

FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA

**LA MODIFICACIÓN DE
LOS CONTRATOS
PÚBLICOS**

TESIS DOCTORAL

DIRIGIDA POR:

**DR. D. MARTÍN M^a RAZQUIN
LIZARRAGA**



UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA

PAMPLONA, 2014

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS..... 23

INTRODUCCIÓN 27

CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTO DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

1.- INTRODUCCIÓN..... 35

2.- LA INMUTABILIDAD DEL CONTRATO..... 36

3. DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO..... 43

4.- EL ABANDONO DE LA TEORÍA DE LA INMUTABILIDAD CONTRACTUAL.
..... 45

4.1.- INTERÉS PÚBLICO E INMUTABILIDAD DEL FIN COMO
ÚNICOS LÍMITES TRADICIONALES. 45

4.2.- EL ABANDONO DE LAS TEORÍAS PERMISIVAS..... 53

5.- FUNDAMENTO DEL *IUS VARIANDI*. SU NATURALEZA
EXTRACONTRACTUAL. 55

6.- EL CARÁCTER REGLADO DEL *IUS VARIANDI*..... 71

CAPÍTULO SEGUNDO. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LAS MODIFICACIONES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.- INTRODUCCIÓN.....	77
2.- EL SIGLO XIX. LA PREVALENCIA DEL INTERÉS PROPIO DEL CONTRATO.....	81
2.1.- EL REAL DECRETO DE 1845. LA MODIFICACIÓN COMO IRREGULARIDAD.....	81
2.2.- EL PLIEGO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DE 1886. LA RENUNCIA A LO EJECUTADO SIN APROBADO.....	83
2.3.- LA LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS DE 1877.....	86
3.- EL SIGLO XX. DE LA PERMISIVIDAD A LA RESTRICCIÓN MODERADA.....	86
3.1.- EL PLIEGO DE CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DE 1903. LA INEXISTENCIA DE DERECHO A ABONO DE LAS MODIFICACIONES.....	86
3.2.- LA ORDEN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS DE 1903.....	88
3.3.- EL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES DE 1953.....	88
3.4.- EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES DE 1955.....	91
3.5.- LA LEY DE BASES DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1963..	92
3.6.- EL TEXTO ARTICULADO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1965.....	95
3.7.- EL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO DE 1975.....	97
3.8.- LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 1995.....	103

3.9.- LA LEY 53/1999, DE 28 DE DICIEMBRE DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.	107
3.10.- EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 2000.	110
4.- EL SIGLO XXI: LA RESTRICCIÓN DE LAS MODIFICACIONES.	110
4.1.- EL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 2001.	110
4.2.- LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007.	111
4.2.1.- Introducción.	111
4.2.2.- La prohibición de modificados por necesidades nuevas...	114
4.2.3.- El excesivo alcance del concepto de imprevisión.	116
4.2.4.- La prohibición de alteración sustancial.	116
4.2.5.- La obligatoriedad limitada de las modificaciones.	117
4.2.6.- La obligatoriedad de recoger en el condicionado los modificados.	117
4.2.7.- La falta de consideración de las obras y trabajos complementarios como modificados.	118
4.2.8.- La falta de consideración de la variación del sujeto como modificado.	119
4.2.9.- La suspensión y resolución contractual por modificados..	120
4.2.10.- Las previsiones específicas para cada tipología contractual.	120
4.3.- LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE DE 2011.	125
4.3.1.- Extensión del régimen de modificaciones del contrato.	128
4.3.2.- Valor estimado y modificación del contrato.	129
4.3.3.- La modificación subjetiva.	130

4.3.4.- Los supuestos en que procede modificar un contrato.	132
4.3.5.- Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.	133
4.3.6.- La no alteración de las condiciones esenciales del contrato.	134
4.3.7.- El procedimiento de modificación del contrato.....	136
4.4.- LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN LOS ÁMBITOS DE LA DEFENSA Y DE LA SEGURIDAD DE 2011.	137
4.5.- EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2011.....	138

CAPÍTULO TERCERO. EL DERECHO EUROPEO DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

