-se a la que haja aparegut amb prioritat en el temps”.

Nul·litat del procediment per mancar d'estudi econòmic

L'article 32 del TRLCSP indica les causes de nul·litat:

“Article 32. Causes de nul·litat de dret administratiu.

Són causes de nul·litat de dret administratiu les següents:

- a) Les indicades en l'article 62.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.
- b) La falta de capacitat d'obrar o de solvència econòmica, financera, tècnica o professional, degudament acreditada, de l'adjudicatari, o estar aquest incurs en alguna de les prohibicions per a contractar assenyalades en l'article 60.
- c) La manca o insuficiència de crèdit, de conformitat amb el que s'estableix en la Llei 47/2003, de 26 de novembre, general pressupostària, o en les normes pressupostàries de les restants administracions públiques subjectes a aquesta llei, excepte els supòsits d'emergència.
- d) Totes les disposicions, actes o resolucions emanats de qualsevol òrgan de les administracions públiques que atorguen, de manera directa o indirecta, avantatges a les empreses que hagen contractat prèviament amb qualsevol administració.”

No podem afirmar que aquestes causes indicades es donen en el supòsit sotmés a consulta.

Per la seua banda, l'article 73 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, indica:

“Article 73. Actuacions administratives preparatòries del contracte

1. Els expedients de contractació seran iniciats per l'òrgan de contractació determinant la necessitat de la prestació objecte del contracte, bé per figurar aquesta en plans prèviament aprovats o autoritzats, bé per estimar-se singularment necessària.
2. S'hi unirà un informe raonat del servei que promoga la contractació en el qual s'exposaran la necessitat, característiques i import calculat de les prestacions objecte del contracte.”

No acabem bé de comprendre a què es refereix l'ajuntament consultant amb l'“estudi econòmic”, que ni de bon tros hem d'equiparar als contractes concessional.

El fet que, de conformitat amb l'article 73 del reglament esmentat, el servei proponent en el seu informe raonat haja calculat l'import de la prestació seria suficient. Cosa que hem d'estimar, amb les dades que tenim i la documentació remesa, que ha d'haver ocorregut així, ja que no es comprendria el pressupost de licitació i el valor estimat del contracte previstos en el plec de clàusules administratives particulars.

Penalitats per demora en la liquidació del contracte

Les penalitats d'aquesta contractació s'articulen en la clàusula 24 del plec de clàusules administratives particulars sotmés a consulta. Sota la rúbrica de sancions per incompliment al·ludeix també a les penalitats per demora. Ja se sap que les penalitats no responen a l'exercici de la potestat sancionadora, sinó que són equiparables a les multes coercitives per a compel·lir el contractista a complir els pactes. Es configuren com un tipus d'astricció contractual (art. 1.152 del Codi Civil), la raó de la qual radica en l'interès públic que se satisfà amb el contracte i que és necessari tutelar.

De l'escrit de consulta i de la documentació remesa es desprén, sense cap dubte, que l'ajuntament consultant, més ben dit, l'òrgan de contractació, no ha imposat penalitats per demora al contractista durant l'execució del contracte.

La imposició de penalitats finalitzat el contracte bé per compliment bé per resolució no ha creat una doctrina jurisprudencial pacífica.

La recent STS 1689/2019, de 21 de maig de 2019, que en síntesi analitza la caducitat de la imposició de penalitats per regir

supletòriament la Llei 39/2015, conclou que no existeix caducitat per ser inaplicable aquesta llei.

D'aquesta manera la Sala conclou que en la imposició de penalitats contractuals a l'empara de l'article 196.8 de l'LCSP de 2007 aplicable al cas –actualment, article 194.2 de la vigent Llei 9/2017–, no són aplicables els articles 42.3.a i 44.2 de la Llei 30/1992 – actualment, articles 21.3.a i 25.1.b de la Llei 30/1992– perquè constitueixen tràmits, decisions o incidències dins del procediment d'execució (el subratllat és nostre). Aplicable també als articles 21.3.a i 25.1.b de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

Si en la resolució del contracte que pretén l'Ajuntament per una altra causa diferent dels incompliments per demora es volguera imposar penalitats, per tant, fora de la seua execució, com assenyala l'esmentada STS en el fonament de dret cinqué, 2n, “La seua naturalesa certament s'acosta a la lògica de la multa coercitiva com a instrument que té com a objecte forçar, mitjançant la seua reiteració i fins a aconseguir el compliment d'una determinada obligació contractual. Aquesta similitud s'accentua quan amb la penalitat es reacciona davant de retards del contractista o un altre compliment defectuós mantingut en el temps; ara bé, quan s'imposa com a conseqüència d'un incompliment puntual o executat del contracte, ja no implica cap coerció i la seua naturalesa s'assembla certament a la sancionadora o compleix una finalitat resarcitòria”.

Conclusions

Primera. La modificació proposada del 53% del contracte per causes legals òbviament ens porta a concloure que ens trobaríem davant d'una alteració substancial de l'objecte del contracte, perquè si bé el TRLCSP en l'article 107 que regula les modificacions no previstes en el plec fa referència en l'apartat 1.e) a la necessitat d'ajustar la prestació a especificacions tècniques, mediambientals, urbanístiques, de seguretat o d'accessibilitat aprovades amb posterioritat a l'adjudicació del contracte (el subratllat és nostre), a continuació, és a dir, en l'apartat 2.d) indica la impossibilitat, malgrat les causes de modificació assenyalades, de portar-les a terme per constituir una alteració substancial de les condicions de la licitació i l'adjudicació quan la modificació del contracte iguale o supere el 10% del preu d'adjudicació.

Segona. Sobre la qüestió de l'existència de dues possibles causes de resolució, la doctrina abundant del Consell d'Estat, i després reflectida en la jurisprudència, adopta el criteri de considerar que s'aplicarà la causa que haja aparegut primer en el temps. Criteri que l'actual LCSP ha incorporat en l'article 211.2.

Tercer. A partir de la documentació remesa i en aplicació de l'article 32 del TRLCSP, no podem afirmar que hi haja causa de cap nul·litat.

Quart. La imposició de penalitats en la liquidació del contracte seria equiparable a una sanció o a una indemnització per danys i perjudicis i caldria instar el procediment corresponent.

La secretària

Vist i plau La presidenta

Sotssecretària d'Hisenda i Model Econòmic

Aprovat per la Junta Superior de Contractació Administrativa en data 25 de febrer de 2020.