



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **46/2017**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 24 de febrero de 2017, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Murcia, mediante oficio registrado el día 27 de diciembre de 2016, sobre resolución del contrato de reparación de las patologías existentes en el Aparcamiento de Abderramán II de Murcia (expte. **358/16**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 11 de marzo de 2015 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento consultante acuerda aprobar el proyecto técnico y el pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de las obras de "Reparación de las patologías existentes en el aparcamiento de Abderramán II de Murcia", que debe llevarse a efecto mediante procedimiento abierto, por un presupuesto máximo de licitación, IVA incluido, de 299.567,06 euros.

SEGUNDO.- Una vez tramitado el correspondiente procedimiento, ese mismo Órgano de gobierno adopta el 22 de julio de 2015 el acuerdo de adjudicar la ejecución de las obras referidas a la mercantil --, en la cantidad total de 168.953,99 euros, IVA incluido.

El contrato se formaliza el 29 de julio de ese mismo año.

TERCERO.- El 15 de enero de 2016 la Jefe de Servicio de Tráfico remite al Jefe de Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial una comunicación interior con la que adjunta el "Proyecto modificado técnico de reparación de las patologías existentes en el aparcamiento de Abderramán II de Murcia", que el Director de las obras le remitió, por medio de comunicación interior fechada el 15 de diciembre de 2015, para que se tramitara antes de que se iniciaran las obras.

En ella se explica que el proyecto aludido tenía por objeto que se repararan los daños que se han ocasionado en el interior del aparcamiento y que se modificara la terminación del jardín que hay en la superficie para evitar filtraciones de agua superficial. Para ello se prevé la instalación de una franja de pavimento duro alrededor de las rampas de acceso al parking y la sustitución del césped de las dos praderas que existen por césped artificial.

Sin embargo, se pone de manifiesto que, de los estudios que se han realizado con carácter previo al inicio de las obras, se deduce que el proyecto aprobado no contemplaba ninguna actuación en las zonas de albero y gravilla, que ocupan más del 70% de la superficie del jardín, cuando es el sitio por el que se produce casi el 50% de las filtraciones de agua superficial.

Por ese motivo, se considera que resulta necesario realizar actuaciones de rasanteo y formación de pendientes en esa zona para que se facilite el desagüe hacia las calles colindantes, que disponen de imbornales para la recogida de aguas, o hacia los nuevos sumideros que se han proyectado.

En el documento remitido se pone de manifiesto que el proyecto modificado no supondrá una alteración al alza en el importe económico de las obras contratadas, cuyo presupuesto de ejecución se mantiene en la cantidad ya citada de 299.567,06 euros.

También se expone que procede la elaboración de la modificación ya que se han detectado omisiones en el proyecto aprobado que impiden satisfacer las necesidades que se pretenden cubrir mediante el contrato, que consisten en reparar afecciones y paliar los futuros daños que se puedan producir a la estructura del aparcamiento.

De manera concreta, se expone que la modificación propuesta encuentra su justificación en lo que dispone el artículo 107.1,a) 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 (TRLCSP), que permite que se pueda efectuar si se justifica la *"inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas"*.

En la propuesta de modificación aparece estampada la firma del representante de la empresa adjudicataria de las obras, en señal de conformidad con la solicitud de tramitación.

CUARTO.- El siguiente día 27 de enero, el Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial solicita a la Jefe de Servicio de Tráfico que informe sobre si con la modificación propuesta se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato o si puede presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas, como se dispone en el artículo 107 TRLCSP.

QUINTO.- Con fecha 23 de febrero de 2016 la Responsable del contrato dirige una comunicación interior a la Jefa de Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial con la que adjunta un informe suscrito ese mismo día por ella misma, y por el Director de las obras y por el Jefe de la Oficina de Obras y Proyectos.

