



Informe 7/2016, de 29 de septiembre, sobre la posibilidad de compensar la cuantía de las mejoras no ejecutadas con un descuento en la última certificación.

ANTECEDENTES

Por la Diputación de Pontevedra se dirigió a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

“La Diputación Provincial de Pontevedra está tramitando la certificación final (2ª fase) de la obra "ampliación Museo de Pontevedra y Rehabilitación del edificio Sarmiento", surgiendo una discrepancia de criterios entre el Secretario y el Interventor de esta administración, lo que lleva a solicitar esa Junta Consultiva informe a los efectos de que órgano de gobierno adopte la decisión más adecuada conforme a derecho.

Para eso se ponen en conocimiento de esa entidad los siguientes antecedentes:

Primero: El Pleno de la Corporación Provincial, en su sesión común del día 30 de diciembre del 2003, adjudicó el contrato de la obra "*Ampliación del Museo de Pontevedra y rehabilitación del Edificio Sarmiento*" a la empresa AAA, S.A. (hoy, DDD, S.A.), por el precio ofertado de 12.889.292,32 €, IVA Incluido (Doc. 1).

Segundo: La adjudicataria ofertó mejoras valoradas en el importe total de 88.615,43 €, en los siguientes puntos, que se detallan en la propia oferta (Doc. 2):

- 1.- Control de iluminación
- 2.- Instalación de TV
- 3.- Instalación de voz y datos
- 4.- Instalación de seguridad, y
- 5.- Cámara web para control de obras.

Sin embargo, a la vista del expediente, se observa una contradicción en el importe de estas mejoras, que ascienden la cantidad de 122.324,74 €, según el informe de evaluación de las ofertas aportado por la UUU, S.L.(Doc.3), y así aparecen en el propio contrato (Doc.4).

Tercero: Con fecha de 11 de mayo de 2015 (Registro entrada núm. 2015057706), la empresa constructora presenta certificación final de la obra (Doc. 5), por el importe de 243.401,51 €, acompañando la correspondiente relación valorada para justificar el importe de las obras ejecutadas hasta el 14 de enero de 2015, la factura y el certificado final de obra.

Cuarto: En el proceso de fiscalización de esta certificación, el Servicio de Intervención solicita que, antes de su aprobación, se emita un informe sobre la ejecución de las mejoras ofertadas por la empresa.

En virtud de esta petición, el Servicio de Contratación, con fecha de 11 de septiembre de 2015 (Registro salida núm. 2015022139, de 11/09/2015), requiere a la empresa DDD, S.A y a los directores de la obra para que emitan el correspondiente informe sobre la ejecución de estas mejoras (Doc. 6 y Doc. 7).

Quinto: Pola su parte, DDD, S.A., con fecha de 24 de septiembre de 2015 (Registro entrada 2015103172, de 2/10/2015),



informa que, de las mejoras ofertadas, se ejecutó el sistema de cámara web, evaluado en la cantidad de 9.000,00 €, mientras que el resto de las mejoras no se ejecutaron, por considerarlas inconvenientes la Dirección facultativa, los responsables de la gestión del Museo y /o la Diputación (Doc. 8).

Al mismo tiempo, informa que, en contraprestación a estas mejoras no ejecutadas, colaboraron ejecutando otros trabajos, a petición del Servicio de Arquitectura (evaluadas en el importe de 48.599,35 €), de la Dirección de gestión del Museo o de su Dirección Técnica (evaluadas en el importe de 81.261,91 €) y de la Dirección facultativa (evaluadas en el importe de 10.557,97 €).

Sexto: A la vista del informe acercado por DDD, S.A., el Servicio de Contratación, con fecha de 7 de octubre de 2015, solicita al Servicio de Arquitectura y al Director del Museo que indiquen se están conformes, respectivamente, con lo recogido en dicho informe sobre las correspondientes contraprestaciones solicitadas (Doc. 9 y Doc. 10).

