

**INFORME 10/03 DE 27 DE NOVEMBRE DE 2003.
CONTRACTES D'OBRES. POSSIBILITAT D'ACREDITAR EN
CERTIFICACIONS ORDINÀRIES, VARIACIONS EN LES UNITATS
EXECUTADES.**

ANTECEDENTS.

La Secretaria General de la Conselleria de Educació i Cultura de la comunitat autònoma de les Illes Balears, sol·licita a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un informe sobre l'assumpte de referència, en aquests termes:

“En les certificacions ordinàries que s'expedeixen mensualment, se certifica l'import de les obres executades i l'import que s'acredita per a l'abonament. La diferència entre ambdós imports és el “no acreditat” que és l'increment d'unitats executades respecte a les unitats previstes en el projecte. Aquest import del no “acreditat” és el que es certificarà en la certificació final (abans liquidació).

La diferència entre unitats executades sobre les previstes no sempre és positiva, per la qual cosa, en arribar a la darrera certificació en moltes ocasions no s'esgota el pressupost del contracte i, no obstant això, hi ha un import de liquidació (excés d'unitats executades). Fins i tot pot succeir que no s'esgoti el pressupost del contracte primitiu i que la liquidació superi el 10%. Per tant pot arribar a donar-se el fet que no s'esgoti el pressupost del contracte i així i tot, la previsió pressupostària no ens basti per a la liquidació.

En l'anterior reglament de contractació administrativa l'increment en les unitats d'obra executades es recollia en la liquidació. En l'actual reglament de contractació administrativa (Reial decret 1098/2001) s'estableix la possibilitat que puguin ser recollides i abonades en les certificacions mensuals o en la certificació final (abans liquidació).

Per això i d'acord amb el que disposen els articles 2.1 i 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i els articles 15.1 i 16 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per acord del consell de govern de 10 d'octubre de 1997, us sol·licitam informe en relació a la següent qüestió:

En relació a les variacions sobre unitats d'obres executades, se demana si en les certificacions ordinàries es poden acreditar variacions positives en les unitats acreditades per a compensar les variacions negatives, i així esgotar el pressupost del contracte primitiu. També es demana com es regula l'elecció d'un criteri o un altre i si cal que vingui especificat en el plec de prescripcions tècniques particulars o en el de clàusules administratives.

Us adjuntem l'informe del servei jurídic de la Conselleria d'Educació i Cultura en relació a l'esmentat assumpte."

PRESSUPOSTS D'ADMISIBILIDAD

1- L'article 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes, disposa que la Junta emetrà informes a petició dels secretaris generals tècnics (avui secretaris generals) de les diverses conselleries i l'article 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta aprovat per Acord del Consell de Govern de la comunitat autònoma de les Illes Balears, de 10 d'octubre de 1997, estableix que els secretaris generals tècnics de les conselleries tenen legitimació per sol·licitar informes a la Junta Consultiva per això el peticionari d'aquest informe ho està.

2- En la sol·licitud s'ha acompanyat un informe jurídic del Servei Jurídic de la mateixa Conselleria en relació amb les qüestions plantejades, amb la qual s'ha complert l'exigència de l'article 16.3 de l'esmentat Reglament.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

PRIMERA- Amb relació al contracte d'obres, pel que fa a les certificacions i abonaments a compte (que és en el que consisteix el seu caràcter), l'article 145 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (TRLCAP), aprovat pel RD. legislatiu 2/2000, de 16 de juny, estableix que als efectes del pagament, l'Administració expedirà mensualment en els deu primers dies següents al mes que corresponguin, certificacions que comprenguin l'obra executada durant l'esmentat període de temps, llevat que el plec de clàusules administratives particulars estableixi el contrari, els abonaments del qual tenen el concepte com s'ha dit, de pagaments a compte subjectes a les rectificacions i variacions que es produeixin en la medició final.

SEGONA- En vista de la primera part de la consulta, referida a les unitats d'obra executades, preguntant qui la planteja, si en les certificacions ordinàries es poden acreditar variacions positives a les unitats executades per compensar les variacions negatives, i així esgotar el pressupost del contracte primitiu, el plantejament fet és, en realitat, el d'execució de variacions d'unitats d'obra, supòsit que es contempla en l'article 160 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques (RGLCAP).