Exponen en ese documento que del estudio del proyecto primitivo y del proyecto modificado se deduce que el

ámbito de actuación permanece inalterado; que el objeto de proyecto sigue siendo el mismo, y que las actuaciones básicas a realizar son también idénticas, pero que el hecho diferencial radica en la metodología que se debe seguir en el desarrollo de las actuaciones básicas. Así, se explica que en el proyecto original se proyectaba, para suprimir el riego de las áreas ajardinadas que están situadas sobre el forjado del sótano, la sustitución del césped natural de la pradera por césped artificial pero que en el proyecto modificado se desplaza la superficie regable fuera del espacio sobre el forjado del sótano y se optimiza la red de drenaje superficial (pluviales). Además, crea un nuevo parterre en lo que en la actualidad es la zona de esparcimiento canino y transforma parterres de pradera en zonas de albero, juegos infantiles y una nueva zona de esparcimiento canino.

De acuerdo con ello, se informa de que el proyecto modificado contempla veintiún precios nuevos, por importe total de 27.053,72 euros, y que se elimina una partida de 35.765,95 euros correspondiente a césped artificial y otra de 9.013,10 euros, de modo que no provoca ningún incremento de presupuesto y el alcance presupuestario de los dos proyectos es el mismo.

Por último, se expresa que los técnicos firmantes desconocen si los cambios indicados *"alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato"* y que no son capaces de elucubrar sobre *"si, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas"*. Manifiestan su opinión de que dichas decisiones corresponden al órgano de contratación.

Más adelante, el 14 de abril de 2016, esos mismos ingenieros proponen en una comunicación interior la resolución del contrato actual para que se proceda a una nueva licitación.

SEXTO.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de 29 de abril de 2016 se inicia la tramitación del procedimiento de resolución del contrato referido, al amparo de lo establecido en los artículos 105.1 y 107.3,e) TRLCSP.

SÉPTIMO.- El 5 de mayo de 2016 se concede a la mercantil adjudicataria del contrato un plazo de diez días naturales para que pueda formular las alegaciones y aportar los documentos que estime pertinentes.

OCTAVO.- El 13 de mayo x, actuando en nombre y representación de --, presenta un escrito en el que manifiesta, en síntesis, que la modificación del contrato no introduce alteraciones significativas en las condiciones esenciales de la licitación y que entiende que no hubiera concurrido otra empresa si hubiera conocido los cambios que ahora se proponen y que, en cualquier caso, si ello se hubiera producido, su oferta no hubiera diferido mucho de las que propusieron las empresas que sí se presentaron.

De igual modo, advierte que los técnicos no han afirmado que deba resolverse el contrato como consecuencia de la modificación sino que se han limitado a expresar su duda sobre esa cuestión, ya que es de naturaleza jurídica y no técnica. Por último, considera improcedente que se acuerde la resolución del contrato y anuncia que formulará una reclamación de los daños y perjuicios que se le irroguen en el supuesto de que ello se produzca.

De conformidad con lo expuesto, solicita que se proceda al archivo del procedimiento de resolución.

NOVENO.- Con fecha 14 de junio de 2016 el Departamento de Ingeniería Civil emite un informe acerca de las alegaciones formuladas por el representante de la contratista en el que reitera los argumentos que ya han quedado expuestos.

DÉCIMO.- La Junta de Gobierno del Ayuntamiento acuerda el 14 de octubre de 2016 declarar la caducidad del procedimiento de resolución, al haber transcurrido el plazo de tres meses previsto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) sin haber notificado la resolución del mismo.

De igual modo, resuelve iniciar un procedimiento de resolución del referido contrato así como conceder a la adjudicataria un nuevo plazo para formular alegaciones y aportar los documentos que considere pertinentes.

UNDÉCIMO.- El representante de la empresa contratista presenta un nuevo escrito de alegaciones el 28 de octubre en el que se ratifica, en cuanto al fondo, en las alegaciones que ya presentó en el anterior expediente y en el que solicita que se proceda al archivo del nuevo procedimiento de resolución contractual.

DUODÉCIMO.- El 8 de noviembre de 2016 la Jefe de Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial solicita a la Directora de los Servicios Jurídicos que se elabore un informe de esa naturaleza, de conformidad con lo establecido en el artículo 211.2 TRLCSP.

El informe requerido se emite el 21 de noviembre de 2016 y en él se pone de manifiesto que no concurren las condiciones previstas en los apartados a), b), c) y d) del artículo 107.3 TRLCSP para entender que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato.