1.- INTRODUCCIÓN.....	143
2.- EL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	145
3.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DE LOS MODIFICADOS.....	150
3.1.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.	155
3.2.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.	156
4.- INEXISTENCIA DE REGULACIÓN SOBRE MODIFICACIONES EN LAS PRIMERAS GENERACIONES DE DIRECTIVAS.	157
4.1.- PRIMERA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS.....	157
4.2.- LA SEGUNDA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS.	159
4.3.- TERCERA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS.....	163
4.4.- VISIÓN GENERAL DE LA REGULACIÓN DE LAS TRES PRIMERAS GENERACIONES DE DIRECTIVAS.	167

5.- LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE CONFIGURADORA DEL DERECHO SOBRE MODIFICACIONES CONTRACTUALES.....	168
5. 1.- INTRODUCCIÓN	168
5. 2.- LA STJUE DE 29 DE ABRIL DE 2004.....	169
5.2.1.- Antecedentes.....	169
5.2.2.- La admisibilidad del recurso: la legitimación para recurrir.	171
5.2.3.- Respeto de los principios de igualdad y transparencia en la ejecución del contrato.	175
5. 3.- LA STJUE DE 19 DE JUNIO DE 2008.	178
5.3.1.- Antecedentes.....	178
5.3.2.- La alteración sustancial. Especial referencia a la modificación subjetiva.....	180
5.4.- LA STJUE DE 13 DE ABRIL DE 2010.	183
5.4.1.- Antecedentes.....	183
5.4.2.- El mantenimiento de los subcontratistas consecuencia del respeto del principio de transparencia.	185
5.5.- LA STJUE DE 22 DE ABRIL DE 2010.	188
5.5.1.- Antecedentes.....	188
5.5.2.- La necesidad de que los pliegos contengan de forma clara el objeto del contrato.	189
5.6.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL DE 31 DE ENERO DE 2013.....	192
5.6.1.- Antecedentes.....	192
5.6.2.- Excepcionalidad de los modificados. Equiparación de los modificados a nuevas adjudicaciones.....	193
5.7.- LA SENTENCIA DEL TJUE DE 8 DE MAYO DE 2014.....	197
5.7.1.- Antecedentes.....	197

5.7.2.- La legitimación de la recurrente.....	199
5.7.3.- Con los modificados se reabre el plazo de recurso frente a la adjudicación.....	199
5.8.- OTROS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES DE INTERÉS.....	201
5.8.1.- La STJUE de 22 de junio de 1993.....	201
5.8.2.- La STJUE de 5 de octubre de 2000.....	202
5.8.3.- La STJUE de 13 de enero de 2005.....	204
5.8.4.- La STJUE de 13 de septiembre de 2007.....	205
5.8.5.- La STJUE de 4 de junio de 2009.....	206
5.8.6.- La STJUE de 15 de octubre de 2009.....	208
5.8.7.- La STJUE de 29 de abril de 2010.....	210
5.8.8.- La STJUE de 27 de octubre de 2011.....	211
5.8.9.- La STJUE de 5 de diciembre de 2013.....	212
5.9.- EL TRASLADO DE LA DOCTRINA DEL TJUE A LAS NUEVAS DIRECTIVAS.....	213
6.- ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS.....	214
6.1.- REQUERIMIENTOS DE LA COMISION A LOS ESTADOS. EN PARTICULAR REQUERIMIENTO A ESPAÑA.....	214
6.2.- LIBRO VERDE SOBRE LA MODERNIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	219
7.- LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA LIMITACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES.....	226
7.1.- LAS PROPUESTAS DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	226
7.2.- LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	231

7.3.- LA DIRECTIVA 2014/24, SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	232
7.3.1.-Introducción.	232
7.3.2.- Las modificaciones previstas en el contrato.	234
7.3.3.- Los contratos complementarios.....	235
7.3.4.- Los modificados imprevisibles.	236
7.3.5.- Sustitución del contratista. Prohibición de la cesión.	238
7.3.6.- Las modificaciones no sustanciales y el <i>umbral de minimis</i>	239
7.3.7.- Las modificaciones sustanciales.....	240
7.4.- LA DIRECTIVA 2014/23/UE RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN.....	242
7.5.- DIRECTIVA 2014/25/UE DE SECTORES ESPECIALES.....	243

CAPÍTULO CUARTO. PRESUPUESTOS DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

