



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 7 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de octubre de 2018.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de declaración de nulidad de la modificación del contrato del servicio consistente en el diseño de 39 interfaces de toma de datos y plantillas de solicitud correspondientes a 39 procedimientos en el ámbito de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad, Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, Dirección General de Políticas Sociales e Inmigración y de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda (EXP. 376/2018 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de la Consejera de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, con registro de entrada en este Consejo Consultivo el día 31 de julio de 2018, se interesa de este Consejo dictamen preceptivo en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento por el que se pretende la declaración de nulidad de la modificación del contrato del servicio consistente en el diseño de 39 interfaces de toma de datos y plantillas de solicitud correspondientes a 39 procedimientos en el ámbito de la Dirección General de Dependencia y Discapacidad, Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, Dirección General de Políticas Sociales e Inmigración y de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda.

2. En la Propuesta de Resolución sometida a dictamen, la Administración declara la nulidad de pleno derecho de la modificación del contrato de servicio que incluía en el contrato tres nuevos procedimientos no previstos inicialmente, habiendo quedado fuera del contrato diez procedimientos de los inicialmente previstos en el

* Ponente: Sra. de León Marrero.

Pliego de Prescripciones Técnicas, que supondría un decremento respecto al precio inicial del contrato de 12.923,20 € excluido el IGIC, con base en que se habría incurrido en la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). En consecuencia, se acuerda en la misma la liquidación del contrato a favor de la empresa (...), por la prestación realizada en la ejecución del contrato, por importe de 11.852,18 euros, IGIC incluido, de los cuales 5.926,14 euros se corresponden con los tres procedimientos nuevos que se implantan a través de la modificación verbal del contrato, y el resto, 5.926,04 euros corresponde al saldo resultante de la liquidación del contrato.

3. Asimismo, la empresa contratista referida se ha opuesto a tal declaración de nulidad de la modificación de forma expresa, por lo que, al amparo de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

4. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es el órgano de contratación, que se corresponde con la Secretaría General Técnica, de conformidad con las cláusulas 2 y 3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

5. Por último, los arts. 32 y 33 TRLCSP remiten a la regulación de la nulidad y anulabilidad.

6. Por lo demás, al haberse iniciado el procedimiento de revisión de oficio, contenida el art. 106.5 LPACAP, como es el caso, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, lo que tendría lugar el 11 de diciembre de 2018, puesto que la Resolución de inicio se emitió el 11 de junio de 2018. Por tanto la propuesta de resolución se encuentra dentro del plazo previsto.

II

En el expediente de nulidad incoado se observan los siguientes antecedentes en relación con las actuaciones administrativas que han dado lugar a la pretendida nulidad de la modificación contractual realizada:

- Resolución de la Secretaría General Técnica de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, de fecha 29 de noviembre de 2017, en virtud de la cual se adjudicó a (...), la contratación del servicio consistente en el diseño de 39 interfaces de toma de datos y plantillas de solicitud correspondientes a 39 procedimientos en el ámbito de

la Dirección General de Dependencia y Discapacidad, Dirección General de Protección a la Infancia y la Familia, Dirección General de Políticas Sociales e Inmigración y de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, a favor de (...), por importe de setenta y dos mil euros (72.000,00 €) excluido el IGIC, siendo el contrato formalizado el día 30 de noviembre de 2017.

- Conforme a la cláusula tercera del referido contrato el plazo de duración del mismo es de cuatro meses a contar desde el 11 de diciembre de 2017, por lo que el citado contrato finalizó el 10 de abril de 2018.

- A finales del mes de marzo, el responsable del contrato informa verbalmente sobre la modificación del contrato, que posteriormente manifiesta en un informe del 2 de abril de 2018. En consecuencia se concedió el trámite de audiencia a la empresa adjudicataria con fecha 4 de abril de 2018.

- Con fecha 12 de abril de 2018, y por tanto ya finalizado el contrato, tiene entrada en el registro de la Consejería escrito de alegaciones de la empresa (...), manifestando su oposición expresamente, ya que la modificación no puede suponer una disminución del precio del contrato, en tanto que si bien ha habido una variación de las necesidades iniciales descritas en el pliego, ésta no se ha visto repercutida en la carga de trabajo imputada a la empresa, que ha mantenido el equipo de trabajo durante toda la duración del contrato, por lo que no entiende que una decisión unilateral de la Administración acabe repercutiendo en una reducción del 17,95% de sus ingresos, provocando un enriquecimiento injusto de la Administración mientras se causa un daño injustificado a la misma.

