

Informe 17/2011, de 6 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Modificación de un contrato de ejecución de obras financiado mediante permuta de terrenos.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de La Puebla del Alfinden (Zaragoza) se dirige, con fecha 13 de junio de 2011, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«De conformidad con el artículo 6 g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, se solicita la emisión de informe en base a los siguientes antecedentes:

1º.- Tras la tramitación del expediente de concurso público para la contratación de obras de ampliación de la Casa Consistorial mediante permuta de terrenos, se firmó con fecha 24 de abril de 2007 el contrato con la empresa que resultó adjudicataria del mismo.

La autorización de la enajenación se produjo mediante Orden de 9 de noviembre de 2006, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales publicada en el BOA nº 135, de fecha 22 de noviembre de 2006.

2º.- En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que sirvió de base para la adjudicación del contrato, se señalaba que el precio del contrato de ejecución de las obras de ampliación de la Casa Consistorial sería satisfecho por el Ayuntamiento al adjudicatario, mediante la enajenación a su favor de una Parcela de 6000 m2 incluida en el Sector Residencial SR-2 del Plan General de Ordenación Urbana, que se valoraba en 1.446.000 euros.

También se fijaba en el Pliego que la transmisión de la propiedad del terreno se realizaría mediante el otorgamiento de escritura pública, que se suscribiría cuando se hubiera procedido a la recepción total de las obras.

El pliego se incorporó al contrato firmado, no formulándose ninguna reserva en cuanto a la valoración y ubicación de la finca.

3º.- Ejecutadas las obras y levantada el acta de recepción de las mismas con fecha 23 de septiembre de 2009, se solicitó la designación de notario al Ilustre Colegio Oficial de Notarios para otorgar la correspondiente escritura pública.

4º.- Citado al contratista para el otorgamiento de la escritura el día 24 de junio de 2010, éste no comparece pretextando motivos de agenda y que en la “valoración de los terrenos han de aplicarse los criterios sentados para equilibrar económico-financieramente los correspondientes contratos administrativos”.

5º.- Finalmente, con fecha Registro de Entrada 1 de marzo de 2011 se presenta escrito por el contratista por el que solicita que, en pago de las obras

ejecutadas se le haga entrega de dos parcelas, una ubicada en la Unidad de Ejecución nº 3 y otra en el Sector Residencial SR-2, entendiéndose que el valor de las fincas cuya adjudicación se pretende será equivalente al valor dado a la parcela del Sector SR-2 primitivamente asignada.

En virtud de cuanto antecede se solicita la emisión de informe en relación con la siguiente pregunta:

Puede el Ayuntamiento aceptar la petición de la empresa adjudicataria de las obras, teniendo en cuenta que estaríamos ante una modificación del contrato y que no hay interés público para su modificación».

Mediante escrito de fecha 15 de junio de 2011, y de acuerdo con el artículo 8 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, se requirió al Ayuntamiento de La Puebla de Alfinden para que, a la solicitud de informe, acompañara «*la documentación necesaria para su estudio*» que, en el presente supuesto, debía consistir en una copia compulsada del expediente de contratación completo, formado por la agregación sucesiva de documentos que lo constituyen, con hojas foliadas y acompañado de un índice y un informe de la Secretaría de ese Ayuntamiento, en el que conste una enumeración sucinta de los hechos y actuaciones realizadas. Y se le significaba que el plazo de emisión del informe solicitado se iniciará a la recepción de la documentación que se reclamaba.

De la documentación aportada por el Ayuntamiento, se deducen las siguientes actuaciones, acreditadas en el expediente, dentro del procedimiento de contratación y enajenación:

1ª) El Ayuntamiento de la Puebla de Alfinden procedió a la aprobación y convocatoria de licitación pública del contrato de ejecución de las obras de construcción de «Ampliación de la Casa Consistorial», según proyecto técnico redactado por el Arquitecto D. Francisco Núñez Castillo, que ascendía a la cantidad de 982.160,12 euros y aprobado por la Junta de Gobierno el 19 de junio de 2006, cumpliendo la normativa básica de aplicación al mismo, y señalando en el Pliego de Condiciones que el precio del contrato sería satisfecho, por la Administración municipal, al adjudicatario del contrato, mediante la enajenación a su favor —por el procedimiento de permuta— de la

parcela de 6.000 m² incluida en el Sector SR-2 del PGOU, urbanizable residencial, calificada como bien patrimonial y adscrita al Patrimonio Municipal del Suelo del municipio. La parcela es propiedad del Ayuntamiento, y es una segregación de la finca matriz, inscrita en el Registro de la Propiedad de Zaragoza al Tomo 4.134, Libro 55, Folio 138, Finca nº 3.320.