1.- LA NECESARIA LIMITACIÓN DEL IUS VARIANDI.....	247
1.1.- LAS MODIFICACIONES COMO PROBLEMA.	247
1.2.- LOS AFECTADOS POR LA MODIFICACIÓN.....	247
1.2.1.- Contratista y modificación del contrato.	248
1.2.2.- Ciudadanos y modificaciones contractuales.....	251
1.3.- EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN: CAUSA DE LA MODIFICACIÓN.	252
1.4.- LA DESNATURALIZACIÓN DE LA LICITACIÓN.	253
2.- DE LA AUSENCIA DE RESTRICCIONES AL MODIFICADO A SU CONCEPCIÓN ESTRICTA.	256

3.- DE UNA PRERROGATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN A UN LÍMITE GENERAL: ÁMBITO SUBJETIVO.	259
4.- LA PROHIBICIÓN DEL MUTUO ACUERDO.	262
5.- LA EXIGENCIA DE PREEXISTENCIA DEL CONTRATO.....	265
5.1.- MODIFICACIONES PREVIAS A LA PERFECCION.....	265
5.2.- MODIFICACIONES POSTERIORES A LA EXTINCIÓN.	268
6.- LA EXIGENCIA DE INTERÉS PÚBLICO.....	270
6.1.- EL INTERÉS PÚBLICO COMO PRESUPUESTO.....	270
6.2.- LA EXISTENCIA DE LÍMITES A LA INMUTABILIDAD DEL FIN.....	274
7.- CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES.....	275
7.1.- CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIA IMPREVISTA EN EL DERECHO EUROPEO.....	275
7.2.- CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIA IMPREVISTA EN ESPAÑA.....	278
7.2.1.- Diferencia entre imprevisibilidad y necesidad nueva.	278
7.2.2.- La imprevisibilidad.	285
7.2.3.- Crisis económica y modificados.....	294
7.2.4.- El concepto de circunstancia imprevista en Navarra.	304
8.- LA PREVISIÓN DE MODIFICACIONES EN EL CONDICIONADO.	306
8.1.- LOS MODIFICADOS PREVISTOS: REGLA GENERAL.....	306
8.2.- LA NECESIDAD DE PREVER ADECUADAMENTE LOS POSIBLES MODIFICADOS EN EL CONDICIONADO.	308
8.2.1.- La prohibición de previsión genérica.	308
8.2.2.- Afección económica de los modificados previstos.....	310
8.2.3.- Alteración sustancial y modificados previstos.....	312

8.2.4.- Modificados previstos e imprevisibilidad.....	313
8.2.5.- Modificados previstos y solvencia de los licitadores.	314
8.2.6.- Modificados previstos en el anuncio o en el condicionado.	315
8.2.7.- Las modificaciones del número de unidades o servicios en función de las necesidades.....	316
8.3.- CONSECUENCIAS DE LA NO PREVISIÓN DE MODIFICACIONES.	318
9.- CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES QUE HABILITAN A MODIFICAR EL CONTRATO EN EL TRLCSP.....	322
9.1.- INTRODUCCIÓN.....	322
9.2.- EL ERROR COMO CAUSA DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.....	323
9.2.1.- El conocimiento del error del contratista. Su vinculación al contrato.....	323
9.2.2.- Error suficiente.....	325
9.2.3.- Error imprevisible.....	327
9.3.- FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO.	334
9.3.1.- Diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito.	334
9.3.2.- Amplitud del concepto de fuerza mayor en el TRLCSP....	335
9.4.- LOS AVANCES TÉCNICOS.	337
9.5.- AJUSTE A NUEVAS NORMAS O ESPECIFICACIONES.....	341
10.- LA IMPOSIBILIDAD DE ALTERAR SUSTANCIALMENTE EL CONTRATO ORIGINARIO.....	342
10.1.- INTRODUCCIÓN.....	342
10.2.- PRESUPUESTOS GENERALES. INMUTABILIDAD DEL FIN.....	343
10.3.- CONCEPTO AMPLIO DE ALTERACIÓN SUSTANCIAL.....	345

