ADMINISTRACION DE JUSTICIA

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NÚMERO TRES
CÓRDOBA

SENTENCIA nº86/2024

En Córdoba, a veinticuatro de mayo de dos mil veinticuatro.-

Visto por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez D. XXXXXXXXXXXXXX XXXXXX, titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº3 de Córdoba, el presente **RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO** registrado con el **nº228/23**, seguido por los trámites del **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**, siendo partes la entidad mercantil **XXXXXXXXXXX S.A.**, como demandante, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. XXXXXXXXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXX y asistida por el Letrado Sr. XXXXXXXXX, y la **DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE CÓRDOBA**, como demandada, representada y asistida por el Letrado de sus servicios jurídicos, en el que se impugna el decreto 2023/6074, de 26 de junio, del Presidente de la Diputación Provincial de Córdoba, desestimatorio del recurso de reposición deducido contra el decreto 2023/4297, de 3 de mayo, que resolvió el contrato de obras de "Mejora circunvalación de XXXXXXXX" y deniega la indemnización del 3% por la prestación dejada de realizar (expediente 10/2021), siendo la **cuantía del recurso 44.145,33 €**; se procede, en nombre de S.M. el Rey, a dictar la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la mencionada Procuradora, en la representación indicada, con fecha 28 de septiembre de 2023 interpuso recurso contencioso-administrativo por los trámites del procedimiento ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en el que se impugnaba el decreto 2023/6074, de 26 de junio, del Presidente de la Diputación Provincial de Córdoba, desestimatorio del recurso de reposición deducido contra el decreto 2023/4297, de 3 de mayo,

Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	24/05/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	1/11

que resolvió el contrato de obras de "Mejora circunvalación de XXXXXXXXX" y deniega la indemnización del 3% por la prestación dejada de realizar (expediente 10/2021).

SEGUNDO.- Que admitido a trámite el recurso, se acordó recabar el expediente administrativo, y una vez recibido, se dio traslado a la parte actora para deducir demanda, lo que efectuó en tiempo y forma mediante escrito que en lo sustancial se da aquí por reproducido, y en el que suplicaba se dictase sentencia estimatoria del recurso, anulando el acto recurrido y accediendo a la situación jurídica individualizada interesada. Dado traslado a la demandada para contestar la demanda, se evacuó mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, solicitaba se desestimase el recurso, por ser conforme a derecho el acto impugnado.

TERCERO.- Por decreto de 16 de enero de 2024 se fijó la cuantía del presente recurso en 44.145,33 €, y por auto de la misma fecha se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas y admitidas con el resultado obrante en autos.

CUARTO.- Solicitado por las partes, se concedió el trámite de conclusiones, que fue evacuado en los términos que con en autos, declarándose éstos a continuación conclusos para Sentencia.

QUINTO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales, excepto los plazos, por la existencia en este Juzgado de otros muchos despachos anteriores pendientes de igual trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso tiene por objeto el decreto 2023/6074, de 26 de junio, del Presidente de la Diputación Provincial de Córdoba, desestimatorio del recurso de reposición deducido contra el decreto 2023/4297, de 3 de mayo, que resolvió el contrato de obras de "Mejora circunvalación de XXXXXXXX" en virtud de la causa del art. 211.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y rechazar el contratista la ejecución del modificado contractual propuesto y fundamentado en el artículo 205.2.b) LCSP, por lo que se denegó la

Es copia auténtica de documento electrónico

indemnización del 3% por la prestación dejada de realizar (expediente 10/2021).

La parte actora alega que la posibilidad del modificado fue denegada por la propia Administración por tratarse de modificaciones sustanciales del art. 205.2.c), lo que dio lugar al inicio del expediente de resolución por decreto de 25 de julio de 2022, fundado en dicha causa, y que no obstante lo anterior, a la vista de las alegaciones formuladas por la entidad XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX (XXXXXXXX), que fueron admitidas pese su presentación extemporánea, se accedió a la redacción de un modificado que suponía una alteración de la cuantía del contrato superior al 20% de su precio inicial, IVA excluido.

Continúa señalando que se le requirió la aceptación del mismo pese a no haber intervenido en su redacción ni conocer sus términos, que le fueron comunicados después, y que también fue posterior el informe de la dirección facultativa que justificaba el modificado que ya había sido realizado, incumpliendo el procedimiento legal para ello.

Por ello entiende que no ha habido verdadera voluntad por parte de la administración de continuar con las obras, y que el modificado carece de viabilidad técnica y económica, como se demuestra con la diferencia entre el importe de adjudicación inicial de la obra, 1.936.188,11 €, y el presupuesto del modificado propuesto, que asciende a 2.724.496,00 €, y que finalmente se ha convertido en 3.458.589,92 € en la nueva licitación.