2ª) La enajenación mediante permuta fue autorizada por Orden de 9 de noviembre de 2006, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales (BOA de 22 de noviembre de 2006), en ejercicio de las facultades que le confiere el apartado 15 del artículo tercero del Decreto 92/1982, de 26 de octubre, de la Diputación General de Aragón.

3ª) Tramitado el procedimiento licitatorio el contrato fue adjudicado, en sesión del Pleno municipal de 1 de marzo de 2007, por un importe de 794.600 euros, IVA incluido. El contrato se suscribió el 24 de abril de 2007, en el mismo se hizo constar expresamente que el pago de la obra se haría mediante permuta de un terreno de propiedad municipal de 6.000 m² —inscrita en el Registro de la Propiedad nº 13 de los de Zaragoza, al Tomo 4.435, Folio 82, Libro 121, Finca 7.670, incluida en el Sector SR-2 del Plan General de Ordenación Urbana y valorado en 1.446.000 euros, IVA no incluido—, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción total por el Ayuntamiento de las obras, con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, debiendo abonar el contratista, en el momento de la transmisión de la propiedad del bien inmueble, la diferencia entre el importe de la obra ejecutada y el de la valoración del bien.

4ª) El plazo de ejecución total de la obra era de nueve meses, que son los ofertados por el adjudicatario en su proposición, contados a partir de la firma del acta de comprobación del replanteo de las obras. No consta, en la documentación remitida, la fecha del acta de comprobación del replanteo, pero, del acta de recepción de las obras, se deduce que las obras se iniciaron el 4 de mayo de 2007.

5ª) El Pleno del Ayuntamiento, en sesión de 6 de noviembre de 2008, aprobó un expediente de modificación del contrato de obras por importe de 720.533,56 euros. El contrato, correspondiente a esta modificación, se firmó el 9 de diciembre de 2008. En el contrato se hizo constar, expresamente, que el pago de la modificación de la obra se haría mediante la permuta de la misma finca del contrato inicial, y la diferencia de valor con cargo a la partida presupuestaria correspondiente. Y se fijaba, como plazo de ejecución de las obras, el de cuatro meses a contar desde la fecha de la firma del contrato modificado. El total del contrato, como consecuencia de la modificación, ascendía a 1.515.153,36 euros. El valor del inmueble se mantenía en 1.446.000 euros.

6ª) El 23 de septiembre de 2009 se firma el acta de recepción de las obras en la que, salvo unas deficiencias, se declara que se encuentran en buen estado para ser utilizadas y se dan por recibidas. En el documento de recepción se firma, por las partes del contrato, una liquidación final de la obra que asciende a 1.402.995,68 euros.

7ª) Mediante escrito de 28 de febrero de 2011, que tuvo su entrada en el Ayuntamiento de La Puebla de Alfinden el 1 de marzo de 2011, en el que se vierten diversas consideraciones, el contratista solicita que se modifique el contrato en el sentido de que, en pago de las obras ejecutadas se le haga entrega de dos parcelas, una ubicada en la Unidad de Ejecución nº 3, y otra en el Sector Residencial SR-2, entendiéndose que el valor de las fincas, cuya adjudicación se pretende, es equivalente al valor dado a la parcela del Sector SR-2 que el contrato fijaba como pago del precio. Con anterioridad, el contratista no había comparecido al acto de otorgamiento de la escritura de enajenación —señalado para el día 24 de junio de 2010— pretextando, según el escrito municipal de solicitud de informe, motivos de agenda, y que en la *«valoración de los terrenos han de aplicarse los criterios sentados para equilibrar económico-financieramente los correspondientes contratos administrativos»*.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 6 de julio de 2011, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento; a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva; no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Alcalde de La Puebla de Alfinden, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de la posibilidad de modificación del contrato en cuestión, ya que esta si que es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación administrativa que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de La Puebla de Alfinden (Zaragoza), es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionada Decreto 81/2006.

II. Régimen y naturaleza jurídica del contrato de ejecución de obras de las obras de construcción de «Ampliación de la Casa Consistorial», del Ayuntamiento de La Puebla de Alfinden, cuyo precio se establece en especie mediante la enajenación de inmuebles.