10.4.- LA REGULACIÓN DE LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO EUROPEO.	346
10.5- LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO EN ESPAÑA ANTES DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.	353
10.6.- EL CONCEPTO DE ALTERACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO EN EL TRLCSP.....	354
10.6.1.- Alcance del concepto.....	354
10.6.2.- El artículo 107.3 del TRLCSP.....	356
10.7.- CONCLUSIÓN.....	371
11.- EL CONSENTIMIENTO DEL CONTRATISTA SOBRE EL MODIFICADO COMO PRESUPUESTO EN DETERMINADOS SUPUESTOS.	372
12.- LA DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES, EN PARTICULAR, LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS.	373
12.1.- INTRODUCCIÓN.	373
12.2.- LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS DE OBRAS Y SERVICIOS.	374
12.2.1.- Introducción.	374
12.2.2.- Evolución de la regulación de las obras complementarias.	375
12.2.3.- La regulación del TRLCSP.	376
12.2.4.- Régimen jurídico y expediente.....	381
12.2.5.- Importe de las obras complementarias. Especial referencia a la revisión de precios.	382
12.2.6.- El límite del 50% del precio primitivo del contrato.....	383

CAPÍTULO QUINTO. EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

1.- INTRODUCCION.....	388
2.- LA PREVISIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN EN EL CONDICIONADO O EN LAS INSTRUCCIONES INTERNAS.....	390
3.- EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PRIVADOS.....	390
4.- INICIATIVA Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN. CUESTIONES GENERALES.....	391
5.- AUDIENCIA AL CONTRATISTA, AL REDACTOR DEL PROYECTO Y ACEPTACIÓN ANTE NUEVOS PRECIOS.....	393
6.- PROPUESTA DEL SERVICIO ADMINISTRATIVO Y AUTORIZACIÓN DE GASTO COMPLEMENTARIO.....	394
7.- INFORME JURÍDICO.....	395
8.- EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO O CONSEJO CONSULTIVO AUTONÓMICO.....	396
9.- ACUERDO DE APROBACIÓN DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.....	397
9.1.- ÓRGANO COMPETENTE.....	397
9.2.- CONTENIDO DEL ACUERDO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.....	398
9.3.- LA OBLIGACIÓN DE PUBLICITAR Y NOTIFICAR EL MODIFICADO.....	398
10.- MODIFICACIONES CONTRACTUALES POR VARIACIÓN DEL NÚMERO DE UNIDADES SIN PROCEDIMIENTO.....	402
11.- EL PROCEDIMIENTO SUMARIO O SIMPLIFICADO DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.....	406

12.- EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACION DE LOS CONTRATOS MENORES.....	410
13.- LA FORMALIZACIÓN DE LA MODIFICACIÓN. INEXISTENCIA DE PLAZO DE ESPERA PARA FORMALIZAR.....	411
14.- CONSECUENCIAS DE NO SEGUIR EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.....	412
15.- EL REFORMADO ANTICIPADO. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. ...	415
15.1.- CONCEPTO Y CONSECUENCIA PRINCIPAL: EL PAGO.....	415
15.2.- CONSECUENCIAS PARA EL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN.....	416
15.3.- ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN O LA DIRECCIÓN DE OBRA QUE VALIDAN UN REFORMADO ANTICIPADO.	419
15.3.1.- Necesidad de orden cualificada.....	419
15.3.2.- La necesidad de apariencia de legalidad.....	422
15.4.- LA VALORACIÓN DE LOS REFORMADOS ANTICIPADOS.	426
15.5.- PROCEDIMIENTO DE ABONO DEL REFORMADO ANTICIPADO.....	427

CAPÍTULO SEXTO. EFECTOS Y CONTROL DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

1.- LA MODIFICACIÓN DEL CONTENIDO OBLIGACIONAL.....	432
2.- LA CONTINUIDAD DEL CONTRATO.....	432
3.- LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.....	434
4.- LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO.....	436
4.1.- CONCEPTO.....	436
4.2.- EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN. EN ESPECIAL LA INDEMNIZACIÓN.....	438