Séptimo: Con fecha de 3 de noviembre de 2015, el Servicio de arquitectura, en relación los trabajos que DDD, S.A. indica que solicitó dicho servicio, por valor de 48.599,35 €, informa lo siguiente (Doc. 11):

En cuanto a la “Instalación de 4 piezas de suelo técnico de madera en las esquinas del claustro del edificio Sarmiento, para evitar caídas del público por el desnivel entre pavimento de piedra y superficie ajardinada. 2.879,80 €”, se señaló al director de la obra que existían defectos constructivos en dicha área que debían ser emendados.

En cuanto a la “Formación de un forjado sanitario, tipo cáviti, en la planta sótano 2 del 6º Edificio (bajo a la rampa del garaje), para conseguir una superficie saneada y sin humedad y permitir la formación de un local de almacén. 6.659,35 €”, no pueden asegurar si es una mejora o un aumento de mediciones del proyecto original, ya que esta área carecía del forjado sanitario que posee el resto del sótano del 6º Edificio.

En cuanto al “Refuerzo del suelo técnico de madera en las dos salas expositivas del Edificio Sarmiento tras su primera musealización, que había sido ejecutado según las especificaciones del proyecto, mediante el montaje de una subestructura de perfiles y llantas de acero para conferir mayor rigidez al pavimento trasladando cargas a los arcos de cantería. De este modo, se obtuvo la posibilidad de posicionar con mayor libertad los elementos de la musealización en dichas salas. 34.557,60 €”, se señaló al director de la obra que se ejecutó defectuosamente y que debía ser emendado.

En cuanto a las “Labores de sellado y reparaciones varias en el lucernario del edificio del Archivo de la Diputación de Pontevedra, colindante con el edificio Sarmiento y obra ajena a DDD, S.A. 4.502,60 €”, no recuerdan dar instrucciones ningunas a la empresa DDD, S.A. para el sellado del lucernario descrito.

Octavo: En contestación la este requerimiento, con fecha de 7 de octubre de 2015, el arquitecto director de la obra E. P. G., informa que dichas mejoras pueden resumirse en tres grupos en función de su conveniencia a la obra proyectada (Doc. 12)

- Mejoras idóneas al proyecto, en las que incluye el sistema de cámara web para el control de las obras, que, según este informe, se instaló y utilizó.
- Mejoras no acomodadas al proyecto, en las que incluye el sistema de control de iluminación que, según este informe, no se realizó.
- Mejoras idóneas, pero que no cumplían con la complejidad demandada por el Museo, en las que incluye la instalación de TV, seguridad y voz y datos, que, según este informe, no se realizaron, ya que fueron ejecutadas directamente por la Diputación.



En dicho informe se establece que las mejoras "...en él han sido incluidas en las certificaciones mensuales emitidas..

Según el referido informe, la evaluación correspondiente a la instalación y utilización del sistema de cámara web asciende a la cantidad de 9.000,00 €, por lo que las mejoras ofertadas y no ejecutadas ascienden a la cantidad de 113.324,74 €.

Al mismo tiempo, indica que, se realizaron otros trabajos no contemplados en los documentos del proyecto sin que la dirección de obra realizara una valoración de dichos trabajos al no ser solicitado, y entenderse según su opinión que estos trabajos eran contraprestación de las no realizadas.

Estos trabajos serían:

A. - Los trabajos referidos ejecutados en la FASE I a la solicitud de la propiedad —según el director de obra- los siguientes:

1. Pintado de todos los difusores de instalación de climatización ubicados en el pavimento de sala de exposiciones temporales, para adquirir el mismo color que el pavimento de madera.
2. Instalación de carpintería practicable en hueco-ventana de conexión visual entre Sala de control y Sala de Actos.
3. Acabado interior de Cabina de Información y Control del Vestíbulo en la misma madera de eucalipto blanqueada que el exterior, una vez definido por parte de la Propiedad su uso definitivo.
4. Suplemento a la instalación de Iluminación en la sala de exposiciones temporales para su inauguración con motivo de la Bienal de Pontevedra.
5. Módulos conformados por paneles tipo DM revestidos y pintados en la sala de exposiciones temporales para su inauguración con motivo de la Bienal de Pontevedra.
6. Diversos trabajos de apoyo en la sala de exposiciones temporales para su inauguración con motivo de la Bienal de Pontevedra. Estos trabajos y los dos anteriores (4 y 5) fueron colaboraciones de la empresa constructora que fueron reconocidos como "Patrocinan" por la Propiedad en las publicaciones de la Bienal de Pontevedra, al igual que el trabajo realizado por esta dirección de obra para el diseño del montaje de la exposición.
7. Sustitución del final de pavimento municipal de la calle Arcos con fachada del edificio, mediante ejecución de pavimento de granito.
8. Ejecución de solera tipo caviti en espacio sobrante bajo rampla en planta segundo sótano, para habilitar espacio para posible futuro almacén.
9. Diversos trabajos de limpieza y/o reparaciones en lucernario, cubiertas, salas de instalaciones, talleres,..., por humedades ocasionadas por falta de mantenimiento y limpieza tras la ocupación y uso por parte de la Propiedad del edificio.
10. Suplemento a la instalación de iluminación en las Salas de Restauración.

B. - Los trabajos referidos ejecutados en la Fase I a la solicitud de esta Dirección de Obra fueron las siguientes:

1. Bancos de madera de eucalipto blanqueada adosados a la escalera de edificio- vestíbulo que protegen la instalación de climatización tipo fan-coil, permitiendo su registro de mantenimiento.
2. Pintado exterior de la cara inferior de las losas inferiores de las dos pasarelas de conexión con el edificio



Sarmiento.

C. - Los trabajos referidos ejecutados durante la ejecución del Proyecto Complementario por motivos sobrevenidos por terceros fueron los siguientes:

1. Instalaciones y obras provisionales a la espera de la intervención de la Compañía de suministro eléctrico.
2. Retrasos notorios provocados por las obras a ejecutar por terceros (Compañía suministradora/Ayuntamiento de Pontevedra).

D. - Los trabajos referidos ejecutados en la Fase II a solicitud de la Propiedad fueron —según el Director- los siguientes:

1. Diversos trabajos de colaboración con la Propiedad para recoger las piezas de arqueología de gran dimensión y peso que no se trasladaron por parte de la Propiedad para ejecutar los trabajos de demoliciones en planta baja del edificio Sarmiento. Este hecho además provocó retrasos en la planificación de la ejecución de las obras.
2. Diversos trabajos de desmontaje, traslado, limpieza y posterior montaje de las instalaciones auxiliares de obra, ubicadas en el área vallado destinado a tal efecto, para posibilitar la realización de diversos actos públicos. Estos trabajos se realizaron en, al menos, dos ocasiones.
3. Diversos trabajos de colaboración en el traslado y montaje de miliarios en Sala de miliarios, fundamentalmente la demolición y desescombro de restos de solera ejecutada por empresa contratada por Propiedad para esos trabajos.
4. Diversos trabajos de limpieza y reparaciones de pavimento de salas de exposiciones de edificio Sarmiento, tras la primera ocupación parcial de dichas salas para el montaje de la exposición de motocicletas.
5. Diversos trabajos de reparaciones de pavimento de salas de exposición en planta primera de edificio Sarmiento, tras la ocupación de dichas salas para montaje por parte de la empresa contratada por la Propiedad de la exposición permanente (sin atender a los criterios expuestos por esta Dirección de Obra). Trabajos consistentes en desmontaje completo de módulos de pavimento, refuerzo de su subestructura mediante pletinas de acero, reparación de módulos de madera, montaje y limpieza de pavimento de madera.
6. Sustitución de sub-base de grava de pavimento flotante de granito en base de miliarios (que permitía la ventilación de posibles humedades de esa zona afectada por no desmontarse los miliarios) por una solera de hormigón armado y pavimento de granito. Esta ejecución fue realizada —a petición del Director de Gestión del Museo- en contra de la opinión técnica de esta Dirección de Obra.