Aquest article està emmarcat dintre de la secció 2a del capítol III, que regula les "*modificacions al contracte d'obres*", per la qual cosa la consulta plantejada es

basa en un supòsit de modificació del contracte d'obres per variacions sobre les unitats d'obra executades.

TERCERA- Partint de l'afirmació anterior i com a qüestions prèvies i necessàries per donar la resposta final a la pregunta formulada s'ha d'assenyalar:

1) La llei permet introduir variacions al nombre d'unitats executades sobre les previstes en les mediacions del projecte adjudicat, sense autorització prèvia quan aquestes variacions no suposin un increment de despesa superior al 10 per 100 del preu primitiu del contracte. Cas contrari, les variacions sobre les unitats d'obra requeriran una aprovació prèvia i elaboració de l'expedient de modificació del contracte.

Ni cal dir que, si parlàssim d'introducció d'unitats d'obra no previstes en el projecte d'execució, qualsevol intent en aquest sentit suposarà una significativa modificació del contracte i consecuentement, l'aplicació dels arts. 101 i 54 del TRLCAP.

2) Les variacions sobre unitats d'obra executades que no excedeixin del 10 per 100 del preu primitiu del contracte no requereixen aprovació prèvia i hauran de ser recollides i abonades en les certificacions mensuals. Aquelles que excedeixin del 10 per 100 també seran recollides i abonades en les certificacions mensuals però prèviament hauran d'haver obtingut l'aprovació (art.160 RGLCAP).

3) En el cas de contractes d'obres d'execució plurianual es podrà optar entre incloure les variacions en les certificacions mensuals d'obra executada, o en la certificació final amb càrrec al crèdit addicional del 10 per 100 als quals al·ludeix la disposició addicional catorzena de la TRLCAP.

QUARTA- Arribats a aquest punt és quan s'ha de contestar a la primera de les consultes que es formulen, és a dir, si és possible compensar variacions negatives d'unitats d'obra executada amb variacions positives i d'aquesta manera esgotar el preu primitiu del contracte, sense excedir-se.

La legislació no preveu de forma expressa la situació plantejada a la consulta a la qual es pretén donar resposta, per la qual cosa haurà de fonamentar-se partint d'apreciacions i interpretacions sobre l'articulat que regula la modificació dels contractes de les administracions públiques i això perquè com ja hem indicat en la segona consideració, les variacions sobre unitats d'obra executada conformen un supòsit de modificació del contracte.

La compensació entre variacions positives i negatives de unitats d'obra executades podria suposar a primera vista una desvirtuació, substancial o no, de l'objecte del contracte.

La possibilitat de modificació dels contractes per part de l'Administració, el "*ius variandi*" és una activitat en la que l'Administració no gaudeix d'una voluntat lliure, ja que el grup normatiu, tal com diu el dictamen del Consell d'Estat núm. 1041 de 30 de juliol de 1992, sobre contractació pública, estableix que es tracta d'una voluntat taxada.

CINQUENA- A la consulta que pretén contestar-se s'està plantejant la modificació d'un projecte d'obra i, conseqüentment l'objecte d'un contracte administratiu d'obra.

Com ja s'ha dit abans, l'article 160 del RGLCAP permet la modificació del projecte d'obra en unitats executades sempre que això no suposi una variació, en excés, del 10 per 100 del preu primitiu del contracte. És una clara excepció a la norma general de la modificació dels contractes que es regula a l'art. 101 del TRLCAP que restringeix en gran manera el "*ius variandi*" de l'Administració en la contractació pública que limita l'activitat modificadora dels contractes a raons d'interès públic i per causes taxativament establertes.

SISENA- La normativa sobre contractació pública que regula restrictivament la capacitat de modificació dels contractes per part de l'Administració, va deixar una porta oberta a la modificació, sense autorització prèvia del projecte d'obra per excés, sempre que això no suposi més del 10 per 100 del pressupost primitiu del contracte d'obra i sempre que aquest excés sigui en unitats d'obra previstes en les modificacions del projecte, i no admet, *a sensu contrario*, la introducció d'unitats noves amb càrrec al 10 per 100 indicat.