En cuanto a la posibilidad de pago del precio de una obra pública de un Ayuntamiento mediante la cesión de terrenos integrantes del Patrimonio Público del Suelo, y el régimen y naturaleza de estos contratos, nos remitimos al Informe 12/2010, de 3 de noviembre, de esta Junta Consultiva.

La consulta planteada por el Alcalde de La Puebla de Alfinden, sin embargo, hace referencia a un contrato que se adjudicó el 1 de marzo de 2007 y se formalizó el 27 de abril de 2007. Por lo tanto, el análisis de la cuestión se debe hacer bajo la perspectiva del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (de ahora en adelante, TRLCAP), por aplicación del apartado segundo de la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (de ahora en adelante, LCSP), que dispone que los contratos administrativos, adjudicados antes de la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por la normativa anterior, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción.

El Informe de la Secretaría municipal, de 23 de junio de 2006, califica el contrato como una modalidad de contrato complejo, en que las obligaciones o prestaciones entre las partes están definidas en normas jurídicas correspondientes a ámbitos sectoriales diferentes *«con regimenes jurídicos propios, el privado (enajenación mediante subasta) y el administrativo (ejecución de obra)»*.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato es, sin embargo, el propio de un contrato típico de obras, con la única peculiaridad de que el precio del contrato es satisfecho mediante la enajenación de las fincas y aprovechamientos urbanísticos correspondientes, negocio jurídico que se articula como un elemento accesorio del objeto principal del contrato: las obras de construcción de la ampliación de la casa consistorial.

La permuta no es pues, sino una forma de retribuir el pago de la obra, objeto principal del contrato, de manera que nos encontramos ante un contrato típico administrativo.

Esta posibilidad de satisfacción del precio del contrato encontraba su amparo legal en el artículo 3 de la Ley 24/2003, de Medidas Urgentes de Política de Vivienda Protegida, que prevé la permuta de terrenos integrantes del Patrimonio Público del Suelo, destinados por el planeamiento a usos residenciales, sin concretar que lo sean para vivienda protegida, mediante permuta por la ejecución de obras de cualquier índole, precisas para la prestación efectiva de servicios y actividades públicos.

Tal posibilidad, sin embargo, no se contemplaba en el artículo 14 del TRLCAP. Excepcionalmente, para los contratos de suministros en el artículo 187 TRLCAP, y para los contratos de concesión de obra pública en el artículo 245.2 TRLCAP, se permitía la posibilidad de que el pago del precio del contrato pudiera realizarse en especie.

De manera que la doctrina y jurisprudencia, al no poder subsumir esta clase de contratos en el tipo nominativo del contrato administrativo de obras, los calificaba de contratos complejos (Informe 2/2004, de 7 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña), contratos atípicos, contratos administrativos especiales, permuta con prestación subordinada de obra. En definitiva, la jurisprudencia partía de la atipicidad de estos contratos (SSTS de 31 de octubre de 1986, 5 de julio de 1989, 10 de marzo de 1990, 7 de junio de 1990, 18 de diciembre de 1990, 7 de mayo de 1993, 30 de

septiembre de 1993, 24 de noviembre de 1993, 19 de julio de 2002), ya que dicha relación contractual no encaja plenamente en ninguna de las especialidades típicas que define y regula el Código Civil, ni en la legislación de contratos.

En todo caso, lo auténticamente relevante para la determinación del régimen jurídico, es el carácter instrumental de la permuta vinculada con naturalidad a un contrato de ejecución de obra, y la tipificación como contrato de obra en la norma jurídica del contrato —el Pliego de Cláusulas Administrativas—, lo que concluye analizar la cuestión desde el régimen jurídico del contrato administrativo de obras.

III. La modificación del contrato en el TRLCAP. Imposibilidad de modificar un contrato extinguido.

El TRLCAP regulaba las modificaciones de los contratos, con carácter general, en el artículo 101, según el cual el órgano de contratación, una vez perfeccionado el contrato, sólo podía introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que fueran debidas a necesidades nuevas o a causas imprevistas, las cuales tenían que quedar debidamente justificadas en el expediente. La modificación de los contratos de obras se encontraba recogida en el artículo 146 del TRLCAP.