Por lo tanto, la autora del informe se centra en determinar si concurre la causa prevista en el apartado e) de dicho precepto. A tal efecto, recuerda que en la cláusula 3.2 del pliego de condiciones se hacía constar que en el proyecto técnico se consignaba el cuadro de precios que descomponían al detalle los que integraban el presupuesto de las obras objeto del contrato. También apunta que el informe emitido por los técnicos puso de manifiesto la existencia de unas diferencias que suponen 21 precios nuevos en determinados capítulos así como la eliminación de varias partidas.

Por consiguiente, se considera que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato puesto que se produce el supuesto de hecho contemplado en el artículo 107.3,e) TRLCSP.

Como consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 TRLCSP, se concluye que debe procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de una nueva licitación, puesto que se da la causa prevista en el artículo 223,g) TRLCSP, es decir, *"La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I"*.

Por último, se recuerda que, en atención a lo establecido en el artículo 225.5 TRLCSP, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar.

DECIMOTERCERO.- El 21 de diciembre de 2016 se formula propuesta de resolución de que se desestimen las alegaciones presentadas por la mercantil adjudicataria, se declare resuelto el contrato citado y se reconozca la obligación de indemnizarle en la cantidad de 4.188,94 euros.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 23 de diciembre, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento consultante acuerda suspender, de conformidad con el artículo 22.1,d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC 2015), el plazo máximo legal para resolver el procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición de informe a este Órgano consultivo y la recepción del mismo.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el 27 de diciembre de 2016.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, puesto que trata de una propuesta de resolución de un contrato administrativo sobre la que se ha formulado oposición por parte de la empresa contratista, de conformidad con lo establecido en el artículo 211.3,a) TRLCSP y en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento y plazo.

I. El procedimiento ha seguido, en lo esencial, lo establecido por los artículos 211 TRLCSP y 109 RCAP, de forma que se ha conferido audiencia a la mercantil adjudicataria y se ha recabado el informe del Servicio Jurídico del órgano de contratación. La solicitud del presente Dictamen persigue cumplimentar la preceptiva intervención de este Consejo Jurídico en el procedimiento, una vez que la contratista ha manifestado su oposición a la resolución del contrato (art. 211.3,a) TRLCSP).

II. Por lo que se refiere al requisito temporal, la Disposición Final tercera TRLCSP dispone que los

procedimientos regulados por ella se regirán subsidiariamente, en lo que no prevea, por los preceptos contenidos en la LPAC. El artículo 42.3 de dicha Ley -ya derogada- establece que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses, de modo que ese el período de duración más prolongada en el que se debe adoptar la resolución del procedimiento y notificarla a los interesados.

En el caso que nos ocupa, el acuerdo de iniciación de un nuevo procedimiento de resolución del contrato se adoptó por la Junta de Gobierno municipal el 14 de octubre de 2016, de modo que, en principio, el plazo de tramitación vencería el 14 de enero de 2017, puesto que los plazos fijados en meses se cuentan de fecha a fecha e incluyen todos los días naturales. Una vez transcurrido el plazo máximo de duración de un procedimiento iniciado de oficio sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se produce como efecto la caducidad del procedimiento y el archivo del expediente.

No obstante, en la presente ocasión la Junta de Gobierno acordó el 23 de diciembre de 2016 suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento, por el tiempo que medie entre la petición de informe a este Órgano consultivo y la recepción de dicho informe, en virtud de lo que dispone el artículo 22.1,d) LPAC 2015.

De ese modo, el plazo quedó suspendido por un período máximo de tres meses en la fecha de salida del escrito de solicitud del presente Dictamen, es decir, el 27 de diciembre de 2016, cuando restaban 19 días naturales para que se produjera el vencimiento de tal plazo, y ese número de días es el mismo de que dispondrá la Administración municipal, después de que reciba el presente Dictamen, para adoptar la resolución que proceda y notificarla a la contratista, so pena de que el procedimiento incurra en causa de caducidad.

TERCERA.- Planteamiento general acerca del régimen de modificación de los contratos.

