

Nº de Expte.: / 19
Procedimiento: INFORME
Interesado:
Ref.:

ANTECEDENTES:

Primero.- El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de solicita informe jurídico sobre la posibilidad que tiene dicho Ayuntamiento de anular los acuerdos adoptados en sesión extraordinaria de Pleno, celebrada el día 21 de febrero de 2018, sobre modificación del contrato de instalación de depósito de agua potable, en el que por unanimidad se acuerda:

"PRIMERO.- Aprobar la modificación de la Memoria de Instalación de depósito de agua potable en, redactada por el arquitecto en febrero de 2018.

SEGUNDO.- Aprobar la modificación del contrato de la Memoria de Instalación de depósito de agua en, con importe adicional de 2.184,72 € (IVA incluido)."

Segundo.- Consta entre la documentación aportada por el Ayuntamiento junto con la solicitud de informe, copia de la Orden de 14 de noviembre de 2018, del Consejero de la Presidencia de la Junta de Castilla y León, por la cual se impugnan, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los citados acuerdos de Pleno, de 21 de febrero de 2018, al considerarlos nulos de pleno derecho conforme al artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que se refiere a los actos "dictados prescindiendo total y absolutamente del Procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados", y ello al considerar que dichos acuerdos infringen el ordenamiento jurídico toda vez que se trata de la modificación de un contrato no prevista en los pliegos y no amparada por el artículo 107 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, al versen alteradas las condiciones esenciales de licitación y adjudicación, por exceder la modificación acordada el límite del 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato.

Tercero.- Asimismo, es preciso destacar que, según informa el Ayuntamiento de, la obra a que se refiere el acuerdo objeto del presente informe ha sido ejecutada, tal como reflejaría el correspondiente certificado de fin de obra, y ha sido abonada al contratista la correspondiente factura.

El presupuesto de licitación se corresponde con la primera memoria de noviembre de 2016, cuyo importe asciende a 8.989,86 euros, siendo la obra ejecutada

conforme a la memoria aprobada en fecha 21 de febrero de 2018, con un presupuesto total de 10.317,13 euros.

Teniendo en cuenta los datos facilitados por el Ayuntamiento y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.1b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios especialmente los de menor capacidad económica y de gestión, y el Reglamento de Asesoramiento y Asistencia a Municipios.

En base a estos antecedentes se emite el siguiente

INFORME

LA LEGISLACIÓN APLICABLE

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- 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).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- De conformidad con la Disposición Transitoria Primera, apartado segundo, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cuya entrada en vigor tuvo lugar en fecha 9 de marzo de 2018, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. Por tanto, al tratarse de un expediente adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma y afectando el presente informe a su modificación mediante acuerdo de fecha 21 de febrero de 2018, atenderemos, como normativa de aplicación al régimen de contratación, 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 cuanto la normativa aplicable al procedimiento administrativo para declarar en su caso la invalidez de los acuerdos adoptados, resultará aplicable la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de conformidad con la Disposición Transitoria tercera, apartado a) de dicha norma.

SEGUNDA.- Modificación contractual.

Nos encontramos ante la impugnación de la modificación de un contrato de obra, no prevista en los pliegos y justificada en la inadecuación de las especificaciones técnicas de la prestación (memoria) y por tanto en causas objetivas, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato. Compartimos con la Administración autonómica que se trata de una modificación contractual no amparada por el artículo 107 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 (en adelante TRLCSP), al resultar alteradas las condiciones esenciales de licitación y adjudicación, por exceder la modificación acordada del límite del 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato.

TERCERA.- Régimen de invalidez.

En cuanto al régimen de invalidez, si atendemos al TRLCSP vemos que en su artículo 31 prevé que, los contratos de las Administraciones Públicas, serán inválidos, entre otros casos, cuando lo sean alguno de sus actos de adjudicación, efectuando el artículo 32 TRLCSP remisión al artículo 62.1 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en cuanto a las causas de nulidad, remisión que hoy debemos entender referida al artículo 47.1 LPACAP.

Debemos determinar por tanto las consecuencias jurídicas que se derivarán de la modificación del contrato acordada contraviniendo la legislación vigente. En este sentido, entendemos que no estamos en un supuesto de nulidad, puesto que no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Sí entendemos que se trata de un **supuesto de anulabilidad** ya que el importe de la modificación excede de lo que la normativa vigente en ese momento permitía, por tanto, un supuesto de infracción de las reglas contenidas en el TRLCSP, anulabilidad prevista en el artículo 33, en relación con el artículo 107, ambos del TRLCSP.

En esta misma línea cabe hacer referencia a la regulación contenida en la ahora vigente Ley de Contratos del Sector Público, ley 9/2017, de 8 de noviembre, que en su artículo 40 recoge como causa de anulabilidad el incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205.

