



INFORME 01/2015, DE 15 DE ENERO DE 2015, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA ASESORA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, RELATIVO A LA LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS MODIFICACIONES DE LOS CONTRATOS ADJUDICADOS CON ANTERIORIDAD AL 6 DE MARZO DE 2011 PARA LA REALIZACIÓN DE LAS OBRAS DE LA PLATAFORMA DE LA "Y" VASCA EN EL RAMAL GUIPUZCOANO, TRAMO BERGARA-IRÚN.

Con fecha 28 de noviembre de 2014 la Dirección de Servicios del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial ha remitido escrito a la Junta Asesora de la Contratación Administrativa en el que solicita su pronunciamiento sobre la siguiente cuestión:

"Legislación que resulta aplicable a las modificaciones contractuales que proceda realizar tras la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, respecto de contratos adjudicados con anterioridad y bajo la vigencia de leyes anteriores (TRLCAP, LCSP), para la realización de las obras de la Plataforma de la Y vasca en el ramal guipuzcoano, tramo Bergara-Irún. Y, más en concreto, si en tales contratos se considera alteración esencial de licitación y adjudicación del contrato cuando la modificación iguala o excede, en más o en menos el 10% del precio de adjudicación del contrato o en el caso de modificaciones sucesivas, si el conjunto de ellas excede de ese límite".

COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2.d), apartados 3) del Decreto 136/1996, de 5 de junio, sobre régimen de la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Junta Asesora de la Contratación Administrativa ejerce la función de velar por el estricto cumplimiento de la legislación vigente en materia de contratación administrativa, en cuyo ejercicio le corresponde:

"3) Informar las cuestiones que en materia de contratación administrativa sometan a su consideración los Directores de Servicios de los Departamentos u ..."

Versando la cuestión planteada sobre aplicación de la legislación en materia de "contratación administrativa" y habiendo sido planteada por órgano legitimado para ello, pasamos a emitir el siguiente,

INFORME

I. MARCO OBJETIVO DE LA CONSULTA

La Administración General del Estado es responsable de la construcción de la nueva red ferroviaria en el País Vasco ("Y" vasca), en virtud de la competencia exclusiva que ostenta en materia de ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una comunidad autónoma y en materia de obras públicas de interés general (arts. 149.1.21º y 149.1.24º de la CE).

Por su parte el artículo 6 de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, prevé en su apartado 4 que el Ministerio de Fomento, así como la Entidad Pública Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) podrán, mediante convenio de colaboración, encomendar a otras Administraciones públicas, Entidades de derecho público y sociedades vinculadas o dependientes de estas Administraciones, las facultades correspondientes a la contratación de obras ferroviarias en la Red Ferroviaria de interés general.

Al amparo de esta habilitación legal, la Administración General del Estado, la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) suscribieron, con fecha 24 de abril de 2006, un convenio de colaboración en el que se establecen las condiciones en las que el Ministerio de Fomento y ADIF encomiendan a la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi la ejecución de las obras de plataforma en el ramal guipuzcoano Bergara-Irún completo así como el tramo de inserción en la ciudad de Donostia-San Sebastián, a cuyos efectos y en virtud de su cláusula tercera *"se encomienda a la Administración de la Comunidad Autónoma el ejercicio de las facultades que la legislación sobre contratación administrativa atribuye al órgano de contratación que, siendo competencia del Ministerio de Fomento o del ADIF, sean precisas para la ejecución de las obras y la dirección facultativa de las mismas, de la plataforma de la "Y" vasca en el ramal guipuzcoano ..."*

La encomienda de gestión interadministrativa viene regulada en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en sus apartados 1 y 2 dispone:

"1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda".

La encomienda de gestión es una técnica del Derecho administrativo español, utilizada en la organización de la Administración pública para la traslación del aspecto material de una potestad a un órgano distinto del encomendante. En el ejercicio de sus competencias un órgano administrativo puede encargar (encomendar) a otros órganos o entidades que realicen determinadas actividades de carácter material, técnico o de servicios sin que ello suponga, en ningún caso, la cesión de la competencia ni de su ejercicio. Es, por tanto, una técnica de cooperación interadministrativa o interorgánica, de carácter voluntario, que consiste en un "encargo" para realizar actividades de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público, basada en razones de eficacia o de carencia de medios técnicos idóneos para su desempeño (STSJ Navarra de 20 de mayo de 2003).

Por ello, la encomienda, en cuanto gestión de la competencia por quien no es titular de la misma, requiere de la existencia de una serie de circunstancias como son: •) Razones de eficacia o inexistencia de medios técnicos idóneos en el titular; •) Conservación de la responsabilidad (no se traslada ni la competencia ni su

ejercicio, sólo la gestión); ▪) Que la actividad se realice (se encomiende) por otro órgano administrativo o entidad pública.