I. Como resulta conocido, la Administración ha gozado de manera tradicional en el ámbito de la contratación pública de la potestad de modificar unilateralmente (*ius variandi*) los elementos integrantes de los contratos en los que era parte, siempre que ello se debiese a causas imprevistas, con la finalidad de salvaguardar el interés público o de garantizar el correcto funcionamiento del servicio público.

La jurisprudencia ha caracterizado a esta prerrogativa como una potestad constitutiva de un acto de poder público de naturaleza extracontractual que reviste un acusado carácter finalista, pues posibilita adaptar los contratos a las nuevas vicisitudes que puedan producirse durante su ejecución, con vistas a la salvaguarda del interés público. La presencia de ese elemento teleológico tan acusado es la que permitió con carácter general que en este tipo de contratos el principio general de inmutabilidad del contrato (*ne varietur*), imperante en el orden civil, se transformase en la regla de la invariabilidad del fin o del servicio público.

A pesar de ello, el ejercicio de esta prerrogativa se encuentra sometido por la ley a importantes requisitos de forma y de fondo que encuentran su razón de ser en la salvaguarda del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación pública, como tuvo ocasión de señalar el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 79/1993, entre otros muchos.

Por lo tanto, la modificación de los contratos debe tener un carácter excepcional (por todos el Dictamen del

Consejo de Estado núm. 1508/1993), "*pues de lo contrario se encubrirían contrataciones que no observaran los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores de la contratación pública*" (Dictamen de ese Alto Cuerpo consultivo núm. 3371/1996).

Por otro lado, recuerda el Tribunal Supremo que el *ius variandi* no es una facultad discrecional o indiscriminada de la Administración, que ésta pueda ejercitar a su libre albedrío, sino que se trata de una facultad reglada, y de carácter excepcional, cuyo ejercicio queda subordinado a la concurrencia de las circunstancias previstas legalmente, cuando la prevalencia del interés público exija su ejercicio (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1980, 11 de abril de 1984 y 24 de septiembre de 1991, entre otras).

II. De acuerdo con ello, se establece actualmente en el artículo 219.1 TRLCSP que los contratos administrativos sólo pueden ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I (arts. 105 a 108) del propio texto refundido. Como se ha adelantado ya, la prerrogativa de modificación se encuentra sujeta a limitaciones de carácter material y formal que la convierten en una potestad de ejercicio reglado.

El primero de los artículos mencionados, esto es, el 105 TRLCSP, dispone que los contratos del sector público sólo se pueden modificar cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107 siguiente.

De conformidad con lo expuesto, se advierte que se exige como primer requisito para que se pueda plantear la modificación de un contrato que se justifique por razones de interés público y, como segundo, que: a) se haya previsto esa posibilidad expresamente en los pliegos o en el anuncio de licitación, o b) que se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 107 TRLCAP.

III. Precisamente, en el caso de que aquí se trata no se previene en el pliego de cláusulas administrativas particulares (Cláusula 14.8) -ni en el anuncio de licitación- ninguna posible modificación del contrato sino que, de forma innecesaria, se remite a los supuestos recogidos en el citado artículo 107, es decir, a los regulados en el texto refundido de la Ley, que son los siguientes:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

Como no se dice claramente en la Ley, en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación del Estado de 1 de marzo de 2012 se ofrece la interpretación de que la "*La diligencia exigida en el caso de modificaciones*

producidas por las circunstancias contenidas dentro de este precepto, es la misma que la que se exige en el caso de que se trate de modificaciones de un contrato público vinculadas a errores u omisiones del proyecto, por lo que, aunque no conste así de forma expresa dentro de este subapartado o letra a), la referencia a esta diligencia contenida dentro de la letra b) del mismo precepto, se puede hacer extensiva y aplicable al primer subapartado".

De conformidad con lo expuesto, se requiere que los errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas obedezcan a causas que no resultaban previsibles antes de su elaboración, aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional.

