

Informe 4/2012, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Condiciones contractuales que tienen carácter esencial a efectos de la modificación de los contratos.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde de Cuarte de Huerva (Zaragoza), se dirige, con fecha 29 de diciembre de 2011, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«ANTECEDENTES

PRIMERO.- *El Ayuntamiento de Cuarte de Huerva inició mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 13 de enero de 2010, expediente de contratación para la adjudicación de un contrato mixto consistente en la CONTRATACIÓN CONJUNTA DE REDACCIÓN DE PROYECTO Y EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE LA “PISCINA PÚBLICA MUNICIPAL CUBIERTA DE CUARTE DE HUERVA” (Zaragoza), MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABIERTO CON VARIOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS Y PAGO PARCIAL MEDIANTE ENTREGA DE BIENES INMUEBLES MUNICIPALES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO; dicho pago parcial en especie encuentra su acomodo legal para este supuesto en el art. 114 de la Ley 3/2009, de Urbanismo de Aragón (LUA): “2. Podrá igualmente disponerse de los terrenos o aprovechamientos integrantes de los patrimonios públicos de suelo, cualquiera que sea el uso lucrativo al que estén destinados con excepción del residencial protegido, **en concepto de precio conforme a lo establecido en la normativa de contratación del sector público, siempre que el objeto del contrato esté comprendido dentro de los destinos del patrimonio público de suelo establecidos en esta Ley”, puesto en relación con lo establecido en el artículo 75.4 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: “En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean”. Consta en el expediente tasación pericial del inmueble objeto del pago parcial en especie del precio del contrato; el Gobierno de Aragón tomó razón de la enajenación mediante diligencia de 26 de enero de 2010 de la Directora General de Administración Local.***

SEGUNDO.- La licitación fue celebrada mediante la publicación de anuncio en el perfil de contratante y boletín oficial de la provincia de Zaragoza en fecha 11 de febrero de 2010, bajo el título **CONTRATACIÓN CONJUNTA DE REDACCIÓN DE PROYECTO Y EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE LA “PISCINA PÚBLICA MUNICIPAL CUBIERTA DE CUARTE DE HUERVA”** (Zaragoza), **MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABIERTO CON VARIOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LAS OFERTAS Y PAGO PARCIAL MEDIANTE ENTREGA DE BIENES INMUEBLES MUNICIPALES INTEGRANTES DEL PATRIMONIO MUNICIPAL DEL SUELO**, con un presupuesto máximo de licitación de 4.400.000 euros y la siguiente forma de pago:

- Hasta el importe, IVA incluido, de 2.756.534,40.- euros, en efectivo.
- Por los restantes 1.635.465,60.- euros, mediante la entrega en pleno dominio, en virtud de enajenación a favor del adjudicatario, de un bien inmueble municipal así como sus aprovechamientos urbanísticos.

TERCERO.- Concurrió a dicha licitación un único licitador y el contrato fue adjudicado mediante acuerdo de la Junta de Gobierno local de fecha 19 de abril de 2010, por importe de 4.378.000,00.- euros, con el siguiente desglose:

Base imponible	3.774.137,93.- euros
IVA a soportar por la Administración	603.862,07.- euros

y la siguiente forma de pago:

- Hasta el importe, excluido IVA, de 2.364.253,79.- euros, en efectivo.
- Por los restantes 1.409.884,14.- euros, excluido IVA, hasta completar el importe de adjudicación de 3.774.137,93.- euros, mediante la entrega del bien; la base 3.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece que “la parte del precio de adjudicación a pagar en dinero.../... se aplicará en primer lugar”.

CUARTO.- Respecto a la posibilidad de modificar el contrato, la base 19ª PCAP establece lo siguiente:

BASE 19ª.- MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

De conformidad con lo establecido en el artículo 202 de la LCSP, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público por atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Esta modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.../...

QUINTO.- En fecha recientes, la empresa contratista, que se encuentra en situación de concurso necesario de acreedores desde principios del año 2011, ha planteado la imposibilidad de continuar el contrato una vez que la parte del precio del mismo a pagar en dinero finalice, por no disponer de la liquidez precisa para financiar la ejecución de una obra a abonar en especie, ni tampoco de la autorización de la administración concursal de la empresa para continuar la ejecución del contrato en dichas condiciones.

SEXTO.- Las obras de construcción de la piscina municipal cubierta resultan de imperioso interés público, puesto que cubrirá las necesidades de un espacio municipal para el ejercicio de actividades acuáticas para al menos 496 niños en edad escolar que en este momento tienen que trasladarse al Stadium Casablanca y al Stadium

Venecia, por lo que se evitarán los desplazamientos en autobús de los escolares, y por tanto, el riesgo y el coste que se asumen en este momento, así como la creciente demanda de este tipo de instalaciones por parte de las personas mayores, por los beneficios que para el cuidado de la salud reporta el ejercicio de la natación durante todo el año, redundando en un ahorro de costes, tanto públicos como de las personas que demandan esta tipología de servicios, así como, sobretodo, en una mayor seguridad para los vecinos en general y usuarios del servicio en particular, dado que se evitarán numerosísimos desplazamientos diarios por carretera.

