



Dictamen nº **245/2021**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 25 de octubre de 2021, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Transparencia, Participación y Administración Pública (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 8 de septiembre de 2021 (COMINTER 256642_2021_09_07-10_06), sobre resolución del contrato de servicios de un Arquitecto Técnico o Ingeniero de Edificación para la obra Reforma y ampliación del edificio del Parque de bomberos de Mula del Consorcio de Extinción de Incendios y Salvamento de la CARM (exp. 2021_256), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO. - Con fecha 17 de febrero de 2021, se firma contrato administrativo "Contrato de Servicios Lote 2: Servicio de un Arquitecto Técnico o Ingeniero de Edificación para la Dirección Técnica, la Redacción del Estudio de Seguridad y Salud, aprobación del Plan de Seguridad y Salud y Coordinación de Seguridad y Salud de la Obra "Reforma y Ampliación del Edificio destinado al Parque de Bomberos de Mula del Consorcio de Extinción de Incendios y Salvamento de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia", entre el citado Consorcio y la mercantil "Ingeniería para el Desarrollo Urbano Sostenible, S.L.", (en adelante el contratista).

La cláusula Tercera de dicho contrato indica que *"El plazo de ejecución del contrato será: Para la redacción del Estudio de Seguridad y Salud será de 15 días naturales, desde el siguiente al de la formalización del contrato"*. Igual previsión se contiene en la Memoria Justificativa del contrato y en el "Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares" (PCAP).

La cláusula 19 del PCAP, sobre las causas de resolución del contrato indica:

"Serán causas de resolución del contrato, las establecidas en los artículos 211 y 313 de la LCSP."

La resolución contractual se tramitará con arreglo al procedimiento detallado en el artículo 109 y siguientes del RGLCAP en el plazo de seis meses contados desde la fecha de incoación del procedimiento de resolución y producirá los efectos señalados en los artículos 213 y 313 de la LCSP. En los contratos que tengan por objeto la elaboración de un proyecto de obras serán también de aplicación las causas de resolución del artículo 314 de la LCSP con los efectos previstos en artículo 315 LCSP.

Además el contrato podrá ser resuelto por el Órgano de contratación cuando se produzcan incumplimiento del plazo total o de los plazos parciales fijados para la ejecución del contrato que haga presumiblemente razonable la imposibilidad de cumplir el plazo total, siempre que el Órgano de contratación no opte por la imposición de las penalidades señaladas en el artículo 193 de la LCSP. Asimismo serán causas de resolución del contrato al amparo del artículo 211 f) de la LCSP las establecidas como obligaciones esenciales por el órgano de contratación

y que se prevean en el apartado O del Anexo I como tales..."; no estableciéndose el plazo de ejecución como esencial en dicho apartado del Anexo.

SEGUNDO. – Con fecha 21 de abril de 2021, el Jefe de Área Técnico-Operativa del Consorcio emite informe en el que indica:

"Se ha detectado un error en la redacción del Apartado 5, lote 2, de la memoria de contratación de la redacción del Estudio de Seguridad y Salud de las obras de reforma y ampliación del Parque de Bomberos de Mula, así como en el apartado F primer párrafo del lote 2, del Pliego de Cláusulas Administrativas. Asimismo, en la cláusula TERCERA del Contrato (Plazo de ejecución) primer apartado, donde en los tres documentos pone "el plazo de ejecución del contrato será para la redacción del Estudio de Seguridad y Salud de 15 días naturales, desde el siguiente al de la formalización del contrato" y debe de poner "El plazo de ejecución del contrato será, para la redacción del Estudio de Seguridad y Salud de 15 días naturales, desde la entrega de Proyecto Básico y de Ejecución".

Por todo lo anterior se hace imposible el cumplimiento del objeto del contrato, del LOTE 2 por parte del adjudicatario en las condiciones pactadas".

TERCERO. – Con fecha 11 de mayo de 2021, la Secretaría Interventora del Consorcio emite informe en el que concluye:

"En opinión de la funcionaria que suscribe, la Presidencia del Consorcio, con fundamento en el artículo 211 de la LCSP, podrá incoar procedimiento de resolución del contrato.

Una vez resuelto el contrato previa adopción de las medidas cautelares que sean precisas podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución.

Si se opta por la resolución del contrato, deberán seguirse los trámites referidos en el fundamento de derecho cuarto de este informe".