En este sentido, ya decía el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 45176/1983 que *"Toda variación debe, además ser excepcional, porque los proyectos iniciales, salvo casos muy especiales, deben ya contener todos los cálculos y precisiones necesarios para que la obra pueda ejecutarse tal y como en aquellos figure proyectada"*. En el núm. 45238/1983 ponía de manifiesto asimismo que *"De ahí que el ius variandi se configure con carácter restringido y para supuestos precisos que deben ser justificados con algo más que afirmar que las variaciones obedecen a causas imprevistas a la hora de redactar el proyecto"*. Y en el núm. 50688/1987 destacaba que *"El carácter limitativo del ius variandi tiene como finalidad evitar la vulneración del principio de concurrencia así como la posible ocultación de defectos de previsión o errores en los proyectos originarios"*. En términos muy similares se pronuncian los Dictámenes núms. 1401/1992 y 79/1993 -al que ya se hizo alusión-, entre otros muchos.

De igual modo, este Consejo Jurídico consultivo ha venido advirtiendo de manera reiterada (por ejemplo, en los Dictámenes núms. 85/2001, 175/2005 y 70/2007) que la legislación sobre contratación pública sólo ampara como causas de modificación aquellas que resultan imprevisiones para el proyecto inicial, que no se pueden confundir, por tanto, con defectos, con meras imprevisiones o con simples errores del proyecto.

Lo que se acaba de exponer determina, en consecuencia, que sólo si el error no es imputable al propio funcionamiento de la Administración, es decir, si el proyecto se elaboró de manera diligente y atendía a todas las circunstancias que pudieran entorse en ese momento inicial, resultaría admisible la modificación del contrato.

Otros supuestos de modificación legal que se recogen en el artículo 107 TRLCSP son los siguientes:

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

IV. En cualquier caso, y aunque se justifique cumplidamente la concurrencia de alguna de esas causas de modificación de los contratos establecidas en el apartado 1 del artículo 107, el siguiente apartado 2 impone la necesidad de que ese cambio no altere las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Por lo tanto, cualquier modificación que se pretenda de un contrato encuentra como límite infranqueable la necesidad de que no afecte a sus condiciones esenciales.

Ya en su temprano informe 43/2008, de 28 de julio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado puso de manifiesto que la expresión "condiciones esenciales del contrato" constituye un concepto jurídico indeterminado cuya concreción resulta difícil de hacer, y añadió que *"debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato"*.

De acuerdo con las sugerencias que se formulan en ese informe y de la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha realizado acerca de la expresión "condición esencial del contrato", la Disposición Final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), modificó el articulado de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (mediante la introducción de un nuevo artículo 92 quáter), e incluyó una relación de los supuestos en los que debía presumirse que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación. En el preámbulo de la LES se decía expresamente que *"... se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea..."*.

Como reconoce abiertamente la doctrina, el legislador no atribuye a esta lista un carácter restringido o limitado (que no reviste, por lo tanto, la condición de *numerus clausus*) sino que parte del reconocimiento de que la alteración de las que considera "condiciones esenciales" pudiera producirse de otra forma que él no hubiera contemplado.

En cualquier caso, esos supuestos legalmente previstos se encuentran recogidos actualmente en el art. 107.3 del texto refundido, y son los siguientes:

- a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
- b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
- c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
- d) Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de

adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

Finalmente, el precepto integra un último apartado e) que se refiere a cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

Nuestra atención se debe centrar, de acuerdo con lo que se ha expuesto en los Antecedentes de este Dictamen, en este último supuesto, que integra un concepto de carácter general que funciona, a su vez, como cláusula de cierre del sistema. Como puso de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación del Estado en el informe citado, en estos casos resulta *"preciso hacer un juicio de carácter subjetivo acerca de cuál habría sido el comportamiento de los licitadores de haber conocido la modificación contractual"*.

V. Para llevar a cabo esa labor interpretativa se debe recordar que el requisito de no afectar a las condiciones esenciales del contrato nació de la jurisprudencia comunitaria y, más concretamente, de la sentencia del TJUE, de 29 de abril de 2004 (CAS *Succhi di Frutta*/Comisión).