PETICIÓN DE INFORME

Atendidos dichos antecedentes, tanto el contratista como el Ayuntamiento se plantean si resulta legalmente posible proceder a la tramitación de un expediente de modificación del contrato, considerando la concurrencia de una causa imprevista como es la entrada del contratista en concurso necesario de acreedores, mediante la modificación de la forma de pago, de modo que la totalidad del precio del contrato pudiese ser abonada en efectivo, previa la tramitación del oportuno expediente de modificación de créditos que habilite consignación presupuestaria adecuada y suficiente a tal fin, o si, por el contrario, la forma de pago de este contrato ha de considerarse una condición esencial del contrato según lo dispuesto en artículo 202.1 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su redacción aplicable a este expediente de contratación: “1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. **Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato**”, teniendo en cuenta que ni la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en la versión aplicable a este expediente de contratación, ni el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato definen en ningún momento cuáles son esas condiciones esenciales del contrato, al contrario de lo que ocurre en la redacción actual contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, que incide especialmente en su artículo 107.3 en definir las condiciones esenciales de licitación y adjudicación de los contratos a efectos de impedir su alteración mediante la modificación del contrato.

Visto que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, conforme al artículo 1 de Decreto 81/2006, es el órgano consultivo en materia de contratación pública de la Administración, de los organismos públicos, empresas y fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como de las Universidades Públicas y **Entes Locales radicados en su territorio**, con competencia para “informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa”, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, entendemos que no existe impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta, en que la Junta Consultiva se pronuncie acerca de qué condiciones han de considerarse **esenciales del contrato** a efectos del artículo 202.1 LCSP, en su versión anterior a las novedades que en materia de modificaciones del contrato introduce la Ley 2/2011, de Economía Sostenible y, por tanto, acerca de la posibilidad de modificar un contrato que se rige por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público en su versión anterior a la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, mediante la modificación de determinadas condiciones del contrato.

Por tanto, entendemos que se trata de una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación

administrativa que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por ello, teniendo en cuenta lo expuesto en los párrafos precedentes y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, esta Alcaldía desea conocer el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre las cuestiones planteadas y, en concreto:

Primero.- *Qué debemos entender como condiciones esenciales del contrato a efectos de la imposibilidad de modificar los contratos según lo dispuesto en el artículo 202.1 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su versión previa a las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.*

Segundo.- *En relación con lo anterior, si cabría en particular la posibilidad de modificar el contrato por causas imprevistas consistentes en una situación sobrevenida de concurso necesario de acreedores de la empresa contratista de las obras, mediante la modificación de la forma de pago del contrato de forma que un porcentaje importante de su precio pase a abonarse en efectivo, habiéndose pactado su pago en especie, o si, por el contrario, dicha forma de pago constituye una condición esencial del contrato según lo dispuesto en el artículo 202.1 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público en su versión vigente en el año 2010 y, por tanto, la modificación no es legalmente posible».*

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 1 de febrero de 2012, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el

Reglamento que regula su organización y funcionamiento; a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del Sector Público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva; no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Sr. Alcalde de Cuarte de Huerva, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de que debe entenderse por condiciones esenciales del contrato a efectos de su modificación, ya que ésta sí que es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación administrativa, que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El Sr. Alcalde de Cuarte de Huerva, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

La consulta se refiere fundamentalmente, a qué debe entenderse por condiciones esenciales del contrato a efectos del régimen de los modificados de los contratos y, en particular, si cabría la modificación de la forma de pago de un contrato que habiéndose pactado en un porcentaje importante como pago en especie, pasaría a abonarse en efectivo en su totalidad.

Asimismo plantea si la situación sobrevenida de hallarse la empresa contratista en situación de concurso necesario de acreedores, habilita como causa imprevista a la Administración para llevar a cabo la modificación.

II. Régimen jurídico de los modificados aplicable a los contratos adjudicados conforme a la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en su versión anterior a la reforma operada por la Ley de Economía Sostenible (en adelante LES).

Sobre el régimen jurídico aplicable a la modificación de los contratos adjudicados conforme a la LCSP con anterioridad a la entrada en vigor de la LES se ha pronunciado esta Junta en varias ocasiones, en concreto en los Informes 3/2009 y 23 y 27/2011.

En el informe 23/2011, de 12 de septiembre, relativo a las «Cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible», se planteaba la aplicabilidad del nuevo régimen de los modificados surgido de la LES, y concluía que de acuerdo con la Disposición Transitoria Séptima de la misma, la normativa aplicable debe ser la vigente cuando se celebró el contrato, pero ello *«no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con la Directiva 2004/18/CE —en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la misma— y tal y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta), en la que se concluye que los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como a su ejecución»*.

