

Informe 8/2008, de 30 de xaneiro de 2009, sobre definición da expresión “prezo primitivo do contrato” do artigo 160 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas e 217.3 da Lei de Contratos do Sector Público. Tramitación da certificación final.

## **ANTECEDENTES**

Pola Secretaría Xeral da Consellería de Traballo dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

*Pola presente diríxome a esa Xunta Consultiva de contratación administrativa, en virtude da facultade que me outorga o artigo 1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de contratación administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia e se regulan a súa composición e funcións, para formular unha consulta sobre a interpretación a dar ao concepto “PREZO PRIMITIVO” recollido no artigo 160.1 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, aprobado polo Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, que vese reproducido no artigo 217.3 da Lei 30/2007 de Contratos do Sector Público, os efectos de determinar que cantidade, como máximo, procede aboar como consecuencia de variacións do número de unidades realmente executadas sobre as previstas nas medicións do proxecto.*

## **FEITOS**

*Por parte da Consellería de Asuntos Sociais, Emprego e Relacións Laborais (actualmente Consellería de Traballo) tramitouse un concurso, polo procedemento aberto e tramitación urxente para a contratación da construción dun edificio ██████████*

*O contrato para a execución da obra foi asinado o ██████████ e cun prazo de ██████████*

*A comprobación do replanteo realizouse o ██████████ iniciándose a mesma o día seguinte, polo que a obra debería estar rematada o ██████████. Con data ██████████, por parte do director facultativo da obra, solicítase autorización por parte da Consellería de Traballo, para proceder a modificación do proxecto da citada obra, autorizándose ██████████ polo órgano de contratación a redacción do proxecto de modificación, así como a continuación provisional da obra e a ampliación do prazo de execución desta en catro meses.*

*Con posterioridade, e dadas as dificultades técnicas do proxecto modificado, autorizáronse novas ampliacións de prazo, quedando como data de remate da obra o ██████████*

*O día ██████████, o órgano de contratación dita resolución de aprobación técnica do proxecto de modificado, realizándose o seu replanteo previo cao mesma data. Para a execución deste expediente aprobouse un crédito correspondente ao 19,95% do importe de adxudicación.*

*Obra foi recibida o día ██████████*

*Posteriormente procedese a aprobación da certificación final da obra, de acordo co previsto no artigo 147.1 do Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, cun presuposto correspondente o 10% do importe de adxudicación.*

*Con data 25 de xaneiro de 2008, recíbese escrito da empresa adxudicataria, na que se pon de manifesto o seu desacordo con esta certificación xa que para facer a medición final, teríase que ter en conta o proxecto modificado que, por parte da empresa se entende vixente e único, e que anula todos os*

*aspectos do proxecto inicial de adjudicación. Pois ben, a empresa solicita que se proceda a tramitación dunha certificación final complementaria correspondente ao 9,99% do importe da modificación do contrato autorizado polo que a certificación final das obras executadas quedaría por un importe de 9,99 % do prezo do proxecto orixinal máis a parte correspondente ao proxecto modificado.*

#### **FUNDAMENTOS DE DEREITO**

*Determinar o alcance da aplicación práctica do artigo 160.1 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos e o artigo 217.3 da Lei de Contratos do Sector Público, tendo en conta que unha posible aplicación restritiva suporía, a priori, e en determinados casos unha indefinición do prezo final do contrato.*

*Á vista do anteriormente exposto, solicítase informe sobre as seguintes cuestións:*

*1.- ¿A mención do artigo 160.1 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos así como o artigo 217.3 da Lei de Contratos do Sector Público ao “... prezo primitivo do contrato ...” a que prezo fai referencia, ao do contrato inicial, ou á suma deste máis a modificación ou modificacións deste aprobadas con posterioridade?*

*2.- ¿Procede o pago da certificación final complementaria tal e como solicita a empresa adjudicataria?*

#### **CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS**

1.- Segundo o disposto nos artigos 2.1 e 11 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 os departamentos da Xunta a través das súas secretarías xerais.

2.- Requírese da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa en primeiro lugar un pronunciamento sobre si a expresión “prezo primitivo do contrato” recollida no artigo 160.1 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas refírese exclusivamente ao prezo e adjudicación do contrato inicial ou se debe considerarse incluído o importe das modificacións autorizadas durante a execución do mesmo. Así mesmo se solicita ditame sobre a procedencia no pagamento dunha “certificación final complementaria” solicitada pola empresa adjudicataria.