E. - Los trabajos referidos ejecutados en la Fase II a solicitud de la Dirección de obra fueron los siguientes:

1. Diversos trabajos pequeños finales de ejecución en la rehabilitación de muros de mampostería y de remates de elementos de cantería, en unidades donde estos remates no estaban contemplados por inesperados en los documentos del proyecto.

Noveno: El Jefe del servicio de contratación emite informe de fecha 20 de noviembre de 2015 en el que concluye lo siguiente (Doc.13):

1. Las mejoras ofertadas y no ejecutadas por DDD, S.A., constituyen prestaciones no realizadas objeto del contrato, que no darían derecho a su abonamiento, encontrándonos ante un incumplimiento contractual, en caso de que la no ejecución de estas mejoras había sido por causas imputables al contratista, con las consecuencias que prevé la normativa en materia de contratación.



2. En ningún caso se tramitó expediente de modificación del contrato de conformidad con el establecido en el artículos 105 del TRLCAP.
3. Las mejoras recogidas en el informe de DDD, S.A., no son más que una valoración económica unilateral.
4. En cuanto a la *presunta* contraprestación de las mejoras no ejecutadas por otros trabajos no previstos, no queda acreditado en el expediente, quien dio las órdenes para realizarlas.
5. El que el contratista justifica como mejoras no responden directamente a aspectos relacionados con el objeto del contrato o se complementa con la ejecución de la obra.

Décimo: Con fecha 02 de diciembre de 2015 el Servicio de Intervención emite informe de fiscalización de la referida certificación en el que se manifiesta que (Doc. 14):

"...dado que la empresa ofertó mejoras por importe de 122.324,74€, objeto de valoración en la adjudicación del contrato, que únicamente se justifica la ejecución de estas por un importe de 9.000,00€, por lo que las mejoras ofertadas no ejecutadas ascienden a 113.324,74€, y que no queda acreditado en el expediente que la causa de la falta de ejecución de esas mejoras no sea imputable al contratista, se procede a descontar esa cantidad de la presente certificación. Por lo que resulta un presupuesto de ejecución material de 55.715,83€, y un importe total, con gastos generales, beneficio industrial e IVA, de 80.225,22€. Correspondiendo percibir así por la presente certificación la cantidad de 66.321,04€, una vez practicadas las retenciones en concepto de dirección de obra y control de calidad."

Undécimo: En fecha 18 de diciembre de 2015, el Secretario emite el siguiente informe (Doc. 15):

"...Hay que decir que el contratista tiene derecho al abono de la prestación realizada, en los términos establecidos en la ley, en el contrato y con arreglo al precio convenido y a los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período de tiempo (art. 216.01 y2 del RDL3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP).

...Son pues órdenes de pago vinculante para la Administración y responden a resultados parciales de la obra realmente ejecutados y permiten que una vez realizada, el contratista pueda exigir el pago de la misma, por lo que la Administración tendrá el deber de abonar el precio (art. 216.4 TRLCSP). Es en el objeto del contrato, reflejado en el pliego de cláusulas , donde están determinadas las obras a realizar (1.273 C. Civil y 26.1c) y 131.1la) TRLCSP) que de realizarse deberá abonar la Administración, sino se estaría incurriendo en un enriquecimiento injusto por parte de esta.

...

La Administración no puede, pues, cobrarse el importe de las mejoras ofertadas y no realizadas por el adjudicatario con cargo a las certificaciones de obra, pues para eso está el instituto de la garantía definitiva (art. 95 TRLCSP). Tal actuación, unilateral de la Administración, de realizarse, al no haberse exigido su ejecución, estaría la margen del contrato.

La posibilidad de aplicar la compensación como forma de extinción de deberes (art 1.156 C. civil) sería posible debido el rango supletorio del derecho privado (art 19.2 TRLCSP). Ahora bien, esto sería discutible al estar su presentación fuera de plazo y tener que aprobarse la misma mediante el procedimiento de reconocimiento extrajudicial de crédito ."