Por otra parte, atendiendo al tipo de contrato y su importe (contrato de obra de importe inferior a 50.000 euros), vemos que de conformidad con el artículo 138.3 TRLCSP, hubiera sido posible su adjudicación directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111 TRLCSP, es decir, la aprobación del gasto y la incorporación al expediente de la factura correspondiente, algo que efectivamente ya se ha realizado.

Finalmente, y sin perjuicio de los pronunciamientos expuestos sobre nuestras consideraciones respecto de que se trata de un supuesto de anulabilidad, es necesario destacar que puesto que el acto ha sido objeto de impugnación ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, **será en esta sede jurisdiccional donde se determine el grado de invalidez y sus efectos**. No obstante, si el Ayuntamiento anulase el acuerdo de fecha 21 de febrero de 2018, en su apartado segundo, relativo a la aprobación de la modificación del contrato, cabe pensar una posible finalización del procedimiento jurisdiccional por desaparición sobrevenida del objeto del litigio, siempre a instancia, en su caso, de la Junta de Catilla y León.

CUARTA.- Memoria Técnica.

La prestación realizada por el contratista se corresponde con el documento técnico que la define, memoria aprobada mediante acuerdo de Pleno de 21 de febrero de 2018. Consta asimismo que se ha certificado el fin de obra por el Arquitecto y abonado las facturas emitidas por la prestación realizada.

A este respecto entendemos que **no procedería anular el apartado primero del acuerdo por el cual se aprueba la modificación de la Memoria** en tanto que se trata del documento técnico que describe la prestación efectivamente realizada y abonada.

Es preciso asimismo tener en cuenta que, conforme reiterada Jurisprudencia y doctrina de los órganos consultivos, **sería posible utilizar la figura del enriquecimiento injusto para fundamentar el pago al contratista** de la prestación efectivamente realizada, aprobando el reconocimiento de la obligación **por el procedimiento de reconocimiento extrajudicial de crédito**, al no corresponderse con la competencia atribuida al Presidente de la Corporación en el artículo 185 del TRLHL, es decir con obligaciones de gastos legalmente adquiridos.

En relación con ello la jurisprudencia, en los supuestos en los que ha considerado su utilización, ha venido exigiendo el cumplimiento de unos requisitos (STS de 9 de octubre de 2000 y 1 de marzo de 2004), como son, la existencia de un enriquecimiento patrimonial de una de las partes, el empobrecimiento de la otra parte, la existencia de relación de causalidad entre ambas, la ausencia de justificación de esa situación, y que la prestación ejecutada haya sido consecuencia de una orden o

decisión administrativa y no de una decisión unilateral del contratista (STS de 28 de enero de 2000 y 7 de febrero de 2004).

En el caso que nos ocupa la Memoria técnica, elaborada por el Técnico redactor del Proyecto y aprobada por el Pleno en la sesión de 21 de febrero de 2018, constituye el documento que acredita que el contratista no ha actuado de forma unilateral, sino siguiendo las órdenes dadas por la Administración y la dirección facultativa.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Nos encontramos, según nuestro entender en un supuesto de anulabilidad prevista en el artículo 33, en relación con el artículo 107, ambos del TRLCSP.

A este respecto se recomienda que el Ayuntamiento deadopte acuerdo anulando el apartado segundo del acuerdo de fecha 21 de febrero de 2018, por el que se determinaba "Aprobar la modificación del contrato de la Memoria de Instalación de depósito de agua potable en, con importe adicional de 2.184,72 € (IVA incluido).

SEGUNDA.- Puesto que la prestación se ha ejecutado por el contratista de conformidad con el documento técnico aprobado por el Ayuntamiento, se presume su buena fe, por lo que el pago realizado evita el enriquecimiento injusto del Ayuntamiento de por la ejecución de dichas obras, no obstante al no corresponderse con obligaciones de gasto legalmente adquiridas, sería preciso que mediante acuerdo Pleno se convalidara el reconocimiento de la obligación, mediante la figura del reconocimiento extrajudicial de crédito.

La emisión del presente informe no sustituirá el informe del Secretario-Interventor titular del Ayuntamiento, que deberá emitir en los supuestos previstos en los artículos 54.1 a) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local TRLRL), art. 173 del ROF y art. 3.3 del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Es cuanto se asesora, haciendo constar que lo expresado en este Informe no posee carácter vinculante, no es preceptivo y está sometido a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

Burgos, 15 de febrero de 2019
LA TÉCNICO DE ADMINISTRACIÓN GENERAL,
SECCION DE ASESORAMIENTO A MUNICIPIOS

Fdo.: Carmen Laura Navazo Sanz