

Informe 4/2010, de 28 de xuño de 2010, sobre a aplicatoriedade do artigo 114.3 do Real Decreto Lexislativo 781/1986, de 18 de abril, polo que se aproba o Texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local, e sobre o porcentaxe das modificacións contractuais como causa de resolución do contrato de obras.

ANTECEDENTES

Polo Concello de Marín dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

Asunto: Solicitud de informe.

1.- Antecedentes:

No que respecta á modificación dos contratos de obra, co modificado do proxecto suscítase a dubida da aplicación preferente do artigo 114.3 do TRRL e, por conseguinte da esixencia do Informe do órgano consultivo cando a contía da modificación exceda do 20% do prezo primitivo do contrato, independentemente do importe do prezo inicial (a diferenza da previsión do artigo 195 LCSP, aplicable ao caso que contempla a porcentaxe da modificación e importe do prezo primitivo a efectos da determinación da esixencia de informe do órgano consultivo). A solución máis coherente desde un punto de vista sistemático e en atención ao principio de xerarquía normativa, suporía o recoñecemento da aplicación preferente do precepto da normativa contractual, en canto lexislación básica, entendendo derogado tacitamente o precepto do TRR. Non obstante dita interpretación parece contradita polas previsións do novo texto legal en materia contractual, ao derogar a maior parte dos preceptos do TRRL na materia, con excepción do artigo 114, que a sensu contrario, parece que debemos entender vixente e de plena aplicación no ámbito local.

Así mesmo, estanse a tramitar unha serie de expedientes de modificación de contrato de obra con modificación de proxecto, sen variación cuantitativa do orzamento global que permanece invariable, se ben con variacións cualitativas do mesmo, en canto redución de determinadas unidades de obra, que se compensan con outras xa previstas no contrato ou novas unidades.

Na maior parte destes casos, si ben, como dixemos, o orzamento global non varía, as modificacións cualitativas supoñen unha porcentaxe de variación superior ao 20% do prezo primitivo do contrato.

II.- Cuestións sobre as que se solicita informe:

1.- En primeiro lugar, a preferencia de aplicación, no ámbito local, do artigo 114.3 do TRRL e, por conseguinte da esixencia de Informe do Órgano Consultivo cando a contía da modificación exceda do 20% do prezo primitivo do contrato, independentemente do prezo inicial.

2.- Por outra banda, cómpre definir se a porcentaxe da modificación do contrato (20%) a efectos de esixencia de informe do órgano consultivo e aplicación da facultade de resolución do contrato polo contratista, debe entenderse nun sentido cuantitativo (modificación á alza ou á baixa do prezo inicial do contrato), ou cualitativo (compensación de excesos de execución de determinadas unidades de obra con defectos na execución doutro tipo de unidades de obra sobre as realmente previstas)

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle á este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas

cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

2.- A primeira cuestión versa sobre a preferencia de aplicación, no ámbito local, do artigo 114.3 do Real Decreto Legislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o Texto Refundido das Disposicións Legais vixentes en materia de Réxime Local, sobre o ao artigo 195.3 da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público.

Segundo a Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público (en adiante LCSP), a modificación dos contratos administrativos, como o resto de prerrogativas da Administración, debe efectuarse cumprindo co procedemento sinalado no artigo 195, isto é, con audiencia ao contratista, informe do Servizo Xurídico correspondente e informe preceptivo do Consello de Estado u órgano consultivo equivalente da Comunidade Autónoma cando a contía das modificacións do contrato, illada ou conxuntamente, sexa superior a un 20 % do prezo primitivo do contrato e este sexa igual o superior a 6.000.000 de euros.

A outra normativa de referencia da presente consulta é o Texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de Réxime Local (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril), que no seu artigo 114.3 indica que na modificación dos contratos celebrados polas entidades locais, cando a contía da modificación exceda do 20 % do prezo del contrato, será, ademais, preceptivo o ditame do órgano consultivo superior da Comunidade Autónoma, si existise ou, no seu defecto, do Consello de Estado.

Debe terse en conta que é de aplicación, en primeiro lugar, o citado artigo 195.3 LCSP fronte ao disposto no artigo 114.3 do Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, polo que se aproba do Texto Refundido das Disposicións Legais vixentes en materia de Réxime Local (TRRL), en atención ao previsto no artigo 2.3 LCSP onde se indica que a aplicación desta norma aos contratos que celebren as entidades que integran a Administración Local, debe efectuarse nos termos previstos na Disposición Final Sétima na que establece o carácter de lexislación básica do artigo 195.3, ditada ao amparo do artigo 149.1.18 da Constitución e, en consecuencia, de aplicación xeral a todas as Administracións Públicas e organismos e entidades que de elas dependan.