Según la normativa mencionada, los requisitos que tenían que concurrir de acuerdo con aquella legislación para que procediera una modificación del contrato eran los siguientes: se tenía que fundamentar en razones de interés público, que debían quedar justificadas debidamente en el expediente, las razones tenían que ser debidas a necesidades nuevas o a causas imprevistas, que nunca podían afectar a las condiciones esenciales del contrato, y nunca podían constituir nuevos contratos.

Las modificaciones de los contratos debían tener carácter excepcional, porque las condiciones iniciales del contrato no se pueden ver alteradas

sustancialmente por vía de la modificación consensuada, en la medida en que se conviertan en un perjuicio a los principios de libre concurrencia y de buena fe que deben presidir la contratación pública.

La modificación que se pretende por el contratista supone una novación contractual, pues implica la alteración de un elemento sustancial del contrato; la sustitución del inmueble objeto de permuta. En definitiva dicha novación implica la extinción de la obligación inicial del Ayuntamiento —la entregar la parcela de 6.000 m² incluida en el Sector SR-2 del PGOU—, y el establecimiento de una nueva obligación —la de entregar la parcela 6 B1 de la Unidad de Ejecución N^o 3 del PGOU y otra enclavada en el Sector 2— y, por lo tanto, esta modificación va más allá de la potestad otorgada por la ley y se convierte en improcedente, dado que el ejercicio del «*ius variandi*» encuentra el límite insalvable del cambio implícito del contrato y la novación contractual y, por lo tanto, si eso sucede, esta modificación va más allá de la potestad otorgada por la ley, y se convierte en improcedente, pues afecta, de modo directo y preciso, a los principios de libre concurrencia y de buena fe que deben presidir la contratación pública, ya que impiden que otros posibles interesados liciten o hubieran licitado a la vista de la parcelas que ahora se pretende entregar en sustitución de las indicadas en el pliego.

En el sentido indicado se pronunció esta Junta en su Informe 3/2009, de 15 de abril, sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad.

Pero, además, no es posible modificar un contrato extinguido por su cumplimiento. La modificación del contrato presupone, por definición, la vigencia del mismo, y no resulta admisible que el contratista, con posterioridad a la recepción de la obra, inste su modificación.

Los contratos de obras, como el resto de contratos, se extinguen por cumplimiento o por resolución, conforme dispone el artículo 109 TRLCAP. El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado,

de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto, a tenor de lo pactado y de las prescripciones establecidas en el pliego de cláusulas técnicas y administrativas. La constatación del cumplimiento por el contratista requiere, por parte de la Administración, de un acto formal y positivo de recepción o conformidad, que se traduce en la práctica en la firma del acta de recepción de las obras.

Si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de ésta las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta y comenzando entonces el plazo de garantía (artículo 147.2 TRLCAP).

El 23 de septiembre de 2009 se firmó el acta de recepción de las obras en la que, salvo unas deficiencias, se declara que se encuentran en buen estado para ser utilizadas, y se dan por recibidas. En el documento de recepción se firma, por las partes del contrato, una liquidación final de la obra que asciende a 1.402.995,68 euros, sin que se formulara observación alguna ni rechazo por parte del contratista. En su consecuencia, a partir de dicha fecha, ha de entenderse cumplido y extinguido el contrato de ejecución de las obras de construcción de «Ampliación de la Casa Consistorial», sin que sea posible su modificación. Y, así, expresamente lo establece la cláusula trigésimo quinta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la adjudicación del contrato.

III. CONCLUSIONES

I. El contrato de ejecución de las obras de construcción de «Ampliación de la Casa Consistorial» del Ayuntamiento de La Puebla de Alfinden, se rige por Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por aplicación del apartado segundo de la disposición transitoria primera LCSP, que dispone que los contratos administrativos adjudicados antes de la entrada en vigor de

esta Ley se regirán por la normativa anterior, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción.

II. La permuta que prevé el contrato de ejecución de las obras de construcción de «Ampliación de la Casa Consistorial» no es sino una forma de retribuir el pago de la obra, objeto principal del contrato, de manera que nos encontramos ante un contrato típico administrativo.

III. La solicitud de modificación que pretende el contratista supone una novación contractual, pues implica la alteración de un elemento sustancial del contrato; la sustitución del inmueble objeto de permuta. Además, no es posible modificar un contrato extinguido por su cumplimiento. La modificación del contrato presupone, por definición, la vigencia del mismo, y no resulta admisible que el contratista, con posterioridad a la recepción de la obra, inste su modificación.

Informe 17/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 6 de julio de 2011.