CUARTO. – Con fecha 11 de mayo de 2021, por el Vicepresidente 1º del Consorcio (por delegación de la Consejería de Transparencia, Participación y Administración Pública) se resuelve iniciar expediente de Resolución de contrato, de conformidad con el artículo 211.1 d) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), y otorgarle al contratista el plazo de 10 días para alegaciones, al detectar la existencia de la causa de incumplimiento, que se concreta en la imposibilidad de ejecutar la prestación (inicio del plazo de ejecución de la Redacción del Estudio de Seguridad y Salud) en los términos inicialmente pactados, a la luz de lo dispuesto en los artículos 211.1 g) y 212.4 de la LCSP.

QUINTO. – Con fecha 21 de mayo de 2021, la contratista presenta escrito de alegaciones, oponiéndose a la resolución del contrato, en síntesis, por las siguientes razones:

1º. Que lo que procedería es una corrección de errores, conforme al artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), puesto que es obvio que el Estudio de Seguridad y Salud no se puede redactar sin la previa existencia del Proyecto Básico y de Ejecución del cual es accesorio, y no puede iniciarse desde la firma del contrato si en ese momento no se dispone del mencionado Proyecto Básico y de Ejecución.

La propia naturaleza de la prestación hace que solo pueda entenderse que puede iniciarse el plazo para su ejecución, es decir para la Redacción del Estudio de Seguridad y Salud, a partir de la entrega del Proyecto Básico y de Ejecución al cual viene referido. Sin él no es posible su preparación, por lo que nos encontramos ante un simple error de redacción, que no ha confundido a nadie, pues no se han planteado aclaraciones o consultas por parte de los doce licitadores que concurrieron, pues de haberse realizado, hubiera sido entonces y no ahora cuando se deberían de haber corregido.

Este error que ahora se puede subsanar no afecta ni altera en modo alguno las condiciones para la ejecución del contrato. Por lo tanto, la subsanación del error apreciado no imposibilita la ejecución del contrato y mucho menos

motiva su resolución.

2º. No estamos ante ninguno de los supuestos que motivan el artículo 1283 del citado código civil que señala que cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre las que los interesados se propusieron contratar. Y está claro que el propósito de la Administración fue encargarnos la redacción del Estudio de Seguridad y Salud. De la misma manera que lo está también el hecho de que no puede redactarse sin que se nos ponga a disposición el Proyecto Básico y de Ejecución. No es precisa ninguna operación de valoración jurídica que es el límite que nuestro Tribunal Supremo, en reiterada doctrina, fija a la rectificación de errores.

En esta línea interpretativa del contrato conforme a los principios de buena fe y confianza legítima en la Administración ha de señalarse que tal y como determina también el artículo 1282 del código civil, deberá atenderse, para interpretar la intención de los contratantes, principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores del contrato. Para la ampliación y reforma del Parque de Bomberos de Mula, esta parte ha de recibir de la Administración el Proyecto Básico y de Ejecución para, atendiendo al mismo, poder redactar el Estudio de Seguridad y Salud.

3º. El contrato que suscribimos no adolece de ningún vicio o defecto que lo avoque a declarar su nulidad e invalidez. Contrariamente a lo que resuelve el órgano de contratación, dispone de todos los elementos necesarios para poder desplegar plenamente sus efectos. Desde luego la causa que cita para iniciar el expediente de nulidad, "la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista" citando el artículo 210.1, d) de la LCSP no ha tenido lugar, pues, como expresamente señala el Responsable del Contrato, los 15 días para que esta parte redacte el Estudio de Seguridad y Salud deben computarse desde que se entregue el Proyecto Básico y de ejecución y no desde la firma del contrato, hecho que aún no ha ocurrido, puesto que a esta parte no se le ha entregado dicho Proyecto.

SEXTO. – Con fecha 30 de julio de 2021, se elabora propuesta de resolución, del Gerente al Presidente del Consorcio, para que acuerde la resolución del contrato referido, sin que proceda incautar garantía alguna, ni indemnizar al contratista por los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiere realizado, ya que en el presente supuesto no se ha realizado prestación alguna, puesto que el contratista, por causa no imputable a él, no puede realizar el objeto del contrato, en los términos inicialmente pactados, no siendo posible el cumplimiento de la cláusula tercera del contrato "Redacción del Estudio de Seguridad y Salud", desde el día siguiente al de la formalización del contrato, sino que debería decir "desde el día de la entrega del Proyecto básico y de ejecución".

SÉPTIMO. - En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA. - Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento en el que se pretende declarar la resolución de un contrato administrativo suscrito por una entidad local de esta Comunidad Autónoma habiendo formulado el contratista su oposición a la propuesta municipal.