En esa resolución manifiesta el citado órgano jurisdiccional, de acuerdo con su propia jurisprudencia, que en materia de contratación pública la entidad adjudicadora está obligada a respetar los principios de igualdad de trato entre los licitadores, no discriminación y transparencia -que se establecen en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y en los artículos concordantes de los tratados constitutivos- con la finalidad de garantizar que no exista riesgo de favoritismo y de arbitrariedad. Y de ello deduce que *"la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente"*.

Cabe añadir ahora que la noción "condición esencial del contrato" también fue tratada por el TJUE con ocasión del caso que resolvió en su sentencia de 19 de junio de 2008 (*Nachrichtenagentur*). En el curso de su tramitación, la Abogada General Sra. Kokkot pudo explicar en sus conclusiones, presentadas el 13 de marzo anterior, que *"no todas las modificaciones de menor entidad sobre contratos públicos de servicios precisan de un procedimiento previo de adjudicación. Sólo las modificaciones esenciales del contrato, que sean capaces, en el caso concreto, de falsear la competencia en el mercado de que se trate y de dar preferencia a los contratistas del adjudicador público frente a otros posibles prestadores de servicios justifican la realización de un nuevo procedimiento de adjudicación"*.

Y también, que *"hay que presumir la existencia de una modificación esencial siempre que no quepa excluir que las condiciones originales, menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación por un contrato público, o que, a la vista de las nuevas condiciones contractuales podrían estar ahora interesados en la licitación, o que con las nuevas condiciones podría haberse hecho con el contrato un licitante que en su día no lo consiguió"*.

En este mismo sentido, en el *Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE*, de 27 de enero de 2011, se explica que *"Según la jurisprudencia del TJE, la modificación de las disposiciones de un contrato público durante la validez de éste exige un nuevo procedimiento de adjudicación, si introduce diferencias sustanciales con respecto al contrato original."*

El TJE ha dado ya algunas indicaciones sobre qué modificaciones deben considerarse sustanciales. En concreto, se considera que lo son cuando introducen condiciones que habrían permitido la participación de otros licitadores o la selección de otras ofertas, si amplían el contrato en gran medida o si modifican su equilibrio económico". En relación con ello se citan además las sentencias del TJUE de 5 de octubre de 2000 (Comisión/Francia) y de 13 de abril de 2010 (Wall AG).

De lo que se acaba de exponer se extrae la conclusión de que en la jurisprudencia comunitaria se ha consagrado el principio rector de que los contratos públicos, como cualquier negocio jurídico de esa naturaleza, se debe cumplir en sus propios términos (según los aforismos latinos *pacta sunt servanda* y *contractus lex inter partes*, acogidos en el Derecho español en los artículos 1089, 1091 y 1258 del Código Civil) y que la posibilidad de que se modifiquen los elementos del contrato en vigor debe considerarse absolutamente excepcional, de manera que cuando no resulte procedente que el contrato continúe en vigor se deberá resolver, convocar una nueva licitación y adjudicar uno nuevo. Por lo tanto, sólo resultará lícito efectuar una modificación contractual cuando no se alteren las condiciones esenciales que sirvieron de base a la contratación.

Si nos centramos en esa última posibilidad, que es precisamente la prevista con carácter general en la letra e) del artículo 107.3 TRLCSP, se debe resaltar que en los tres casos analizados en las sentencias CAS *Succhi di Frutta*, *Nachrichtenagentur* y *Wall AG* se pudo apreciar sin dificultad que las modificaciones de los contratos que se proponían alteraban las condiciones esenciales en las que se había producido la licitación.

Así, en el primer caso, la sentencia del TJUE calificó como condición importante de la licitación la *"relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse"*.

Ese mismo supuesto de hecho es precisamente el que dio pie a la emisión del Informe 4/2012, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el que consideró que no resultaba posible llevar a cabo la modificación que se pretendía puesto que afectaba de manera evidente a una de las condiciones esenciales del contrato.