O artigo 114 TRRL non ten carácter básico xa que se atopa ubicado no Título VI da disposición legal e, ao abeiro do establecido na Disposición Final Sétima do mesmo (en redacción dada pola Lei 53/2002), nas materias reguladas polos Títulos VI e VII inferírase o carácter básico dos seus preceptos segundo dispoña a lexislación estatal vixente naquelas, sendo esta, en materia de contratos, a Lei 30/2007 que establece o carácter básico do artigo 195.3 dese texto legal.

En conclusión, aínda cando o artigo 114 do TRRL non se derroga expresamente na Disposición Derrogatoria Única da LCSP, este resulta no seu punto 3 in fine oposto ao que se establece no artigo 195.3 da LCSP, normativa que é básica, por iso nas modificacións do contrato é preceptivo o ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da Comunidade

Autónoma cando a contía das mesmas, illada ou conxuntamente, sexa superior ao 20% do prezo primitivo do contrato e este sexa igual ou superior a 6.000.000 de euros.

Dito o que antecede, débese indicar que tal réxime xa resulta de aplicación nas entidades locais galegas a través da Lei autonómica 5/1997, de Administración Local de Galicia (LALGA), que no seu artigo 321 establece que dentro dos límites e con suxeición aos requisitos e efectos sinalados pola lexislación básica en materia de contratación, o órgano competente para a contratación, por razóns de interese público, poderá modificar os contratos subscritos e acordar a súa resolución, sendo preceptivo en todos os casos o informe do Secretario e do Interventor da Corporación e, o ditame do Consello Consultivo de Galicia “cando a contía das mesmas, illada ou conxuntamente, sexa superior ao 20 % do prezo orixinal do contrato e este sexa igual ou superior a mil millóns de pesetas”.

Esta Lei -ditada ao amparo do establecido no artigo 28 da Lei Orgánica 1/1981, de 6 de abril, do Estatuto de Autonomía para Galicia, segundo o que, no marco da lexislación básica atribuída ó Estado no 149.1.18 da Constitución Española, corresponde á Comunidade Autónoma de Galicia o desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación estatal en materia de contratos-, ditou unha serie de normas en materia de contratación local que, ao non contradicir, reducir ou cercenar a lexislación definida como básica na LCSP ou no TRRL mantén a súa vixencia e non pode entenderse afectada pola súa promulgación.

3.- A segunda cuestión presentada polo concello petionario parte da premisa de que están a tramitar *“unha serie de expedientes de modificación de contrato de obra con modificación de proxecto, sen variación cuantitativa do orzamento global que permanece invariable, se ben con variacións cualitativas do mesmo, en canto redución de determinadas unidades de obra, que se compensan con outras xa previstas no contrato ou novas unidades”* e engaden que *“na maior parte destes casos, si ben, (...), o orzamento global non varía, as modificacións cualitativas supoñen unha porcentaxe de variación superior ao 20% do prezo primitivo do contrato”*.

Analizando a función que os proxectos de obra teñen no expediente de contratación atopamos, inicialmente, que o órgano de contratación debe aprobar, con anterioridade á autorización do gasto ou conxuntamente con ela, e sempre antes da licitación do contrato os pregos e documentos que conteñan as prescricións técnicas particulares que detallan a realización da prestación e definan as súas calidades, de conformidade cos requisitos que para cada contrato establece a Lei.

Os proxectos de obra, ordinariamente, conteñen os pregos de prescricións técnicas particulares, contribuíndo á definición do obxecto e complementando ao prego de cláusulas administrativas particulares como documentos básicos do expediente de contratación.