Asimismo, para un supuesto similar al que es objeto de consulta, es decir un contrato que se celebró estando vigente la regulación de los modificados con anterioridad a la reforma efectuada por la LES, el informe 27/2011, indicaba:

«En todo caso, como ya se pusiera de relieve en nuestro Informe 3/2009, de 15 de abril, y se reiterara en el 23/2011 citado, conviene advertir que la regulación de la potestad de ius variandi debe realizarse necesariamente a la luz de los principios y reglas del derecho comunitario, tal y como han sido interpretadas

por el TJUE (y las que obedece la reforma de la LES, que entraba en vigor el 6 de marzo de 2011), y que conducen a una interpretación restrictiva de esta práctica. En modo alguno puede obviarse tampoco que el régimen actualmente vigente sobre los modificados es más restrictivo —por exigencias del derecho comunitario—, y que ésta nueva regulación debe servir de parámetro interpretativo, en todo caso».

Por lo tanto, la normativa aplicable a los modificados de los contratos debe de ser la vigente en el momento de celebración del contrato, en el supuesto que nos ocupa la LCSP en su versión anterior a la reforma operada por la LES, pero interpretada en coherencia con la Directiva 2004/18/CE y la jurisprudencia comunitaria, y sin olvidar que el nuevo régimen incorporado por la LES, aunque no directamente aplicable, debe servir también como referencia.

III. Condiciones contractuales que tienen carácter esencial a efectos del régimen de modificados.

Las modificaciones del contrato no previstas en los pliegos tienen como límite no afectar a las condiciones esenciales del mismo. Este requisito que nace de la jurisprudencia comunitaria, ha tenido su reflejo en el derogado artículo 202 LCSP y en el actual artículo 107 del texto refundido de la LCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

La expresión «*condiciones esenciales del contrato*», es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, como puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/2008, de 28 de julio, y no se puede definir de forma general para toda clase de contratos, ni para una determinada categoría de estos, sino que habrá que atender a cada caso concreto, pues incluso en 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.

El TJCE fijó un criterio de carácter general para determinar en cada caso concreto qué condiciones contractuales resultan esenciales y no pueden ser modificadas, en la Sentencia *Succhi di frutta*, antes citada, al entender que tiene carácter esencial aquella «*estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente*».

Por su parte la LES introdujo una presunción de los supuestos en que se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación, actualmente recogidas en el artículo 107.3 TRLCSP:

- 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 iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.*
- e. *En 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.*

Por lo que se refiere al supuesto concreto planteado en la consulta, modificar la forma de pago del contrato de forma que habiéndose pactado una parte del pago en especie, pase a abonarse en efectivo, no cabe duda de que se trata de una condición esencial. La propia Sentencia *Succhi di frutta*, se refiere expresamente a las modalidades de pago como condiciones esenciales:

«De ello resulta que, en una situación como la del caso de autos, la entidad adjudicadora no podía, tras la adjudicación del contrato y además mediante una decisión cuyo contenido deroga las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse».

Pero incluso sin necesidad de esa concreta doctrina, siguiendo la pauta antes expresada de que la nueva regulación de los modificados recogida en la LES debe de servir de parámetro interpretativo del régimen anterior, el supuesto objeto de consulta quedaría perfectamente subsumido en el apartado e) del artículo 107.3 TRLCSP, que incorpora, el criterio de la Sentencia *Succhi di frutta*. Las propias circunstancias del contrato pactado en el que el precio a abonar en especie es el 37% del precio total, ascendiendo a la importante cantidad de 1.409.884,14 €, revelan que la forma de pago fue un aspecto decisivo en 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.

IV. Sobre la declaración de la empresa contratista en concurso como causa de la modificación.

Plantea la consulta como aspecto menor, si la declaración del contratista en concurso necesario de acreedores habilita a la Administración como causa imprevista de la modificación, tal y como exigía el artículo 202 LCSP en su versión anterior a la LES. Ciertamente, se trata de una causa imprevista en cuanto que era imprevisible para la Administración, ahora bien, aunque como

se ha dicho en la Consideración Jurídica I, no es función de esta Junta informar expedientes concretos, es necesario poner de relieve que se trata de una circunstancia para la que la normativa de contratación pública ha regulado una serie de efectos, distintos a la modificación. Así, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 223 b) TRLCSP (antes 206 b) LCSP), la declaración de la empresa en concurso es causa de resolución del contrato, debiendo producirse ésta de forma obligatoria en el momento en que se produzca la apertura de la fase de liquidación, hasta entonces la Administración potestativamente puede decidir continuar con el contrato si el contratista presta las garantías suficientes para su ejecución (artículo 224 TRLCSP, antes 207 LCSP).

Si se produce la resolución del contrato, habrá que tener en cuenta que el artículo 225 TRLCSP (antes artículo 208 LCSP, en su redacción dada por el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo) exige que el acuerdo de resolución contenga pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida, y precisa que en caso de resolución del contrato por concurso del contratista sólo se acordará la pérdida de la garantía cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

III. CONCLUSIONES

I. Con carácter general, son condiciones esenciales del contrato que no pueden verse afectadas por una modificación, aquellas que de haber sido conocidas previamente, habrían tenido como efecto que hubieran 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.

II. La modificación de la forma de pago del contrato, de manera que habiéndose pactado una parte importante del precio como pago en especie, pase a abonarse totalmente en efectivo, afecta a una condición esencial.

Informe 4/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 1 de febrero de 2012.