Se trataba en esa ocasión de un contrato en el que el precio a abonar en especie constituía el 37% del precio total, y que ascendía a la importante cantidad casi un millón y medio de euros. A juicio de la Junta Consultiva, las propias circunstancias del contrato pactado *"revelan que la forma de pago fue un aspecto decisivo de la licitación, ya que cualquier empresario interesado en ella debió valorar que la financiación de una gran parte de la obra la asumía directamente, quedando a expensas de la transmisión del inmueble municipal por parte del Ayuntamiento y a su posterior venta o puesta en valor para resarcirse de la inversión. Esta opción tenía frente al pago en efectivo unos riesgos como se aprecia de forma clara e inequívoca en este caso, y obviamente los mismos condicionaron las ofertas presentadas por los licitadores. Por lo tanto no es posible la modificación pretendida, por afectar de manera evidente a una condición esencial del contrato"*.

En la segunda ocasión, analizada con ocasión de la sentencia *Nachrichtenagentur*, el TJUE consideró que se

producía una alteración sustancial porque se ampliaba el objeto del contrato, en gran medida, a prestaciones que inicialmente no estaban previstas.

Por otra parte, en el último caso, que se trató en la sentencia *Wall AG*, se apuntó que no resultaba posible admitir un cambio en la persona de un subcontratista cuando esa circunstancia había supuesto un elemento determinante de la adjudicación del contrato.

De igual modo, en la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 5 de febrero de 2008 se consideraron esenciales *"el objeto de los trabajos o de los servicios a prestar por el adjudicatario o el canon impuesto a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario"*.

CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.

Como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, se inicia el procedimiento de resolución del contrato referido porque los Servicios municipales consideran que no procede que se acuerde su modificación, ya que entienden que se alterarían en ese caso las condiciones esenciales del contrato.

De manera específica, estiman que se está en presencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 107.3,e) TRLCSP, dado que puede presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes de las que efectivamente formularon. Consideran que se alterarían, por tanto, las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y que se incumpliría de plano el requisito legal dispuesto en el artículo 107.2 TRLCSP.

En esa situación, en la que no resultaría procedente modificar el contrato formalizado, sólo sería posible -como se propone- acordar su resolución (ex art. 223,g) TRLCSP), convocar una nueva licitación y adjudicar un nuevo contrato.

Sin embargo, el análisis del presente procedimiento de resolución induce a este Consejo Jurídico a entender que no se produce ninguna alteración de las condiciones esenciales que se han mencionado que hubiera impedido llevar a efecto la modificación del contrato que se pretendía inicialmente.

Así, en el informe realizado colegiadamente el 23 de febrero de 2016 por la Responsable del contrato, por el Director de las obras y por el Jefe de la Oficina de Obras y Proyectos (Antecedente quinto de este Dictamen) se explica que del estudio del proyecto primitivo y del proyecto modificado se deduce que el ámbito de actuación permanece inalterado; que el objeto de proyecto sigue siendo el mismo, es decir, la reparación de las patologías existentes en el aparcamiento, y que las actuaciones básicas a realizar son también idénticas, pues comprenden actuaciones externas, tendentes a suprimir el riego de las áreas ajardinadas situadas sobre el forjado del sótano, e internas, dirigidas a conseguir la reparación de los pavimentos y de los elementos estructurales. Asimismo, se apunta que la repercusión presupuestaria de ambos proyectos es la misma y que el proyecto modificado no genera ningún incremento del presupuesto.

Como consecuencia de ello, cabe advertir que no se producía ningún supuesto de alteración de las condiciones del contrato que se contemplan expresamente en el artículo 107.3, letras a) a d), es decir, que no se daba ninguna de las causas legales que hubiera determinado que no resultara posible llevar cabo una modificación contractual.

De ese modo, no se variaba sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada (apartado a); no se alteraba la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como quedó definida por las condiciones de la adjudicación (apartado b); no se modificaban los requisitos de solvencia exigidos a los licitadores (apartado c), ni las modificaciones del contrato igualaban o excedían, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato, que permanecía inalterado (apartado d). Así se considera, además, en el informe del Servicio Jurídico del Ayuntamiento de 21 de noviembre de 2016 (Antecedente duodécimo de este Dictamen).