Con la referida oposición del contratista concurre el supuesto establecido en el artículo 190.3, a) LCSP, precepto adjetivo aplicable al procedimiento que nos ocupa por estar vigente en la fecha de su iniciación (como ha señalado este Consejo Jurídico en anteriores y numerosos Dictámenes, vgr. el nº 150/2014, de 26 de mayo, o el nº 253/2018, de 1 de octubre). La preceptividad del Dictamen se deriva, asimismo, del artículo 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Lo anterior justifica que el presente Dictamen se centre, esencialmente, en la procedencia o no de acordar la resolución del contrato por incumplimiento no culpable del contratista, ante la imposibilidad de cumplimiento.

SEGUNDA. - Régimen jurídico aplicable, procedimiento y plazo máximo de resolución del procedimiento.

I. Como hemos reiterado en numerosos Dictámenes (por todos, el nº 150/2014, de 26 de mayo), el régimen sustantivo aplicable a la resolución de un contrato administrativo es el vigente en la fecha de su adjudicación, mientras que el régimen adjetivo o sobre procedimiento es el vigente en la fecha de iniciación de éste. Por tanto, en el presente caso, en ambos aspectos es aplicable LCSP y el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP) aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre.

II. En cuanto a la tramitación realizada a los fines de declarar la resolución del contrato, no hay objeción sustancial que señalar, pues se han emitido los informes preceptivos y otorgado a los interesados el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, en el cual han podido obtener copia de los documentos que estimasen oportunos y han alegado lo conveniente en defensa de sus intereses.

III. La vigencia de la nueva LCSP -desde el 9 de marzo de 2018- al momento en que se acuerda incoar el procedimiento de resolución, el 11 de mayo de 2021, hace que le sea aplicable la regla contenida en su artículo 212.8, en cuya virtud los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses.

En efecto, la STC 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021), resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón en relación con diversos preceptos LCSP, entre los cuales se encuentra el artículo 212.8, según el cual, como hemos indicado, los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. El TC declara que dicho artículo no es conforme con el orden constitucional de competencias al tratarse de una norma de naturaleza auxiliar y procedural que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual, dice el TC, podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública. Por tanto, concluye el TC, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al artículo 212.8 LCSP, aunque, se aclara, no se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras (SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8, y 55/2018, FFJJ 7 b) y c).

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone en el artículo 38, uno, que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, hecho este que se produjo el pasado 23 de abril. De ahí debe seguirse que a los procedimientos de resolución contractual iniciados por la Comunidad Autónoma o las Corporaciones Locales con posterioridad a dicha fecha (como en el caso que nos ocupa) no le sería aplicable, en principio, el plazo de 8 meses para la resolución del procedimiento que establece el citado artículo 212.8 LCSP.

El artículo 34 de la Ley regional 7/2004, de 28 de octubre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, establece que “*Los contratos que celebre la Administración regional se regirán por la legislación básica del Estado y por la normativa autonómica de desarrollo de la misma*”.

No existe en la actualidad desarrollo normativo regional en la materia que nos ocupa, por lo que, hasta tanto no se apruebe la misma, una posibilidad sería acudir a lo establecido en el último inciso del apartado 3 del artículo 149 de la Constitución española, que establece que “*El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas*”.

Por su parte, el artículo 15, apartado Cuatro, de nuestro Estatuto de Autonomía (aprobado por Ley orgánica 4/1982, de 9 de junio), establece, en el mismo sentido, que “*El Derecho estatal, en todo caso, es supletorio de las normas de la Comunidad Autónoma*”.

Por ello, ante la ausencia de reglamentación autonómica sobre el plazo de tramitación del procedimiento de resolución contractual, y existiendo una reglamentación completa del mismo (incluido el plazo de resolución) en la normativa estatal (LCSP) y reglamento de desarrollo, cabría considerar que el plazo de resolución contractual en la administración autonómica y local de la Región de Murcia es el de ocho meses, por aplicación supletoria del

artículo 212.8 LCSP, por lo que el procedimiento objeto de Dictamen se encontraría en plazo para resolver.

No obstante, dado el poco tiempo transcurrido desde la publicación de la comentada STC y ante la ausencia de jurisprudencia sobre la supletoriedad del derecho estatal en esta materia, y en aras del principio de seguridad jurídica, sería aplicable al presente supuesto la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico de que, ante la ausencia de plazo de resolución en estos procedimientos, y dado que la propia LCSP establece la subsidiariedad de la LPACAP a los procedimientos regulados en aquélla (Disposición final cuarta), debemos entender más seguro y prudente que el plazo de resolución del procedimiento objeto de Dictamen es el de tres meses que establece su artículo 21.3.