5.- LA OBLIGATORIEDAD DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES.	441
6.- LA NECESIDAD DE PREVEER UN NUEVO PLAZO DE EJECUCIÓN Y UN NUEVO PROGRAMA DE TRABAJO A CAUSA DEL MODIFICADO.....	442
7.- EL REAJUSTE DE LA GARANTIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.....	446
8.- LOS EFECTOS ECONÓMICOS DEL MODIFICADO.	447
8.1.- CUÁNDO SURGE EL DERECHO AL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO ANTE UN MODIFICADO.	447
8.1.1.- Los modificados como excepción al riesgo y ventura.	447
8.1.2.- Modificaciones susceptibles de compensación.	452
8.2.- DETERMINACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES POR MODIFICACIONES CONTRACTUALES.	454
8.3.- CÓMO DEBE RESTABLECERSE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO ANTE UN MODIFICADO.	458
8.3.1.- Pago en metálico.	458
8.3.2.- La ampliación de la duración del contrato y otros medios de compensación.....	459
8.3.3.- La realidad de las compensaciones de modificados ante la crisis económica.	460
8.3.4.- Procedimiento de compensación por modificaciones.	464
8.4.- CÓMO SE DETERMINA EL VALOR ECONÓMICO DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.....	464
9.- LA FORMALIZACIÓN DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.....	467
10.- LA PUBLICIDAD DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES.....	468
11.-LA REVISIÓN DE PRECIOS EN CASO DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.	471
12.- LOS MEDIOS JURÍDICOS DE COMBATIR LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES.	473

12.1.- INTRODUCCIÓN.....	473
12.2.- LEGITIMACIÓN.....	474
12.2.1.- Legitimación del contratista.....	474
12.2.2.- Legitimación de otros interesados. Especial referencia a los licitadores admitidos a la licitación inicial.....	475
12.3.- LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS. EN ESPECIAL LA POSIBILIDAD DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO ESPECIAL.....	476
12.3.1.- Los recursos administrativos ordinarios.....	476
12.3.2.- El recurso especial.....	476
12.4.- LA CUESTIÓN DE NULIDAD.....	489
CONCLUSIONES	496
BIBLIOGRAFÍA	516



ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
DIRECTIVA 2004/18	Directiva 2004/18/CEE 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
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía. JCCA seguido de la denominación de una Comunidad Autónoma identifica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de esa Comunidad
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas
LCE	Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LES	Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso –Administrativa
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
S	Sentencia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957
TGUE	Tribunal General de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea – antes denominado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLCAP	Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 2/ 2000 de 16 de junio
TRLCSP	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
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
RGLCAP	Real Decreto 1098/2001 de 12 de Octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

INTRODUCCIÓN

1. Las modificaciones contractuales constituyen una alteración de las obligaciones originarias que los poderes adjudicadores asumen respecto de los contratistas. En una situación de crisis la modificación debe ser considerada un grave problema. Ahora la libertad de ejecución presupuestaria está muy limitada y los efectos que una modificación de un contrato tiene para la economía son graves. Además existe un riesgo evidente de que la licitación inicial quede desvirtuada por el impacto de las modificaciones contractuales.

Las precauciones a adoptar son aún más importantes en España a la vista de su pertenencia a la Unión Europea y su sometimiento a las Directivas en materia de contratación pública.

La contratación pública es una materia con una notable influencia sobre el PIB europeo y la atención que los órganos de la Unión Europea dedican a controlar la aplicación de los principios rectores de la contratación pública ha ido en aumento. De hecho, en los últimos años las modificaciones contractuales se han puesto en su punto de mira.

2. No existen estudios completos actuales acerca de la modificación contractual, donde se analice la incidencia de la nueva normativa española (TRLCSP), ni tampoco que efectúen un análisis sobre los pronunciamientos jurisprudenciales del TJUE y doctrinales que le afectan.

Los estudios hasta ahora existentes centraban su interés en cómo las modificaciones contractuales afectaban al contratista. Sin embargo, se ha tratado poco el impacto que los modificados tienen sobre la licitación inicial y la eficiencia del proceso de contratación.

Tampoco existen estudios que analicen las nuevas directivas de contratación pública aprobadas el 15 de enero de 2014, y especialmente la jurisprudencia del TJUE que debe servir para interpretarlas.

3. El estudio trata de ofrecer las claves para restringir las modificaciones contractuales. Las modificaciones han sido y son un problema para el normal desarrollo del contrato y desgraciadamente van unidas a la corrupción y suponen un encarecimiento de los contratos siempre desfavorable para la Administración (con reserva de las modificaciones “a la baja”). Examinó el trascendental paso que se ha dado desde la perspectiva de la protección del interés del propio contrato (y normalmente, también del contratista), a considerar que el interés superior es el de la propia licitación y el respeto de los principios generales de la contratación pública.