La Administración demandada se opone al recurso y solicita su desestimación, alegando que se daba el supuesto de resolución por negativa del contratista a ejecutar un modificado que suponía un incremento superior al 20% del precio, lo que excluía la posibilidad de indemnización.

Considera que el decreto de fecha 06/02/2023 supone en puridad un nuevo expediente de resolución del contrato, distinto del que se inició con fecha 25/07/2022, ya que se entendió que no procedía la resolución por la causa inicial de imposibilidad de ejecución por precisarse modificaciones sustanciales, sino que bastaba un mayor volumen de obra que no daba lugar a un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio, todo ello con arreglo a los informes del Ingeniero redactor de 09/01/2023, complementario del inicial de 18/07/2022, y a otro posterior de fecha 16/01/2023, requeridos a la vista de las alegaciones de

Es copia auténtica de documento electrónico

XXXXX, a la que se dio traslado como interesada en el procedimiento, en cuanto financiadora de la obra, porque no había sido oída con anterioridad.

Continúa señalando que ese mayor volumen suponían un porcentaje superior al 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido, pero sin superar el 50% del mismo, por lo que la modificación en cuestión no sería obligatoria para el contratista conforme al artículo 206.1 de la LCSP, y que ese rechazo se desprende de la comunicación recibida en la que la hoy actora manifestó su intención de resolver el contrato, por entender que el proyecto modificado estaba fuera de lugar.

Finalmente, niega que el modificado fuera inviable y sostiene que el precio superior de la nueva licitación no es indicativo de tal conclusión, ya que afectada a la totalidad de los precios y su actualización, y no sólo los que abarcaba el modificado.

SEGUNDO.- El interrogante que subyace en la presente litis radica en determinar si era procedente el modificado del proyecto inicial que la Administración sometió al contratista, y que, como implicaba una alteración en más de un 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido, no resultaba obligatoria y requería de su conformidad por escrito para su aprobación, conforme a lo dispuesto en el art. 206 LCSP, que es del siguiente tenor:

1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.

La resolución del contrato declarada por el acto hoy impugnado se basaba en la causa del art. 211.1.g) LCSP, pero en su inciso segundo, que se describe como sigue:

Es copia auténtica de documento electrónico

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

El efecto de tal resolución está previsto en el art. 213.4 LCSP en los siguientes términos:

4. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 211, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205.

Como quiera que el contratista no emitió por escrito esa conformidad a la modificación propuesta, que la ley exige que sea previa cuando aquella supere el límite del 20% respecto del precio del contrato, no existe un acto formal de aprobación del modificado.

Ello quiere decir que la actora no podía impugnar la procedencia del modificado, por cuanto no se ha llegado a acordar como tal, y lo que hace es recurrir la resolución contractual, con el argumento de que no podía modificarse el contrato y, por tanto, no podía entenderse que estuviera exteriorizando un rechazo por superar el 20% del precio inicial, sino lo que indicó en su escrito de 17 de diciembre de 2022 (folio 1431 y siguientes), en el que finalizaba interesando:

Que estando fuera de lugar el proyecto modificado planteado con el proceso de resolución acordado, solicitamos una reunión para llegar a un acuerdo entre ambas partes.

Aunque la Administración demandada tacha de ambigua tal petición, no cabe duda que lo que se comunicaba era el rechazo de la posibilidad de modificar el contrato, y no simplemente el de la aceptación del modificado por superar el 20%.

Así se deduce del contexto en que se inserta tal petición, como se verá a continuación.

Es copia auténtica de documento electrónico

TERCERO.- La recurrente había solicitado la modificación del proyecto por escrito de 16 de junio de 2022 (folio 1329), que fue denegada por la Administración en virtud del citado decreto de 25 de julio de 2022 (folio 1342), sobre la base del informe del Ingeniero de Caminos autor del proyecto y director de obra, Sr. XXXXXXXX, de 18 de julio de 2022 (folio 1335), que recogía los siguientes datos:

-Las circunstancias surgidas en la obra y sus soluciones consistían principalmente en la eliminación de restos de antiguos elementos arbóreos subterráneos que aparecieron en la traza, la modificación del servicio de abastecimiento de aguas afectado que se desconocía, y la ejecución de nuevas partidas para solucionar los problemas de drenaje profundo que surgieron, todo lo cual suponía la realización de obras adicionales.

-La necesidad de variaciones de las mediciones de otras partidas (aprovechamiento firme existente, aumento volumen de terraplén, aumento volumen de zahorras, etc.), que por relación directa a las circunstancias acaecidas sufrirán un aumento.

-La previsible superación del porcentaje del 15% de los nuevos precios.

-Las modificaciones necesarias a realizar en esta obra resultan sustanciales.