- El 10 de mayo de 2018, se formaliza el acta de recepción del referido contrato con observaciones por la Administración y por la empresa contratista, indicando que tanto la empresa como la administración coinciden en que el número de procedimientos realizados y por tanto entregados fueron 32, y que la empresa aportó distintas opciones a las soluciones entregadas para facilitar el correcto funcionamiento de los procedimientos, lo que se hizo de forma consensuada entre los técnicos de ambas partes según surgía en el día a día, así como en las reuniones mantenidas con la empresa.

- Finalmente, el órgano de contratación expone que tras realizar una revisión del precio del contrato de referencia que en un principio ascendía a 72.000 € sin IGIC, 77.040 €, IGIC incluido, tras la modificación practicada supondría 59.076,80 € sin IGIC, 63.212,18 € IGIC incluido. Sin embargo, tras haber realizado los pagos al

contratista durante la ejecución del contrato que ascienden a 51.360 €, IGIC incluido, quedaría pendiente de abonar a la empresa la cantidad de 11.852,18 € IGIC incluido, de los cuales 5.926,14 € se corresponden con los tres procedimientos nuevos que se implantan a través de la modificación del contrato y el resto 5.926,04 €, corresponde al saldo resultante de la liquidación del contrato.

- En consecuencia, se confirma que existe crédito adecuado y suficiente para atender al abono de las citadas cantidades correspondientes con los tres procedimientos nuevos y al saldo resultante de la liquidación del contrato, con cargo al saldo de crédito comprometido para hacer frente al contrato, una vez aplicado en el mismo el coste de la modificación.

- Mediante Resolución de la Secretaría General Técnica de Empleo, Políticas Sociales y Vivienda, de fecha 11 de junio de 2018, se acuerda iniciar la tramitación del expediente de nulidad de la modificación del contrato formalizado con (...).

- Con fecha 11 de junio de 2018 se dio audiencia a la empresa (...), para su conformidad a la mencionada declaración de nulidad y confirmación del importe indicado en el punto anterior. Sin embargo, mediante escrito de fecha 18 de junio de 2018, la empresa (...), manifiesta su disconformidad con la Resolución mencionada, por lo que se solicita Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias.

- Finalmente, se emitió la Propuesta de Resolución en forma de borrador de la Resolución definitiva, sin que conste su fecha de emisión. El Servicio Jurídico manifiesta su conformidad al respecto.

III

1. En este supuesto, la modificación del contrato cuya nulidad se pretende consistió en la reducción del alcance en cuanto al número de procedimientos a implantar previstos en el punto 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas, siendo éstos 39 pasando a ser 32 procedimientos, toda vez que no se implantan 10 de los procedimientos previstos y se implantan 3 nuevos no previstos inicialmente. El coste de la citada modificación se ha calculado teniendo en cuenta el precio ofertado por el contratista en la licitación 72.000,00 € (sin IGIC), el número de procedimientos a implantar inicialmente y el número de procedimientos que finalmente se implantaron, resultando una disminución de 12.923,20 € (excluido el IGIC), lo que suponía una alteración del precio primitivo del contrato del 17,95%, sin que se hubiera tenido en consideración el abono correspondiente a los tres nuevos procedimiento no previsto inicialmente.

2. Se observa que la modificación del contrato no se realizó conforme a lo previsto en la cláusula 28 PCAP, pues si bien se concedió audiencia al contratista no se contempló que la modificación realizada suponía la introducción de nuevas unidades no previstas inicialmente. Tampoco se ha efectuado conforme al procedimiento previsto para ello en TRLCSP. Así la cláusula 28 establece:

«El contrato sólo podrá modificarse en las condiciones y con los requisitos establecidos en los artículos 105, 106, 210, 219, 305 y Disposición adicional trigésima cuarta del TRLCSP.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 106 del TRLCSP, las condiciones en que se podrá modificar el contrato son las que se detallan a continuación:

Diseño de interfaces de toma de datos y plantillas de solicitud de nuevos procedimientos.

Disminución de procedimientos para los que se solicita el diseño de interfaces de toma de datos y plantillas de solicitud.

El alcance y límites de las modificaciones del contrato que puedan efectuarse, así como el porcentaje máximo que su importe pueda representar respecto al precio inicial del contrato, son los que se detallan a continuación: hasta un máximo del 20% del precio del contrato, tanto al alza como a la baja, sin que se pueda superar dicho límite en el caso de modificaciones sucesivas.

Las circunstancias y condiciones en que podrían llevarse a cabo dichas modificaciones son las detalladas en esta cláusula, debidamente justificadas y conforme a lo establecido en el artículo 211 del TRCLSP.

(...)

28.3.- En todo caso, el órgano de contratación deberá aprobar, previamente a su ejecución, la modificación del contrato, siguiendo al efecto el procedimiento establecido en el artículo 211 TRLCSP (...).