Por todo lo expuesto, y a la vista de disparidad de criterios entre los informes del Secretario y el Interventor en cuanto a posibilidad de compensar la cuantía de las mejoras con un descuento en la cantidad a percibir en el pago de la última certificación, y para que el órgano competente para aprobarla, tenga la claridad necesaria para acordar la decisión más



adecuada y ajustada a derecho, se solicita a la Xunta Consultiva de contratación administrativa informe, a la mayor brevedad, sobre su parecer.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1.- Según lo dispuesto en el artículo 2.1 del Decreto 237/2007, de 5 de diciembre, por lo que se crea la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa le corresponde a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquellas cuestiones que, en materia de contratación administrativa, sometan a su consideración las entidades enumeradas en su artículo 1 entre las que figuran las entidades locales de Galicia. Asimismo, La Presidenta de la Diputación de Pontevedra es órgano competente para formular solicitud de informe a la Xunta, de conformidad con el dispuesto en el artículo 11 del Decreto antes citado.

2.- La Diputación de Pontevedra solicita informe sobre *"la posibilidad de compensar la cuantía de las mejoras con un descuento en la cantidad a percibir en el pago de la última certificación, y para que el órgano competente para aprobarla, tenga la claridad necesaria para acordar la decisión más adecuada y ajustada a derecho"*.

3.- Cabe señalar en primer lugar respeto a la presente solicitud, que este órgano consultivo debe reiterar lo reflejado en informes anteriores en el sentido de que no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que competen a otros órganos de la actividad contractual de conformidad con lo dispuesto en el apartado 8 de la Disposición adicional segunda del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector público aprobada por el RDL 3/2011 (en adelante TRLCSP). Tampoco actúa como fiscalizador de las actuaciones acordadas por los órganos con competencia en la materia ni como preliminar ni sustituta de instancias a las que les corresponde resolver las reclamaciones o recursos que los interesados interpongan.

No obstante, sí le compete dar respuesta a consultas jurídicas del ámbito de la contratación pública que revistan un interés general y, en ese orden, el tema abordado permite emitir un informe con un pronunciamiento genérico que este órgano entiende de interés habida cuenta de las dudas que a menudo suscita por lo que cabe hacer algunas apreciaciones al respecto sin entrar a dirimir controversias concretas.

4.- Sobre las mejoras.

El artículo art. 147 del TRLCSP prevé la consideración de las mejoras como criterio de adjudicación siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) prevea expresamente tal posibilidad. En tal caso se deberá indicar en el anuncio de licitación del contrato sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación, indicación que también ha de figurar en el PCAP, por así requerirlo el artículo 67 de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RXLCAP), lo cual también exige que se especifique en los pliegos los requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 150.1 del TRLCSP, para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, debiendo garantizarse en todo caso el cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, así como no discriminación e igualdad de trato de los candidatos proclamados en los artículos 1 y 123 de la citada Ley.

En consecuencia, la introducción de mejoras como criterio de adjudicación exige su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos -o , en su caso, en el anuncio de licitación-, y la ponderación de

las mismas. Así declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 16 de octubre de 2003 (asunto Traunfellner GmbH) el deber de que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores, señalando asimismo que en cuanto a la valoración de las ofertas -lo que incluye evidentemente a las mejoras-, puede afirmarse que la previa concreción de la valoración de las mejoras es un requisito esencial (Sentencia de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis).

En esta línea, la Xunta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado, en su informe 59/2009, de 26 de febrero, admite la existencia de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación, siempre que se establezcan los criterios de valoración que tengan que aplicársele, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el PCAP con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato. Este criterio fue reiterado por el Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales en sus resoluciones 69/2012 al 203/2012 o en la más reciente 860/2015.

La finalidad de exigir el cumplimiento de estos requisitos deriva de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar y se respete, en suma, la regla de la comparación de ofertas para poder decidir cuál es la económicamente más ventajosa. Como se indica en el Acuerdo 8/2012 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón *“La valoración de las mejoras, en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación”*.