II.- ÓRGANOS INTERVINIENTES EN LA ENCOMIENDA

En este caso la encomienda de gestión de la competencia tiene lugar entre órganos que pertenecen a Administraciones diferentes, cada una de las cuales cuenta con sus propios órganos consultivos. Por ello, si tenemos en cuenta que en una encomienda del tipo que nos ocupa el titular de la competencia mantiene los aspectos jurídicos de la potestad cuya gestión se encomienda, consideramos que en este caso los criterios o pronunciamientos a tener en cuenta por el órgano encomendado para solventar la cuestión planteada a esta Junta Asesora deben ser, preferentemente, los emanados de los órganos consultivos de la Administración del Estado.

III.- CIRCULAR DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO

Con fecha 7 de abril de 2011 la Abogacía del Estado emitió su Circular nº 1/2011, sobre régimen de modificación de los contratos del sector público, en la que tras exponer las líneas generales de la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) en materia de modificación de contratos (Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible -LES-), aborda las diferentes cuestiones que plantea dicha reforma y entre ellas la del régimen transitorio, respecto del que se pronuncia como sigue:

"C) Derecho transitorio.

Al régimen de derecho transitorio de la reforma de la LCSP en materia de modificación de contratos efectuada por la LES, este último texto legal dedica su disposición transitoria séptima que establece lo siguiente:

"Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a

sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

A la vista de este precepto, han de hacerse las siguientes consideraciones:

1) Aunque la disposición transitoria transcrita no se refiera expresamente a la modificación del contrato, ha de entenderse que ésta queda comprendida en el ámbito de dicha norma transitoria, ya que la modificación del contrato queda regulada en el capítulo IV del libro cuarto de la LCSP, libro que lleva por rúbrica la de “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”.

*2) El criterio correcto, por ajustado al Derecho de la Unión Europea, consiste en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente están en fase de ejecución, y ello en razón de que ese régimen de modificación de los contratos no surge “ex novo”, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea y, como se ha dicho, su implantación venía motivada por el desajuste del Derecho español al Derecho de la Unión Europea, desajuste que se plasmaba no sólo en la LCSP, sino también en textos legales anteriores (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). **Ahora bien, siendo éste el criterio correcto, es lo cierto que el tenor literal de la disposición transitoria séptima de la LES es muy claro en el sentido de que el nuevo régimen jurídico no se aplica a la modificación de contratos ya adjudicados a la entrada en vigor de la LES”.***

IV.- RÉGIMEN APLICABLE A CONTRATOS ADJUDICADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LES.

Aún compartiendo la conclusión a la que llega la Abogacía del Estado, pues la aplicación del nuevo régimen legal establecido en la LES a los contratos adjudicados al amparo de normativas anteriores está vedada por la disposición transitoria séptima de la propia LES, cerrando así el paso a una aplicación

retroactiva de sus preceptos, subyace todavía la cuestión de cuál es el régimen legal por el que se rigen tales contratos. Está claro lo que no se puede hacer, pero ¿qué es lo que se debe hacer?.

A tenor de las correspondientes disposiciones transitorias de las sucesivas leyes que han ido modificando la legislación sobre contratación pública, la modificación de contratos se regirá por la normativa interna vigente en la fecha de la adjudicación del contrato (LCAP, TRLCAP o LCSP), pero a criterio de esta Junta Asesora ello no es óbice para que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con el Derecho de la Unión Europea, subsanando con ello el desajuste del Derecho español con el Derecho Comunitario; desajuste de legislaciones que, no obstante datar de años tan lejanos como el de 1995 no se ha corregido hasta el año 2011, y precisamente con la reforma operada por la LES.

El régimen jurídico de la modificación de contratos en el Derecho de la Unión Europea no está recogido en un precepto o conjunto de preceptos que disciplinen la materia, sino que su régimen jurídico deviene de una construcción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fundamento en los denominados principios estructurales del Tratado, y que se ha ido elaborando progresivamente por dicho Tribunal a partir, fundamentalmente, de la sentencia *Succhi di Frutta* de 29 de Abril de 2004.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia de modificación de contratos puede resumirse en los siguientes principios:

- 1) La modificación del contrato exige que esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación.
- 2) De no hallarse prevista la modificación en la documentación de la licitación, es necesario que la modificación no afecte a ninguna condición esencial del contrato.
- 3) De ser necesaria una modificación esencial no prevista en la documentación que rige la licitación, lo procedente es resolver el contrato (indemnizando oportunamente al contratista) y adjudicar un nuevo contrato, convocando para ello el correspondiente procedimiento de licitación.”

V.- CONDICIONES CONTRACTUALES QUE TIENEN CARÁCTER ESENCIAL A EFECTOS DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS.

Las modificaciones del contrato no previstas en los pliegos tienen, por tanto, como límite no afectar a las condiciones esenciales del mismo, requisito éste que nace, como se ha señalado, de la jurisprudencia comunitaria, y que tuvo su reflejo en el derogado artículo 202 de la LCSP y en el actual artículo 107 del TRLCSP.

La expresión “*condiciones esenciales del contrato*”, es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, como así lo señaló la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su informe 43/2008, de 28 de julio, lo que supone que no se puede definir de forma general para toda clase de contratos, ni para una determinada categoría de éstos, 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.