O RGCAP, no seu artigo 68, establece, como contido mínimo dos pregos de prescricións técnicas particulares dos contratos de obras, entre outras, as seguintes pautas:



- a) as características técnicas que haxan de reunir os bens ou prestacións do contrato;
- b) prezo de cada unha das unidades en que se descompón o presuposto e número estimado das unidades a subministrar; e
- c) expresamente ou por referencia aos pregos de prescricións técnicas xerais ou outras normas técnicas que resulten de aplicación:
 - as características que teñan de reunir os materiais a empregar
 - as normas para elaboración das distintas unidades de obra, as instalacións que haxan de esixirse
 - as formas de medición e valoración das distintas unidades de obra e as de aboamento das partidas alzadas;

A súa aceptación, por parte do contratista, no acto de formalización do contrato, é requisito imposto polos artigos 71.3 letra i) e 71.4 apartados a) e c) do Real Decreto 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas segundo os que, *"o documento de formalización haberá de conter, con carácter xeral para todos os contratos, a conformidade do contratista aos pregos de cláusulas administrativas particulares e de prescricións técnicas, dos que se fará constar a oportuna referencia"* e, en concreto, respecto ao contrato de obras, esixe que o documento de formalización do contrato, ademais dos datos anteriores, conteña:

- a) A definición da obra que haxa de executarse, con referencia ao proxecto correspondente e mención expresa dos documentos deste que obrigarán o contratista na execución; e
- b) a conformidade do contratista co proxecto cuxa execución foi obxecto da licitación, sen prexuízo das consecuencias que poidan derivarse da comprobación do replanteo.

Unha vez perfeccionado o contrato, o órgano de contratación só poderá introducir modificacións neste por razón de interese público e para atender a causas imprevistas, xustificando debidamente a súa necesidade no expediente (art. 202.1 LCSP). Esta facultade, o chamado "ius variandi", é un dos poderes exorbitantes que ostenta a Administración no ámbito da contratación administrativa e vén motivada por causas de diversa índole que deben, en todo caso, estar vinculadas á idea finalista do interese público: a longa duración dalgúns contratos que propician cambios sobrevidos de circunstancias, a diferenza de criterios entre redactores de proxecto, dirección de obra e empresa executante, a complexidade dalgúns contratos que fan difícil determinar con precisión solucións construtivas ou arquitectónicas,....

É habitual que esas causas conleven una modificación do proxecto inicialmente aprobado, sendo obxecto dunha regulación específica segundo o tipo de modificación de que se trate:

- a. Segundo o artigo 217.1 da LCSP, se estamos ante un aumento, redución o supresión das unidades de obra ou substitución dunha clase de fábrica por outra, a modificación será obrigatoria para o contratista. A excepción a esta obriga do contratista de asumir os cambios atópase na previsión do artigo 220 e) ao que nos referiremos máis adiante.



- b. Sen embargo, cando as modificacións supoñan a introducción de unidades de obra non comprendidas no proxecto ou cando as súas características difiran substancialmente delas, ao non constar a valoración desas unidades no proxecto orixinal, faise preciso proceder á súa estimación, e en tal sentido a lei indica que os prezos de aplicación serán fixados pola Administración, previa audiencia do contratista por prazo mínimo de tres días hábiles (217.2). Isto lle permite manifestar a súa conformidade ou desconformidade con prezos das novas unidades e, en caso de rexeitar a valoración, permite á Administración celebrar un novo contrato ou executar por sí mesma a obra.

Coa salvedade da audiencia ao contratista dos prezos fixados pola Administración cando se introducen novas unidades no proxecto, en ambos casos a tramitación é a mesma: redacción de proxecto modificado, aprobación técnica, audiencia do contratista e aprobación do expediente polo órgano de contratación (art. 217.3), e só no caso previsto no citado artigo *in fine* poderanse introducir variacións no proxecto sen necesidade de previa aprobación: cando as variacións consistan na alteración no número de unidades realmente executadas sobre as previstas nas medicións do proxecto, sempre que non representen un incremento do gasto superior ao 10% do prezo primitivo do contrato.

Se das actuacións precedentes o resultado é o mantemento do obxecto e do prezo primitivo do contrato por non producirse alteración algunha do equilibrio financeiro do mesmo, pasamos a analizar as consecuencias que relacionan tales circunstancias cos artigos 220.e) e 221 da LCSP que regulan os requisitos polos que unha modificación de contrato pode ser causa de resolución do mesmo.

Segundo o primeiro deles, son causas específicas de resolución do contrato de obras:

- 1º.- a realización de modificacións contractuais, aínda que sucesivas, que impliquen, illada o conxuntamente, alteracións do prezo do contrato en contía superior, en máis ou en menos, ao 20 % do prezo primitivo do contrato sen IVA, ou
- 2º.- a realización de modificacións contractuais que representen unha alteración substancial do proxecto inicial.