28.4.- Serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato que se acuerden de conformidad con lo estipulado en la cláusula anterior y en los artículos 105 a 108, y 219 TRLCSP. En caso de supresión o reducción de las prestaciones a ejecutar, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

28.5.- Cuando las modificaciones supongan la introducción de nuevas unidades no previstas inicialmente, o cuyas características difieran de las previstas en el contrato, los precios a aplicar a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado».

En consecuencia, concurre nulidad en la modificación inicial practicada no sólo porque en relación con la Resolución de la Intervención General de 29 de marzo de 2016, no se realizó la comprobación material del gasto, lo que ha determinado la opinión desfavorable del órgano de control, sino porque además tal modificación no se practicó conforme al art. 211 TRLCSP, al existir oposición del contratista a la modificación inicial cuya nulidad ahora se pretende y no haberse solicitado en su caso el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo, ya que siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo la omisión del citado Dictamen determinaría con carácter general la nulidad absoluta de dicha modificación contractual. Además, tampoco contemplaba el abono de los tres nuevos procedimientos relativos a la prestación efectivamente realizada, como se ha indicado, entre otros.

Por lo demás, no podemos ignorar que la Administración con carácter general y en el ámbito de la contratación pública, está sujeta a los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, participación y seguridad jurídica [actualmente, art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público].

3. Por otra parte, si bien se ha formulado oposición del contratista en atención a la liquidación del contrato por las razones en su escrito de alegaciones expuestas: en síntesis porque entiende que procede el abono de la totalidad del contrato en tanto que la modificación no afectó a la carga de trabajo de la empresa, que ha mantenido al equipo de trabajo durante toda la duración del contrato, pues de no ser así se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración, sin embargo, no aporta documentación probatoria alguna al efecto.

Al respecto, cabría hacer mención en relación con el enriquecimiento injusto alegado por la empresa implicada, a la doctrina que este Consejo Consultivo ha establecido, entre otros, en sus dictámenes 38/2014, 89/2015 y 102/2015:

«En lo que específicamente se refiere al enriquecimiento injusto cabe señalar que para que concurra en el ámbito administrativo resulta necesaria la concurrencia de la totalidad de los requisitos jurisprudencialmente exigidos: enriquecimiento patrimonial para una de las partes, con el consiguiente empobrecimiento para la otra, relación de causalidad entre ambos, y el más importante de los mismos: la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento».

Estos requisitos se cumplen en este caso, pero no en los términos alegados por la empresa sino porque se reconoce que de los 39 procedimientos contratados finalmente han pasado a ser 32 procedimientos, toda vez que no se implantaron 10 de los procedimientos inicialmente previstos y se implantan 3 nuevos no previstos

inicialmente que han de ser abonados, por lo que dicha modificación afecta al precio inicial del contrato que determinará en todo caso la Administración (cláusula 28 PCAP). Por tanto, ante la imposibilidad material de proceder a la restitución de la prestación realizada por la empresa, se considera procedente y de equidad efectuar el abono de la prestación realizada que habrá de ser debidamente cuantificado en la liquidación, ya que, en caso contrario, se produciría por las razones expuestas un enriquecimiento injusto de la Administración Autónoma de Canarias, además de causar a la citada empresa un perjuicio de imposible o difícil reparación.

4. En resumen, el contrato se considera cumplido por el contratista en atención a la modificación en el mismo practicada, cuya nulidad se pretende por no habersele reconocido la prestación efectivamente realizada, y a satisfacción de la Administración, habiendo resultado ésta satisfecha con la prestación realizada. Por lo que tras haber abonado al contratista en su momento durante la ejecución del contrato la cantidad de 51.360 euros, procede continuar con la liquidación correspondiente del contrato por la prestación realizada cuantificada en 11.852,18 € (IGIC incluido) de los cuales 5.926,14 € se corresponden con los tres procedimientos nuevos que se implantan a través de la modificación verbal del contrato y el resto, 5.926,04 € corresponde al saldo resultante de la liquidación del contrato, de acuerdo con las cláusulas 28 y 30 PCAP y art. 222 TRLCSP.

5. En definitiva, se considera conforme a Derecho la nulidad de la modificación inicial practicada con base en el art. 47.1.e) LPACAP, por las razones expuestas.

Por lo demás, al continuar en vigor los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual, procede la liquidación de los mismos en los términos indicados en la Propuesta de Resolución, una vez confirmada la existencia de crédito suficiente, estando obligado al pago de lo adeudado para impedir un enriquecimiento injusto por parte de la Administración implicada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.