Lo que sí se alteraba en este caso era el alcance de las obras que debían realizarse (que integraban particularmente las actuaciones externas a las que se ha hecho alusión) hasta el punto de que se tenían que desarrollar unas intervenciones materiales distintas de las que inicialmente se contemplaban, lo que obedecía precisamente a la necesidad de modificar el proyecto inicial, que es lo que se pretendió en un primer momento.

Ello suponía que, a la luz de las nuevas mediciones realizadas, se tuvieran que modificar los precios unitarios que sirvieron de base para la cuantificación de los diferentes capítulos que conformaban el presupuesto de ejecución de la obra y que se suprimiesen ciertas partidas presupuestarias. Y se debe destacar que es cierto que esos precios iniciales pudieron servir de base, sin duda, para que los licitadores realizasen sus ofertas.

Lo que no se puede considerar, sin embargo, es que con ello se produjera una modificación sustancial de los términos del contrato que revistiera tal entidad, por sí sola, como para permitir -si se hubiera contemplado en la licitación inicial- que otros licitadores se hubieran presentado o que los que lo hicieron hubieran formulado unas proposiciones sustancialmente diferentes y, se debe entender, más ventajosas para que se les hubiera adjudicado la contratación. Es decir, no se entiende que se produjera la causa genérica prevista en la letra e) del artículo 107.3 TRLCSP.

O dicho de otra forma, que no cabe entender que en la licitación inicial se hubieran impuesto unas condiciones o establecido unas exigencias, menos favorables que las que luego se fijaron, que pudieran haber disuadido de presentarse a posibles licitadores, ni que las nuevas condiciones que se establecían les hicieran pensar que podrían estar ahora interesados en concurrir a la licitación o que indujeran a considerar, a los que sí lo hicieron, que podrían presentar ahora una oferta sustancialmente distinta de la que realizaron en su día.

Como se ha explicado, el proyecto modificado suponía la alteración de ciertas unidades de obra -y la supresión de algunas partidas presupuestarias- que provocaba la obtención de nuevos precios unitarios y que permitían concretar el presupuesto de la misma. Es evidente que la plasmación de esos precios en cualquier proyecto facilita a los posibles licitadores una información relevante con vistas a realizar su oferta, pero no es menos cierto que no integran el contenido del contrato por lo que tampoco se pueden erigir en elementos esenciales del mismo.

Como ya se ha dicho, con la modificación que se proponía no se alteraba ni el precio de licitación, ni el objeto de

la prestación de manera significativa ni la relación que existía entre la prestación contratada y el precio de adjudicación, ni introducía en el contrato elementos de alguna clase tan diferentes que pudieran ser tildados de cambios sustanciales, que hubieran inducido a los posibles licitadores a adoptar un comportamiento distinto del que siguieron.

De lo que se ha expuesto se infiere que no se producía ninguna alteración de las condiciones esenciales de la licitación y de la adjudicación y que no se vulneraban los principios de libre concurrencia y de buena fe que deben presidir la contratación pública. Lejos de ello, cabe entender que las alteraciones de los precios unitarios operadas constituían *"variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria"*, que menciona el artículo 107.2 TRLCSP para que se pueda acordar una modificación contractual.

Así pues, se considera que no concurre la causa de resolución del contrato a la que se ha hecho mención, por lo que debiera ponerse fin al presente procedimiento e incoar uno nuevo de modificación contractual, que este Consejo Jurídico considera factible. En él se debieran justificar las razones de interés público que pudieran concurrir, acreditar el hecho de que la modificación pretendida obedece a causas que no resultaban previsibles antes de la elaboración del proyecto o de la redacción de las especificaciones técnicas, y cumplimentar los requisitos procedimentales previstos en los artículos 234 y 211 TRLCSP.

Además, se advierte que no resultaría necesario recabar entonces el dictamen de este Órgano consultivo puesto que esa modificación no superaría los requisitos cuantitativos (una cuantía superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros) que, a tal efecto, se contemplan en el apartado 3.b) del último precepto citado.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución de que se declare resuelto el contrato referido por entender este Consejo Jurídico que sí resultaba posible modificarlo conforme a lo dispuesto en el título V del libro I 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.

No obstante, V.E. resolverá.