En este punto, conviene recordar los supuestos legales de modificación de un contrato de obras, teniendo en cuenta que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), en su punto 33, con una farragosa redacción, permite la modificación del contrato en los casos del art. 203.2 LCSP, que en este caso sería el de la letra b), modificaciones no previstas en el pliego, cumpliendo las condiciones del art. 205.

Este art. 205, en su apartado 2, contempla tres supuestos independientes entre sí que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, y que resumidamente son los siguientes:

a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den conjuntamente los dos requisitos que indica.

Es copia auténtica de documento electrónico

b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato.

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales.

El decreto de 25 de julio de 2022 consideró improcedente el modificado por producir una alteración de la cuantía del contrato que excedía del 15% del precio inicial, lo que constituye supuesto legal del tipo de modificación que amplía de forma importante el ámbito del contrato, conforme al punto 3°(i) del art. 205.2.c), que a su vez se configura como presunción legal de modificación sustancial, como se desprende de la mención que dice que "en cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes", entre las que se encuentra ese porcentaje de incremento del precio.

Nótese que el informe del proyectista y director de obra de 18 de julio de 2022 que sirve de fundamento a ese decreto era respuesta al requerimiento formulado por el Jefe de Contratación (folio 1333), que expresamente preguntaba sobre si se requerían obras adicionales, la cuantía de la diferencia y, fundamentalmente, la naturaleza de la modificación.

Es cierto, como dice la Administración, que no le corresponde al Ingeniero redactor de un proyecto la interpretación de las normas jurídicas y sus efectos, tarea que se lleva a cabo por el Servicio administrativo que presta apoyo al órgano de contratación. Pero si ese órgano administrativo, tras la solicitud de modificación efectuada por el contratista, pregunta al técnico por esos tres extremos, que se corresponden básicamente con los supuestos de modificación a) y c) del art. 205.2, y propone a continuación la resolución contractual por imposibilidad de ejecución al no ser posible modificar el contrato con base en ninguna de ellas, cabe razonablemente entender que desde un principio se descartó que concurriese la causa b), aparición de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, quizá porque o bien se consideraba que esas circunstancias debieron ser previstas por una administración diligente (apartado b.1°) o bien alteraban la naturaleza global del contrato (apartado b.2°), o bien suponían un incremento de más del 50% del precio inicial (apartado b.3°).

Lo cierto es que tras ese decreto de 25 de julio se confiere traslado a XXXXX con fecha 08/11/2022 (folio 1361),

Es copia auténtica de documento electrónico

que presenta alegaciones en el único sentido de que reconsidere la posibilidad de tramitar el modificado, sin ningún tipo de informe técnico que sustentase tal petición o desvirtuase las conclusiones del informe que motivaba el decreto (folio 1370).

A la vista de ello, el Servicio de Contratación da traslado al proyectista con fecha 24/11/2022, a fin de que se pronuncie sobre tales alegaciones y, especialmente, por qué se consideraron esenciales las modificaciones (folio 1373).

Vaya por delante que las modificaciones eran esenciales porque se superaba el 15%, que como presunción legal de tal extremo establece el art. 205.2.c), punto 3°(i), y no se le preguntaba sobre la concurrencia de ningún otro supuesto.

A partir de ahí, las irregularidades descritas por la actora son patentes: se le requiere que manifieste si acepta un modificado que no conoce, sin siquiera haberse emitido el informe aclaratorio requerido al proyectista ni haberse observado el trámite de la modificación contractual.

Así, el referido informe se emite con fecha 9 de enero de 2023 (folio 1435), en el que el proyectista explica más pormenorizadamente las circunstancias sobrevenidas que ya fueron descritas en el anterior de 18 de julio de 2022.

Cabría preguntarse en qué medida la aparición de esos tocones de metro y medio de grosor, así como de servicios municipales de abastecimiento de aguas y de un nivel freático elevado en el trazado no podían haber sido previstos en la contratación por una Administración diligente, teniendo en cuenta que no sólo había que introducir esas nuevas unidades de obra para solventar esas nuevas contingencias, sino que, además, ello afectaba al volumen y medición de las partidas ya previstas en el contrato.

Poco añade a lo anterior el informe del proyectista director de 16 de enero de 2023 (folio 1435), que simplemente alude a que su intención era la de realizar un modificado con repercusión económica, que curiosamente fue lo que se le denegó a la actora, precisamente con base en su informe de 18 de julio, y que la no aceptación del modificado por importe superior al 20% es una situación que surge simultáneamente con la anterior.

Es copia auténtica de documento electrónico

CUARTO.- Se deduce del contexto descrito que, al margen de la aceptación del modificado por superar el 20% del precio y no resultar obligatorio para el contratista -conforme al art. 206 LCSP-, y de la supuesta extemporaneidad de las alegaciones de XXXXX -que no es tal por cuanto no consta esa publicación en el BOP que, sin duda por error, indicó el certificado del Secretario General de la corporación (folio 1364)-, lo que la actora discute certeramente es la procedencia del modificado por no darse el supuesto legal.