A primeira fai referencia ao prezo primitivo do contrato sen IVE. Respecto á esta expresión, indicar que xa ten sido obxecto de extenso estudo no ámbito doutrinal e xurisprudencial. Cómpre destacar as análises elaboradas pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado (en adiante XCCAIE). En concreto salienta os informes 29/83, 11/01, de 3 de xullo de 2001 e 37/07, de 29 de outubro de 2007, nos que, aínda que referidos aos prezos que deben rexer nos proxectos complementarios, se conclúe o ámbito de comprensión do termo “prezo primitivo” no senso de que na devandita expresión debe considerarse limitada ao importe de adxudicación do contrato resultante do procedemento de adxudicación ao que se engadirá o importe das revisións de prezos, de terse producido. A similar conclusión chega o Consello de Estado nos seus ditames nº 476, 3075 e 3081 do 2002 e 2413 do 2004 , e no ámbito xurisprudencial referenciar, entre outras, a sentenza do Tribunal Supremo de 29 de abril de 2008 (RJ\2008\4986) e a sentenza nº 535/2007 do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid (JUR\2007\348701).

Trátase, en conclusión dunha interpretación economicista do termo que implica que a variación do 20% debe afectar ao importe de adjudicación do contrato (e revisións de prezos, de terse producido), e por iso, nos casos referenciados da consulta remitida, en tanto que non teñen repercusión orzamentaria ao no se producir alteración algunha do prezo, entende este órgano que non serían de aplicabilidade como causa de resolución no caso de os incrementos e diminucións de unidades xa contempladas en proxecto se poden compensar.

Caso distinto se observa na segunda das variables previstas no artigo 220 e) da LCSP que prevé como causa de resolución a realización de modificacións contractuais que representen unha alteración substancial do proxecto inicial. En definición do artigo 221.1, enténdese por tal a modificación dos fins e características básicas do proxecto inicial, así como a substitución de unidades que afecten, ao menos, ao 30% do prezo primitivo do contrato. A referencia da consulta á introdución de novas unidades nos proxectos, así como a inconcreción sobre o porcentaxe de unidades substituídas, esixe unha constatación previa de que non se produce unha alteración substancial do proxecto inicial.

Non cabe dúbida, polo tanto, que a LCSP configura como causas de resolución do contrato de obras a superación dos límites establecidos tanto *para as modificacións cuantitativas* (alteracións do prezo do contrato en contía superior, en máis ou en menos, ao 20% do prezo primitivo do contrato) *como as cualitativas* (alteración substancial do proxecto inicial do contrato pola substitución de unidades que afecten, ao menos, ao 30% do prezo primitivo do contrato), se ben haberá que determinar en cada caso o alcance da modificación proposta para o que vai a resultar decisivo tanto a súa transcendencia económica como o feito de supoñer “unha alteración substancial da prestación inicialmente contratada” en cuxo caso, e con independencia de en qué medida afecte ao presuposto inicial do contrato, facúltase ao contratista para reclamar a resolución do contrato.

CONCLUSIÓNS.

1.-Aínda cando non se derroga expresamente na Disposición Derrogatoria Única da LCSP o artigo 114 do TRRL, este resulta no seu punto 3 in fine oposto ao que se establece no artigo 195.3, normativa que é básica, por iso nas modificacións do contrato é preceptivo o ditame do Consello de Estado ou Órgano Consultivo equivalente da Comunidade Autónoma cando a contía das mesmas, illada ou conxuntamente, sexa superior ao 20% do prezo primitivo do contrato e este sexa igual ou superior a 6.000.000 de euros.

2.- A LCSP configura como causas de resolución do contrato de obras a superación dos límites establecidos no artigo 220 e) e 221 tanto para as modificacións cuantitativas -en tanto superen o 20% do importe de adjudicación do contrato (e revisións de prezos, de terse producido)- como as cualitativas – en tanto que representen unha alteración substancial do proxecto inicial por modificar os fins e características básicas do proxecto ou ter substituído unidades que afectan ao 30% do prezo primitivo do contrato. No relativo as modificacións sen repercusión económica, por non afectar ao equilibrio financeiro do



XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE FACENDA



Xunta Consultiva
de Contratación Administrativa

contrato, a efectos de determinar se concorre unha posible causa de resolución contractual, deberase analizar se as modificacións realizadas implican unha alteración substancial do contrato.