Llegado a este punto no podemos pasar por alto la importancia de que debe analizarse, previamente a la licitación y en cada caso, el valor adicional que para una obra concreta representa cada una de las mejoras, limitándolas a lo efectivamente útil, con el fin de evitar que, a la postre resulten prescindibles o no resulten necesarias en toda su extensión. Las consecuencias de señalar determinadas mejoras como criterio de adjudicación en un pliego de cláusulas y luego ser obviadas en la fase de ejecución del contrato vienen perfectamente descritas en el Informe 4/2015 de la Xunta consultiva de contratación administrativa de Aragón:

“En principio, y por definición, las mejoras ofertadas y admitidas por la Administración se integran en el contrato y no puede ser objeto de modificación, salvo que la naturaleza de las mismas lo permita, esté previsto en el pliego y ambas partes estén de acuerdo. Las mejoras forman parte del contrato, y les es de aplicación el principio general, que se contiene en el conocido aforismo pacta sunt servanda. En el caso descrito, las mejoras fueron valoradas y cuantificadas, e integradas en la oferta económica del contratista, junto con el precio y, así pues, constituyen un elemento esencial del contrato.

Por ello, la sustitución de las mejoras por otras no previstas, o su inejecución, si fuera o pudiera ser, objeto de modificación contractual, por cumplir con los presupuestos habilitantes, debería tramitarse de conformidad con las previsiones de los artículos 105 al 107 del TRLCSP, con la instrucción del procedimiento contradictorio que la ley requiere. No puede ser de otro modo, ya que, en el caso contrario, se estaría alterando las condiciones de la adjudicación; y liberando al contratista de ejecutar parte de las mejoras ofertadas, que fueron cuantificadas y valoradas para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa.

En todo caso, la no ejecución de una mejora, por causa imputable al contratista, constituye un incumplimiento contractual, a lo que se aplicarán las consecuencias previstas en la Ley.”

5.- Sobre las certificaciones de obra

A la vista de los incidentes descritos en el escrito de solicitud de informe, conviene recordar que el artículo 230 del TRLCSP señala que las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el PCAP, al proyecto que sirve de

base al contrato y conforme a las instrucciones que den al contratista la dirección facultativa de las obras, y, en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia. Sin olvidar que la norma prevé la circunstancia de que las instrucciones sean dadas de manera verbal, caso en el que exige que sean ratificadas por escrito en el plazo más breve posible “para que sean vinculantes para las partes”.

Este deber de observancia de celo impuesta a la dirección facultativa en la ejecución del contrato de obra se relaciona directamente con la elaboración de las certificaciones. El artículo 232 del TRLCSP señala que “a los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, (...)”. A tal efecto, el artículo 150 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RXLCAP) dispone que será el director de las obras, sobre la base de la relación valorada, el responsable de su expedición.

La Dirección facultativa también es responsable de comunicar incidencias al responsable del contrato, de proponer a la Administración las modificaciones contractuales cuando se dé alguno de los supuestos recogidos en los artículos 105 y siguientes del TRLCSP, y de la elaboración de la certificación final, última fase de un proceso reglado en el artículo 235.1 del TRLCSP y 166 del Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones públicas que señala que cómo proceder si el resultado del acta de Recepción es favorable:

Artículo 166. Medición general y certificación final de las obras

- 1. Recibidas las obras se procederá seguidamente a su medición general con asistencia del contratista, formulándose por el director de la obra, en el plazo de un mes desde la recepción, la medición de las realmente ejecutadas de acuerdo con el proyecto. A tal efecto, en el acta de recepción el director de la obra fijará la fecha para el inicio de la dicha medición, quedando notificado el contratista para dicho acto. Excepcionalmente, en función de las características de las obras, podrá establecerse un plazo mayor en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*
- 2. El contratista tiene la obligación de asistir a la toma de datos y realización de la medición general que efectuará el director de la obra.*
- 3. Para realizar la medición general se utilizarán como datos complementarios la comprobación del replanteo, los replanteos parciales y las mediciones efectuadas desde lo inicio de la ejecución de la obra, el libro de incidencias, si lo hubiera, el de órdenes y cuantos otros estimen necesarios el director de la obra y el contratista.*
- 4. De dicho acto se levantará acta en triplicado ejemplar que firmarán el director de la obra y el contratista, retirando un ejemplar cada uno de los firmantes y remitiéndose el tercero por el director de la obra al órgano de contratación. Si el contratista no asistió a la medición el ejemplar del acta le será remitido por el director de la obra.*
- 5. El resultado de la medición se notificará al contratista para que en el plazo de cinco días hábiles preste su conformidad o manifieste los reparos que estime oportunos.*
- 6. Las reclamaciones que estime oportuno hacer el contratista contra el resultado de la medición general las dirigirá por escrito en el plazo de cinco días hábiles al órgano de contratación por conducto del director de la obra, el cual las elevará a aquel con su informe en el plazo de diez días hábiles.*
- 7. Sobre la base del resultado de la medición general y dentro del plazo que establece el apartado 1, el director de la obra redactará la correspondiente relación valorada.*
- 8. Dentro de los diez días siguientes al término del plazo que establece el apartado 1, el director de la obra expedirá y tramitará la correspondiente certificación final.*
- 9. Dentro del plazo de dos meses [3 meses según el TRLCSP], contados a partir de la recepción de la obra, el órgano de contratación deberá aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que será abonada, en su caso, al contratista dentro del plazo de dos meses a partir de su expedición a cuenta de la liquidación del contrato. En caso de que de conformidad con la excepción prevista en el apartado 1 fijarse si un plazo superior a un mes para la medición de las obras, la aprobación de la*

certificación final no podrá superar el plazo de un mes desde la recepción de la contestación del contratista al trámite de audiencia a que hace referencia el apartado 5.

Siguiendo el informe 6/2000, de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, (que aunque referida a la regulación del TRLCAP es aplicable a la contenida en el TRLCSP): *“(…) Viene a configurarse la certificación final de las obras como una figura similar a la liquidación provisional del Reglamento General de Contratación del Estado (RXCE). Es este el momento donde parece oportuno recoger las rectificaciones o variaciones que se pongan de manifiesto en la medición final de las obras a que se refiere el artículo 145.1 del TRLCAP (Art. 232 TRLCSP / 215.1 LCSP), medición que debe hacerse con carácter previo a la certificación final. También deberá hacerse efectivo en este momento, el importe de las revisiones de precios que no se pudieron incluir en las certificaciones comunes de obras y aplicarse, en su caso, el 10 % retenido al tiempo de la adjudicación en los contratos plurianuales de obras, a la que se refería el artículo 68.3 tras la Ley 53/1999 y la actual disposición adicional decimocuarta del TRLCAP (Disposición Final Segunda LCSP). Asimismo, deberán deducirse las multas o penalidades impuestas al contratista si no se aplicaron antes en las certificaciones anteriores y se añadirán los importes que resulten de los intereses de demora, igualmente se estos no se abonaron antes al contratista (...).”*

6.- Como se puede observar en los apartados anteriores, tanto el Texto refundido como el Reglamento indican, en los artículos 235.1 y 166 respectivamente, que el órgano de contratación deberá *“aprobar la certificación final de las obras ejecutadas”*.

El proceso administrativo de tramitación de certificaciones puede entenderse comprendido por las fases de *“expedición de la certificación”, “conformidad”, “intervención” y aprobación*”. Salvando la fase de *“expedición de la certificación”*, las referencias normativas a los demás trámites son prácticamente inexistentes y se deducen básicamente del modelo oficial de certificación (Anexo XI del Reglamento General de la ley de contratos de las administraciones públicas).

Sobre la *“conformidad”*, el Reglamento la deja sin definir con precisión y sólo indica que dependerá de la estructura del órgano al que se adscribe el contrato. Al respecto encontramos sendos informes de juntas consultivas, la del Estado (41/1983) y la de Canarias (12/1992), que, concluyen que el conforme debería ser del jefe de la unidad administrativa a la que está adscrita la obra y que no es necesario que sea del órgano de contratación. Pablo Olivera Massó, en su libro *“Él régimen jurídico de las certificaciones de obra tras la LCAP” (Cuadernos Cívitas)*, indica que a través de este requisito administrativo, la administración contratante supervisa, a través de su servicio técnico, lo actuado por el facultativo de la Dirección de obras. Con esa interpretación nada obsta para que, ante errores o inexactitudes detectadas en la certificación, no se pueda requerir en esa fase la corrección de los mismos o manifestar discrepancia con el certificado.