Así, ya se ha dicho que se descartó inicialmente tanto el de los apartados a) y c) del art. 205.2, y el que finalmente acoge el decreto de 3 de mayo de 2023, que es el del art. 205.2.b (circunstancias sobrevenidas e imprevisibles), no fue siquiera considerado por el Jefe del Servicio de Contratación ni cuando solicitó el informe inicial al proyectista ni cuando lo recibió, pese a que en ese informe de 18 de julio ya estaban claramente descritos los elementos que habían aparecido, que son los mismos que más detalladamente relacionó en el informe de 9 de enero de 2023.

Corolario de lo anterior es que no aparece suficientemente justificada la concurrencia del supuesto de modificación del art. 205.2.b), que supone un cambio de criterio respecto del que se siguió en el decreto de 25 de julio de 2022, sin encontrar apoyo en informes técnicos que claramente corroboren su procedencia, pues sustancialmente coinciden el de 9 de enero de 2023 y el de 18 de julio de 2022, que fue el que dio pie a denegar el reformado solicitado.

En tal sentido, no sólo sería discutible el requisito de la diligencia de la Administración en la previsión de tales circunstancias sobrevenidas, por más que se trate de excusar en que no fueron detectadas en el estudio geotécnico, lo que llama poderosamente la atención cuando hablamos de redes de abastecimiento que no se tuvieron en cuenta inicialmente.

Además de ello, la parte actora señala un dato de que permite entender que tampoco concurre el requisito de que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50% de su precio inicial, a la vista de la licitación convocada con el mismo objeto tras la resolución acordada, con base en la adenda al convenio de colaboración que obra al folio 1445, y que asciende a 3.458.589,92 € (2.858.338,78 € sin IVA), frente al precio del contrato inicial que era de 1.936.188,11 €

Es copia auténtica de documento electrónico

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

(1.600.155,46 €, sin IVA), que al menos constituye un indicio de que la modificación ofertada por el importe de 2.724.496 € (2.251.649,59 €, sin I.V.A, según resumen que obra al folio 1396), no recogía fielmente el importe real, por más que se quiera aludir a que se trata de nueva licitación que ha de actualizar precios.

Por lo demás, aunque el hecho de que se opte por esa causa novedosa y se valore la diferencia en más del 20% impide que se pueda aprobar el modificado sin la aceptación escrita del contratista, ello no significa, conforme a lo dicho más arriba, que no pueda impugnarse la concurrencia del supuesto legal de modificación con ocasión del recurso contra la resolución por la causa del art. 211.g).

Ese precepto permite la resolución por la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato. Pero lo que discute la actora no es simplemente que concurra la posibilidad de aceptar el modificado, sino directamente que se pueda modificar.

Finalmente, tampoco la previa aceptación escrita del art. 206 excepciona en modo alguno el procedimiento legal de modificación del contrato de obras del art. 242.4, que exige redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma, y audiencia del contratista y del redactor del proyecto.

En el caso de autos se pretende sustituir ese trámite por las insinuadas conversaciones entre contratista y dirección facultativa, por lo demás habituales en el devenir de una obra, sobre las vicisitudes de la ejecución material.

Por todo ello, se estima que concurre la causa de resolución del art. 211.g), pero en el inciso primero, esto es, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205, lo que debe dar lugar a la consiguiente indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, prevista en el art. 213.4 LCSP, por lo que se está en trance de estimar el recurso interpuesto.

Es copia auténtica de documento electrónico

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

QUINTO.- Dado que el recurso va a ser íntegramente estimado, procede imponer a la parte demandada el pago de las costas causadas, hasta el límite máximo de 800 €, por todos los conceptos, en atención a la complejidad e importancia de las cuestiones tratadas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 139.1 y 4 de la LJCA.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando como estimo íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX contra la actuación administrativa indicada en el fundamento primero, debo declarar y declaro la nulidad de la misma, acordando en su lugar la resolución del contrato por la causa prevista en la letra g) del artículo 211 LCSP, inciso primero, con la obligación de indemnizar a la actora con un 3% de la prestación dejada de realizar, con expresa imposición de costas a la parte demandada, hasta el límite máximo de 800 por todos los conceptos.

Llévese la presente resolución al Libro de Sentencias de este Juzgado, y únase certificación de la misma a los autos de su razón.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y que contra ella caber interponer recurso de apelación en este Juzgado, para ante la Sala de lo Contencioso-administrativo con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de quince días.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

Es copia auténtica de documento electrónico

Código:		Fecha	24/05/2024
Firmado Por			
URL de verificación		Página	11/11