Por tanto, iniciado el procedimiento mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de mayo de 2021, y dado que no consta que el Consorcio haya hecho uso de la facultad de suspensión del plazo de resolución previsto en el artículo 22.1.d) LPACAP, el plazo de resolución finalizó el pasado 11 de agosto, por lo que el procedimiento podría estar caducado.

TERCERA. - De la causa de resolución invocada: el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales.

No obstante lo anterior, y para el caso de que el Consorcio no considere la caducidad del procedimiento, y en cuanto al fondo, la propuesta de resolución considera que procede la resolución del contrato porque la empresa adjudicataria ha incurrido en el incumplimiento de obligaciones esenciales; en concreto, por causa no imputable a ella, no puede realizar el objeto del mismo, en los términos inicialmente pactados, no siendo posible el cumplimiento de su cláusula tercera “Redacción del Estudio de Seguridad y Salud”, desde el día siguiente al de la formalización del contrato, sino que debería decir “desde el día de la entrega del Proyecto básico y de ejecución”.

El contratista, por su parte, se opone a la resolución del contrato, por entender que se trata de un error subsanable mediante la corrección de errores prevista en el artículo 109 LPACAP, y, en todo caso, conforme a lo previsto en el Código Civil debe prevalecer una interpretación del contrato conforme a lo que las partes quisieron contratar, no concurriendo, además, ninguna causa de nulidad o invalidez de dicho contrato.

I. De la corrección de errores.

El artículo 122.1 LCSP, establece:

“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”.

Por su parte, el artículo 109.2 LPACAP establece:

“Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) (por todas, sentencia de 19 de abril de 2012 -RJ 2012\6001-, con cita en otras muchas anteriores), establece su doctrina sobre la corrección de errores, indicando:

“Para que sea posible esa rectificación de errores ---que antes estaba contemplada en el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 --- la jurisprudencia ha señalado (SSTS de 18 de junio de 2001 (RJ 2001, 9512) ---casación 2947/1993 ---, con cita de las de 18 de mayo de 1967 (RJ 1967, 2488), 15 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5099), lo siguiente:

“... es menester considerar que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse prima facie por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedural de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias:

- 1) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;
- 2) Que el error se aprecie teniendo que cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;
- 3) Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;
- 4) Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;
- 5) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);
- 6) Que no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión; y
- 7) Que se aplique con un hondo criterio restrictivo".

(...).

No puede utilizarse la facultad prevista en el mencionado artículo 105.2 de la LRJPA de rectificación de errores materiales cuando es necesario efectuar una interpretación jurídica contraria a la que se deduce de la norma ---..., máxime para cambiar de manera sustancial el sentido que en ella se expresa, ...".

Consideramos que la rectificación de errores que pretende el contratista no sería posible en el presente caso, puesto que, para poder determinar que el plazo de ejecución del contrato para la redacción del Estudio de Seguridad y salud resulta de imposible ejecución, tal y como está redactado, puesto que requiere que previamente se apruebe el Proyecto Básico y de Ejecución de la obra, tendremos que acudir a la interpretación de una norma jurídica, en este caso, al Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

En concreto, su artículo 4.1 establece: "*El promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud en los proyectos de obras en que se den alguno de los supuestos siguientes: ...*"; disponiendo el apartado 3 de su artículo 5: "*Dicho estudio deberá formar parte del proyecto de ejecución de obra o, en su caso, del proyecto de obra, ser coherente con el contenido del mismo y recoger las medidas preventivas adecuadas a los riesgos que conlleve la realización de la obra*".

La interpretación conjunta de ambos preceptos nos lleva a afirmar que, puesto que el Estudio de Seguridad y Salud forma parte del proyecto de obra, pero, a su vez, debe ser coherente con el contenido de éste proponiendo las medidas adecuadas a los riesgos de su ejecución, su elaboración debe ser posterior a la elaboración de dicho proyecto.

Dicho esto, tendremos que acudir al PCAP para comprobar que la licitación tuvo por objeto la contratación de los Servicios de - Un arquitecto para la redacción del proyecto básico y de ejecución y la Dirección Facultativa (Lote 1) y - Un arquitecto técnico o ingeniero de edificación para la Dirección Técnica, redacción del estudio de seguridad y salud, aprobación del plan de seguridad y salud y la coordinación de seguridad y salud (Lote 2) (cláusula 1.1), y que el plazo de ejecución (cláusula 10.2) indica que el plazo total y, en su caso, los parciales de ejecución de los trabajos serán los que figuran en el apartado F del Anexo I, que establece: Lote 1 - Redacción del proyecto básico y de ejecución: 35 días naturales, desde el día siguiente al de la formalización del contrato... Lote 2 - Redacción del Estudio de Seguridad y Salud: 15 días naturales, desde el día siguiente al de la formalización del contrato...