Igual conclusión cabe de la función interventora sobre el reconocimiento del deber, al encontrarnos ante un acto que produce derechos de contenido económico, una vez que se acredita que la prestación fue correctamente ejecutada. En tal sentido cabe citar el Informe 22/13, de 26 de febrero de 2015 de la JCCA estatal que literalmente dice: *“Si la adjudicataria no aporta la factura o la aportada debe ser objeto de rechazo y devolución ya sea por no estar conforme con la misma o por no cumplirse los requisitos de la Ley 25/2013 y sus normas de desarrollo, en estos casos, no procederá la aprobación de los documentos que acrediten la conformidad, debiendo notificarse el rechazo y devolución de la factura al adjudicatario en su condición de proveedor que ha expedir la factura por los servicios prestados.”*

Lo que no entendemos factible es la posibilidad de compensar directamente la cuantía de las mejoras ofertadas que no fueron ejecutadas con un descuento en la cantidad a percibir en el pago de la última certificación. En este punto, este órgano colegiado comparte el criterio plasmado en el informe 4/2015 de la Xunta consultiva de Aragón que hace referencia a un asunto muy similar al que nos ocupa, que, en el punto IV, titulado *“Inejecución de mejoras. Efectos sobre el precio del contrato”*, dice lo siguiente:

“El ayuntamiento consulta si las mejoras ofertadas por un licitador que fueron valoradas en la adjudicación del contrato, pueden finalmente no ejecutarse, o ejecutarse parcialmente, destinándose “el ahorro” derivado de su no ejecución a financiar la propia obra contratada.(...)”

*Ahora bien, **la Administración no puede, de forma unilateral, detraer (aminorar) de la certificación, el importe de la mejora del precio del contrato, cuya ejecución no fuera exigida por la Administración, pues tal actuación estaría al margen del contrato, y de los principios que rigen la ejecución del mismo. Así pues, no es posible actuar en la forma y sentido que sugiere la petición de informe del Ayuntamiento de Calanda; esto es, destinando “el ahorro derivado de su no ejecución a financiar la propia obra contratada”.***

CONCLUSIÓN

1º. No le corresponde a la Xunta Consultiva de contratación emitir informes sobre expedientes concretos ni sustituir las función que los preceptos legales atribuyen a otros órganos, no obstante se puede emitir el informe dando respuesta a consultas jurídicas del ámbito de la contratación pública que revistan un interés general como es el que se deriva de la solicitud de referencia.

2º. Esta Junta consultiva de contratación administrativa entiende que la Administración no puede compensar la cuantía de las mejoras ofertadas pero no ejecutadas con un descuento en la cantidad a percibir en el pago de la última certificación, ya que tal actuación está el margen del contrato. Eso no es óbice para que, en el proceso de aprobación de la certificación, en cualquiera de sus fases, no se pueda manifestar disconformidad con los datos en ella expuestos requiriendo su reelaboración o corrección.

3º. Recordar que el régimen de mejoras como criterio de adjudicación se debe ajustar a que represente un valor adicional para el contrato siendo preciso que, posteriormente, se haga un control y seguimiento de su ejecución para asegurar su efectivo cumplimiento y materialización toda vez que la inejecución de esas mejoras vulnera los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, así como no discriminación e igualdad de trato de los candidatos proclamados en los artículos 1 y 123 del TRLCSP.

4.- Indicar finalmente que sustituir unas mejoras por otras no previstas o su eliminación debería ser objeto de un expediente de modificación del contrato si así está previsto en los pliegos. Por otro lado, si la inejecución de esas mejoras es por causa imputable al contratista, se estará ante un incumplimiento contractual.

Santiago de Compostela, a 29 de septiembre de 2016