4. He partido de un examen de la normativa sobre contratación pública en España desde el siglo XIX hasta llegar a la actualidad, para exponer que la modificación históricamente fue considerada un problema, e incluso tal calificativo se plasmó en diversos textos legislativos.

Ocupa un lugar destacado el estudio de los pronunciamientos del TJUE en materia de modificaciones contractuales, puesto que este Tribunal es el artífice de la “regulación” limitadora de las modificaciones contractuales, que fue incorporada en España por la LES en 2011 y ahora aparece recogida en la nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014.

5. En cuanto a la metodología empleada, ésta se ha centrado en el análisis legislativo a nivel español y europeo en esta materia, así como en la jurisprudencia europea y española sobre las modificaciones contractuales.

Se ha intentado extraer de la legislación (tanto histórica como actual) como de las sentencias judiciales aquellos paradigmas que sean de utilidad al aplicador cotidiano para puede decidir correctamente en relación con las modificaciones contractuales.

Se desmenuzan los conceptos jurídicos indeterminados mediante un estudio histórico desde los inicios legislativos de la contratación hasta nuestros días, a fin de comprender su significado y existencia. Todo ello siguiendo los presupuestos de los métodos históricos y lógicos.

Además, debe destacarse la utilidad de las fuentes proporcionadas por la Comisión Europea, tanto la información que difunde públicamente – Comunicaciones, aportaciones a la consulta pública llevada a cabo en 2011 en el marco del Libro Verde para la modernización de la contratación pública –, como la facilitada para este trabajo – fundamentalmente el Dictamen motivado de 27 de noviembre de 2008 –.

También se han incorporado los pronunciamientos de los tribunales administrativos de recurso especial y los informes de las juntas consultivas de contratación administrativa del Ministerio de Economía y especialmente las autonómicas. Y por último, se han examinado los estudios de la doctrina científica.

6. La tesis se estructura en seis capítulos.

El primero de ellos pretende definir el marco general de las modificaciones contractuales. Estudia la naturaleza jurídica de la modificación contractual, como potestad administrativa reglada y analiza su origen contractual o legal, para valorar cuál es su alcance. Se trata de concretar cuáles son las limitaciones generales a que deben someterse las modificaciones contractuales. En este sentido, se examina el abandono de las teorías permisivas que han predominado hasta tiempos muy recientes. La pretensión es conocer su origen y justificación jurídica tradicional.

El segundo capítulo estudia la evolución de la potestad de modificación del contrato desde 1845 hasta la actualidad. La finalidad principal es discurrir si la configuración del *ius variandi* ha sido similar o si por el contrario ha ido evolucionando. Se aspira a extraer herramientas del pasado para comprender mejor esta potestad en el presente, y a entender cómo y por qué se ha pasado de la originaria permisividad total de las modificaciones a su prohibición sustancial en la actualidad.

El tercer capítulo analiza la influencia del derecho europeo en la interpretación de los supuestos en que se puede modificar válidamente un contrato. Se estudian las Directivas sobre contratación pública desde su origen hasta 2014. Se otorga especial importancia a la jurisprudencia del TJUE en

materia de modificados, considerándola una herramienta interpretativa esencial, porque resuelve la falta de certeza y claridad con que tradicionalmente se han regulado e interpretado en España las modificaciones contractuales y sus presupuestos.

El capítulo cuarto desgrana los presupuestos exigibles para modificar un contrato público en España conforme a la legislación actual. Se estudia cómo, cuándo y por qué puede modificarse un contrato. Se comparan presupuestos que antes habilitaban para modificar un contrato – como las necesidades nuevas – con la forma en que el TRLCSP debe ser interpretado hoy. Todo ello se orienta hacia el nuevo marco impuesto por el derecho europeo sobre modificaciones contractuales.

El capítulo quinto examina los efectos de las modificaciones contractuales para la propia Administración, para los contratistas y los licitadores en la licitación inicial. Se estudian todos los trámites necesarios para la modificación del contrato sobre la idea de buscar la simplicidad y seguridad jurídica procedimental. Se analizan los supuestos particulares en que bien no es necesario procedimiento alguno, o bien éste es sumario o simplificado.