SETENA- La situació que es planteja en la consulta, no preveu l'increment del 10 per 100 del pressupost de l'obra projectada, al contrari, la compensació entre unitats positives i negatives té per finalitat poder esgotar el pressupost del contracte primitiu.

Dit això i d'acord amb les anteriors consideracions d'aquest informe, podria afirmar-se la possibilitat de procedir a compensacions entres unitats d'obra positives i negatives sempre que això no suposàs cap incremento del pressupost primitiu del projecte o que, suposant-ho, no representàs més del 10 per 100 d'aquest.

Ara bé, si l'anterior és cert, també ho és, que per via de la compensació d'unitats d'obra positives i negatives estiguem desvirtuant el projecte d'obra

modificant-lo substancialment, en definitiva per la via de la compensació es procediria a la modificació de l'objecte del contracte, en aquest cas d'un projecte d'obra.

En totes aquestes actuacions del "*ius variandi*" la solució, quan afecti a la contractació pública, com ja s'ha dit, ha d'examinar-se des de un punt de vista restrictiu, amb la qual cosa la compensació d'unitats d'obra, com és una modificació contractual, ha d'interpretar-se restrictivament i amb això afirmar que la compensació no podrà suposar en cap cas, una substancial variació del projecte primitiu, ni en les qualitats ni en les quantitats de les unitats d'obra projectades i encara que amb això no se sobrepassi el pressupost primitiu del projecte. Cas contrari haurà d'obrir-se el procedent de modificació dels contractes de l'art. 101 i següents del TRLCAP.

VUITENA- La segona qüestió que es planteja és saber si les variacions de les unitats d'obra executades es poden compensar en les certificacions mensuals o en la certificació final.

La resposta, per analogia, ve prevista en el mateix article 160 del RGLCAP que, en el seu punt 2, estableix que les variacions, en aquest cas per compensació d'unitats d'obra positives amb negatives, se n'aniran incorporant a les relacions valorades mensualment i hauran de ser recollides i abonades en les certificacions mensuals. Afegeix que les indicades modificacions també podran recollir-se en la certificació final però només en los casos de la disposició addicional catorzena de la Llei, és a dir, quan es tracti de contractes d'obra de caràcter plurianual.

NOVENA- Finalment, quant a la tercera qüestió plantejada a la consulta, de sobre si l'elecció de recollir les modificacions de contracte d'obra en les certificacions mensuals o en la final, s'ha de dir que la qüestió només es plantejarà en els contractes d'obra plurianuals, ja que en els anuals les compensacions hauran de fer-se en les certificacions mensuals. Si ens centram doncs, en els plurianuals, s'ha de contestar que evidentment l'elecció mai pot formar part del contingut del plec de prescripcions tècniques, i ha de figurar en tot cas en el de clàusules administratives particulars i això és així, a més perquè l'art. 67 del RGLCAP estableix com contingut obligatori del plec de clàusules administratives particulars, entre altres, la referència al règim de pagaments del contracte del que formen part, i fins i tot la freqüència d'expedició dels certificats d'obra, tema que no analitzarem per no estar plantejada a la consulta.

La resposta a la primera qüestió plantejada, ha de produir-se en termes de generalitats ja que no hi ha un supòsit concret i no s'especifica amb claredat la

definició dels conceptes jurídics utilitzats. Dit això de la generalitat del bloc normatiu de contractes de les administracions públiques i en concret de la modificació contractual i del contracte d'obres en particular, emetem la següent

CONCLUSIÓ

1- Les variacions al nombre d'unitats de obres executades sobre les previstes en les medicions d'un projecte d'obra només podran dur-se a terme, si això no suposa un incremento de la despesa superior al 10 per 100 del preu primitiu del contracte.

En cas contrari, serà necessària l'aprovació prèvia de l'expedient oportú de modificació contractual.

2- La variació haurà de recollir-se en les certificacions mensuals, o en les que s'hagin acordat. En el supòsit de contractes d'obra plurianuals l'Administració podrà optar entre recollir les variacions en les certificacions mensuals o en la certificació final.

3- L'elecció d'un o altre sistema haurà de figurar en el plec de clàusules administratives particulars del contracte d'obres. Si res s'hagués previst en ells, s'estarà al que, amb caràcter general, estableix a aquest efectes, la legislació de contractes de les administracions públiques.