Lo que sí ha hecho el TJUE ha sido fijar un criterio de carácter general para determinar en cada caso concreto qué condiciones contractuales resultan esenciales y no pueden ser alteradas o modificadas, y lo hizo en la ya citada Sentencia *Succhi di fruta* 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*”.

La viabilidad de modificar un contrato sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento, tal y como se ha señalado, debe ser analizada a la vista de las necesidades surgidas puestas en relación con las condiciones contractuales intrínsecas de dicho contrato, tarea que compete al órgano de contratación con el asesoramiento previo que estime conveniente, incluido el de este Órgano Consultivo de la contratación pública si así le fuera solicitado.

En esta situación, lo que aporta la LES es una presunción de los supuestos en los que se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación (los actualmente recogidos en el artículo 107.3 TRLCSP), objetivando con ello, y para tales supuestos, el concepto jurídico indeterminado recogido ya en la LCSP, de tal modo si se da alguno de los supuestos allí indicados se presume que

ha tenido lugar una alteración de una condición esencial del contrato y lo que procede es resolver el contrato y convocar una nueva licitación.

Estas presunciones, como se ha señalado anteriormente, no resultan directamente aplicables a los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LES, pero es indudable que pueden servir de parámetro orientativo del régimen anterior.

VI.- MODIFICACIÓN QUE IGUALE O EXCEDA, EN MÁS O EN MENOS, EL 10% DEL PRECIO.

De todos los supuestos que contempla el artículo 107.3 TRLCSP la consulta se concreta y se centra en el recogido en la letra d), respecto del que se solicita un pronunciamiento de la Junta Asesora sobre "si la concurrencia en contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LES de las circunstancias señaladas en este precepto (o en su homólogo de la LCSP, artículo 92 quáter.3.d) supone alteración esencial de licitación y adjudicación del contrato".

Pues bien, formando parte este precepto concreto del régimen de la modificación de contratos aplicable a contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de la LES, el pronunciamiento que se solicita debe ser el mismo que se contiene en el apartado V anterior, de modo que la mera consideración del porcentaje que representa el importe de la modificación del contrato respecto del importe de adjudicación no es determinante de la existencia o no de una alteración de condiciones esenciales del contrato, sino que para llegar a tal conclusión debe partirse de las causas y circunstancias concretas que motivan la modificación e interpretarlas, caso por caso, a la luz de los criterios consolidados emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Y ello sin perjuicio, como se ha señalado anteriormente, de que el señalado porcentaje del 10% se tome como referencia o parámetro orientativo de una modificación del contrato de aplicación automática.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A tenor de lo dispuesto en la Disposición transitoria séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, el nuevo régimen de la modificación de contratos establecido por dicha Ley, y actualmente recogido en los artículos 105 a 108 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, no resulta de aplicación a los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada de en vigor de la Ley de Economía Sostenible, encontrándose entre la normativa de no aplicación directa el artículo 92 quáter.3.d) de la LCSP (hoy artículo 107.3.d) del TRLCSP), al que específicamente se refiere la consulta.

SEGUNDA.- A los contratos adjudicados con anterioridad al 6 de marzo de 2011 les será de aplicación el régimen jurídico de la modificación de contratos establecido en los textos legales vigentes en la fecha de su adjudicación, interpretada en coherencia con los principios emanados del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia.

TERCERA.- En los contratos en los que la modificación del contrato no se haya previsto de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación, la "alteración de condiciones esenciales del contrato" actúa como límite para la modificación.

CUARTA.- Al constituir el término "*condiciones esenciales del contrato*" un concepto jurídico indeterminado, no se pueden definir de forma general para toda clase de contratos, ni para una determinada categoría de éstos, sino que habrá que atender a cada caso concreto partiendo de la premisa general de que "*son condiciones esenciales del contrato que no pueden verse afectadas por una modificación, aquéllas que de haber sido conocidas previamente, habrían tenido como efecto la concurrencia al procedimiento de adjudicación de otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas*".

QUINTA.- Aunque las presunciones legales de supuestos en los que se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, establecidas en el artículo 107.3 TRLCSP, no resultan directamente aplicables a los contratos adjudicados con anterioridad al 6 de marzo de 2011, sí pueden servir al órgano de contratación como referencia o parámetro orientativo.

Vitoria-Gasteiz, a 15 de enero de 2015.

ARANTZA ARBELAITZ GELBENZU, Secretaria de la Junta Asesora de la Contratación Administrativa, CERTIFICA que la Comisión Permanente de este órgano colegiado, en su sesión del día 15 de enero de 2015, acordó por unanimidad aprobar el presente informe.

Y para que conste donde proceda se expide la presente en Vitoria-Gasteiz, a 16 de enero de 2015.

Vº Bº LA PRESIDENTA

Nerea K. Lopez-Uribarri Goicolea.

DIRECTORA DE PATRIMONIO Y CONTRATACIÓN