Estas determinaciones del PCAP nos llevan necesariamente a concluir que, salvo que la formalización del contrato del Lote 1 se hubiese hecho con treinta y cinco días, al menos, de anterioridad a la formalización del contrato del

Lote 2, el adjudicatario de este Lote se encontraría necesariamente con la imposibilidad del cumplimiento del plazo pactado.

Como vemos, para llegar a esa conclusión, tenemos que realizar interpretaciones y consideraciones jurídicas, tanto de la norma que regula el estudio de Seguridad y Salud como de la norma del contrato que es el PCAP, por lo que no cabe, conforme a la normativa y jurisprudencia citadas anteriormente, acudir a la corrección de errores pretendida por el recurrente.

II. De la resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación.

La propuesta de resolución considera que, determinada la existencia de la causa de incumplimiento, que se concreta en la imposibilidad de ejecutar la prestación (Inicio del plazo de ejecución de la Redacción del Estudio de Seguridad y Salud) en los términos inicialmente pactados, procede la resolución del contrato a la luz de lo dispuesto en los artículos 211.1 g) y 212.4 de la LCSP.

El apartado g) del artículo 211.1 LCAP establece como causa de resolución del contrato:

“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; ...”.

El artículo 204.1 indica: *“Los contratos de las Administraciones Pùblicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes: ...”.*

Y el artículo 205 establece:

“Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.
- b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

- a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:...
 - 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, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:
 - 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
 - 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
 - 3.º 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 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.
- c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato

inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

(...)

2. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y las modificaciones del contrato en los casos en que no se den las circunstancias establecidas en los artículos 204 y 205, darán siempre lugar a la resolución del contrato.

Serán potestativas para la Administración y para el contratista las restantes modificaciones no previstas en el contrato cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en cuantía que exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a la misma”.

La propuesta de resolución considera que no es posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205, porque supone una modificación sustancial, por cuanto que el plazo de ejecución de imposible cumplimiento de la Redacción del Estudio de Seguridad y Salud podría haber permitido más participantes en el procedimiento de contratación.

De conformidad con el artículo 1 LCSP, la libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores son principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público.

Como ya dijimos en nuestro Dictamen 46/2017, 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 principio 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 deben 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 c) del artículo 205.2 LCSP, 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 de 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”.

A la vista de lo expuesto consideramos que, en el caso que nos ocupa, no se produce ninguna alteración de las condiciones esenciales que se han mencionado que hubiera impedido llevar a efecto la modificación del contrato puesto que el ámbito de actuación permanece inalterado; el objeto de proyecto sigue siendo el mismo, y que las actuaciones básicas a realizar son también idénticas y la modificación no generaría ningún incremento del presupuesto; y que el error sobre el plazo de ejecución introducido en el PCAP y, consiguientemente, en el contrato celebrado, no conculca el principio de libre concurrencia puesto que ha perjudicado y favorecido a todos los participantes por igual, no habiendo quedado probado que dicho error haya impedido la participación en el procedimiento de más licitadores, como lo demuestra el hecho de que para el Lote 2 que nos ocupa hayan participado 12.

Como consecuencia de ello, cabe advertir que no se produce ningún supuesto de alteración de las condiciones del contrato que se contemplan expresamente en el artículo 205 LCSP, es decir, que no se da ninguna de las causas legales que hubiera determinado que no resultara posible llevar a cabo una modificación contractual.

Es decir, no se produce una modificación sustancial de los términos del contrato que revista 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 c). 1º del artículo 205.2 LCSP.

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 se pretenden fijar ahora, que pudieran haber disuadido de presentarse a posibles licitadores, ni que las nuevas condiciones que se pretende establecer 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.

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 PCAP y cumplimentar los requisitos procedimentales previstos en el artículo 191 y 242 LCSP.

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 primer precepto citado.

Igualmente, tampoco supera el límite cuantitativo establecido en el apartado 8 del artículo 12 LCJ (cuantía superior al 20 % del precio inicial, siendo este igual o superior a 600.000 €).

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 I del libro II LCSP.

No obstante, V.E. resolverá.