#### **I.- ALTERACIÓN DO NÚMERO DE UNIDADES EXECUTADAS NA OBRA**

3.- O artigo 160.1 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas literalmente di: “*só poderán introducirse variacións sen previa aprobación cando consistan na alteración no número de unidades realmente executadas sobre as previstas nas medicións do proxecto, sempre que no representen un incremento do gasto superior o 10 por 100 do prezo primitivo do contrato, Imposto sobre o Valor Engadido excluído*”.

Interesa aquí sinalar, por formar parte dos antecedentes da cuestión presentada, a previsión do artigo 160.2 do RXLCAP en tanto que, establecendo inicialmente o procedemento de acreditación das variacións de unidades mencionadas e o seu límite cuantitativo no 10%, establece unha norma de gran valor o prever que, se durante a execución do contrato éste sofre algunha

modificación das previstas no artigo 146 do TRLCAP, as variacións de unidades deberán ser recollidas na proposta de modificación sen esperar para facelo na certificación final de obra.

Nesta liña, débese observar a cláusula 62 do Prego de Cláusulas Administrativas Xerais para a contratación de obras do Estado (Decreto 3854/1970, de 31 de decembro), que, baixo a rúbrica “modificacións non autorizadas” literalmente di:

*“Nin o contratista nin o director poderán introducir ou executar modificacións na obra obxecto do contrato sen a debida aprobación de aquelas modificacións e do orzamento correspondente.*

*Exceptúanse aquelas modificacións que durante a correcta execución da obra se produzan unicamente por variacións no número de unidades realmente executadas sobre as previstas nas cubicacións do proxecto, as que poderán ser recollidas na liquidación provisional, sempre que non representen un incremento do gasto superior ao 10% do prezo do contrato. Non obstante, cando posteriormente á produción de algunhas desas variacións houbera necesidade de introducir no proxecto modificacións de outra natureza, haberán de ser recollidas aquelas na proposta a elaborar, sen esperar para facelo á liquidación provisional das obras.*

*As modificacións na obra que non estean debidamente autorizadas pola Administración orixinarán responsabilidade no contratista sen prexuízo da que puidera alcanzar aos funcionarios encargados da Dirección, inspección ou vixilancia das obras.”*

4.- Do exposto se deriva que, dende o punto de vista contractual, cando durante a execución dunha obra se realicen máis unidades das proxectadas, haberá dous opcións: ou se contemplan na certificación mensual (previa aprobación do gasto) ou ben –sempre que non representen un incremento superior ao 10%- se poderá esperar a recollelas na certificación final, salvo que se introduzan no proxecto modificacións de outra natureza, caso no que as variacións deberán recollese no proxecto modificado sen esperar á certificación final.

## **II.- SOBRE A EXPRESIÓN PREZO PRIMITIVO DO CONTRATO**

5.- Respecto á expresión “prezo primitivo do contrato”, indicar que xa ten sido obxecto de extenso estudo no ámbito doutrinal e xurisprudencial, sendo algunhas destas análises as que pasamos a reseñar a fin de concretar o significado que debe ter a citada expresión.

Cómpre destacar as análises elaboradas pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado (en adiante XCCAE) con arranxo a normativa aplicable o suposto exposto. En concreto salienta os informes 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 adjudicación do contrato resultante do procedemento de adjudicación o 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).

Máis recente é o Informe 8/2008, de 27 de novembro, da Comisión Permanente da Junta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Cataluña que conclúe que *“o límite do 10% adicional previsto no artigo 217.3, segundo paragrafo, da LCSP e no artigo 160 do RXLCAP, fai referencia ao prezo primitivo do contrato, sen que se poida ter en conta, a tal efecto, nin ultteriores modificacións aprobadas nin contratos complementarios”*

### III.- PROCEDENCIA OU IMPROCEDENCIA DE TRAMITAR UNHA CERTIFICACIÓN FINAL COMPLEMENTARIA

6.- O procedemento de emisión e aprobación da certificación final do contrato de obras ven regulado nos artigos 147.1 do TRLCAP e 166 do seu Regulamento. A diferenza das certificacións mensuais que, en canto a súa natureza, son documentos provisionais que comprenden a obra executada nun período temporal da que se derivan pagamentos a conta “suxeitos ás rectificacións e variacións que se produzan na medición final...” (art. 145.1 do TRLCAP), a certificación final se sustancia sobre unha medición xeral realizada polo director da obra con asistencia do contratista sobre as obras realmente executadas e recibidas.

Do resultado da medición xeral o director da obra redactará a correspondente relación valorada e, finalmente, expedirá e tramitará a correspondente certificación final.

7.- Concretado o procedemento de emisión da certificación, polas razóns que a continuación se indican non parece acertado pensar que, en ningún caso, se poida aceptar a presentación de máis de unha certificación final.

En primeiro lugar porque os termos “medición final” e “medición xeral” non parece dar causa a interpretar que deban facerse tantas medicións ou relacións valoradas como proxectos teñan sido aprobados (o proxecto inicial e os posteriores proxectos reformados), senón que, de conformidade coas normas do oficio, a medición realizarase sobre a obra rematada que, recordemos nesas instancias xa está recibida, quedando os modificados integrados no proxecto arquitectónico final. Ao respecto, o Consello de Estado, no seu ditame nº 822 de 8 de xullo de 1993, concreta que a medición da obra non é unha pura operación aritmética de fixación das unidades realizadas, senón que ten o alcance dunha verdadeira comprobación das prestacións executadas polo contratista.

E, doutra banda, e sempre con abstracción do caso concreto da consulta, porque coa presentación da primeira certificación final prodúcese unha circunstancia que obriga a desestimar tal pretensión: a expresa conformidade pola adxudicataria da medición efectuada nos trámites do proceso da súa elaboración. O propio Regulamento, no art. 166, garante, nas distintas fases antes descritas, a participación do contratista en cada momento e regula os medios de oposición de que dispón en caso de discrepancia coa medición efectuada, do que resulta, canto menos irregular, que tendo aceptada a medición en que se fundamentou a certificación final inicialmente aprobada, se presente outra posteriormente.

Entre os actos garantistas do seu consenso na medición, en primeiro lugar, a norma obriga a asistencia do contratista na toma de datos e na realización da medición que efectuará o director da obra, e faculta a súa participación ao indicar que poderá solicitar que nela se utilicen os datos complementarios que considere oportunos a máis dos previstos expresamente no Regulamento (a comprobación dos replanteos inicial ou parciais, as medicións efectuadas en execución e os libros de incidencias e de ordes).

A máis, nesta fase, tanto se asiste ou non ó acto, protéxese con especial celo que o contratista coñeza os datos e resultados da medición xa que no caso de asistir deberá asinar, xunto co director da obra, o acta levantada ó efecto (art. 166.4 RLCAP) e, no caso de non asistir, unha vez remitida o acta pola dirección da obra, dáselle un prazo de cinco días hábiles para a aceptación ou rexeitar a medición. En tal sentido se pronuncia o Consello de Estado nun suposto no que o contratista non compareceu o acto de medición e presentou discrepancia a través dunha valoración propia (Ditame 38087/1972). O Consello entende que iso non é obstáculo para abrir un período probatorio de acordo co disposto nas normas xerais de procedemento administrativo, no que o contratista poderá propoñer as probas pertinentes para fixar, con carácter definitivo, o importe das obras executadas que sexan de recibo para cumprir as condicións fixadas no contrato.

Nos casos de discrepancia, este sería o momento en que o contratista debe presentar ante o órgano de contratación as reclamacións que estime oportuno facer contra o resultado da medición xeral xa que a aceptación da medición efectuada será requisito “sine qua non” para a posterior redacción pola dirección da obra da relación valorada e da certificación final.

## CONCLUSIÓN

1.- Esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa entende que, tal e como se establece na conclusión do Informe 37/07, de 29 de outubro de 2007 da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, a expresión “prezo primitivo do contrato” debe considerarse unicamente o importe de adxudicación do contrato resultante do procedemento de adxudicación e que, nos supostos en que se produza revisión de prezos, conforme ás normas establecidas ao efecto, tal importe deberá actualizarse pola repercusión sobre o mesmo dos índices ou fórmulas de revisión aplicables no tempo, sen que sobre tal resultado poidan aplicarse os importes resultantes das posibles modificacións do contrato.

2.- Respecto da segunda cuestión formulada na solicitude da Secretaría Xeral da Consellería de Traballo -sobre a procedencia do pagamento da certificación final complementaria “tal e como solicita a empresa adxudicataria”- cabe indicar que as funcións da Xunta Consultiva refírense á emisión de criterios xerais que poden ser de aplicación ós casos concretos, pero non lle corresponde á determinar se procede ou non o pagamento dunha certificación nun expediente específico, remitíndonos as consideracións sinaladas anteriormente no apartado III do presente informe e o análise da doutrina do enriquecemento inxusto que, en caso de resultar probada a existencia dun desequilibrio obxectivo das prestacións entre as partes, fundamentará o dereito ao abono evitando que calquera dos interesados poida obter unha ganancia ou perda patrimonial sen causa que poida xustificala.