Este capítulo dedica especial importancia a los “reformados anticipados”. Del estudio se aprecia que en la mayoría de supuestos la Administración opta por no tramitar un expediente de modificación contractual sino que aguarda a la liquidación del contrato para regularizar el modificado. Esta práctica irregular presenta efectos económicos desfavorables para el contratista y para la Administración. Se precisan los supuestos en que el contratista tiene derecho a resarcirse de la ejecución de modificados anticipados.

El capítulo sexto examina los efectos que los modificados desencadenan. Desde los más evidentes, como la modificación del contenido obligacional, la continuidad o resolución contractual, a la obligatoriedad de todo modificado con el TRLCSP y la necesidad de reajuste del plazo de ejecución y de la garantía. Se detallan las consecuencias económicas de las modificaciones contractuales para el contratista y las formas en que puede restablecerse el equilibrio económico ante un modificado y el cálculo de su

valor económico. Se defiende la necesidad de publicidad de todos los modificados como garantía de respeto del principio de transparencia.

Finalmente, se estudian las posibilidades de impugnación de las modificaciones contractuales por parte del adjudicatario y de otros sujetos afectados por la modificación contractual. Se presta especial interés al estudio de los sujetos legitimados para impugnar los modificados, y la posibilidad de interposición de recurso especial.

7. Por último, quiero destacar que el presente estudio nace también con una vocación práctica. Es necesario resolver la inseguridad de los gestores de la Administración al tiempo de enjuiciar si una propuesta de modificación contractual es viable jurídicamente.

Para ello he contado con mi experiencia en la función de asesoramiento jurídico en materia de contratación pública para la Administración desde hace más de una decena de años, lo que me ha llevado a realizar aportaciones que espero sean útiles para la práctica.

Por tanto, la finalidad principal de mi trabajo de tesis doctoral ha sido ofrecer un estudio riguroso tanto teórico como práctico sobre las modificaciones contractuales, apoyado en el análisis de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina, con la intención adicional de prestar un servicio a los gestores públicos así como a los operadores económicos ofreciendo propuestas que les sirvan en el día a día. En mi ánimo siempre ha estado, asimismo, colaborar en la búsqueda de nuevas vías o de soluciones que permitan combatir las malas prácticas administrativas que conducen a menudo a episodios de corrupción que proliferan, con harta frecuencia, en torno a la contratación del sector público y, en especial, sobre las modificaciones contractuales.

CAPÍTULO PRIMERO.
CONCEPTO DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

1.- INTRODUCCIÓN.

La posibilidad de que dos o más personas puedan quedar obligadas por su propia iniciativa representa el reconocimiento del poder creador de la autonomía de la voluntad. Esta libertad de acción, la consiguiente obligación de ejecutar el contrato según su tenor y los correlativos principios de autonomía de la voluntad y de *pacta sunt servanda*, chocan frontalmente con el derecho de una de las partes, el poder adjudicador, a alterar el contrato inicial. Esta potestad se conoce como potestad de modificación del contrato o *ius variandi*. Supone admitir la posibilidad de que el contenido del contrato quede determinado por una parte, la Administración.

Cabe preguntarse, entonces, las causas o circunstancias que legitiman tal actuación. *A priori*, pareciera que no puede existir nada más elemental que la necesidad de garantizar el respeto del contrato consensuadamente perfeccionado por las partes. Más teniendo en cuenta el rigorismo de procedimientos y formalidades que presiden la selección del contratista. Sin embargo, resulta llamativa la aceptación no sólo de la posibilidad de alterar el contenido contractual por mutuo acuerdo, sino, que incluso una sola de las partes pueda alterarlo con independencia del deseo de aceptación de la variación por la otra.

Es conveniente discernir sobre si en todo caso es posible que el poder adjudicador modifique el contrato o necesita alguna habilitación normativa especial para hacerlo. Es necesario definir unos límites para evitar los riesgos de impacto de los modificados sobre las diferentes partes afectadas por él, pues los modificados deben ser excepcionales¹.

Un modificado es una nueva adjudicación directa dirigida al contratista originario. El procedimiento negociado sin publicidad se configura como un procedimiento excepcional. Tanto el extinto artículo 31 de la Directiva 2004/18

¹ En el mismo sentido se pronuncia el dictamen del Consejo de Estado 1281/2005 que atribuye el carácter de excepcional al uso del *ius variandi*, además de señalar la necesidad de que concurren los presupuestos legalmente establecidos al efecto para modificar un contrato.

como en el nuevo artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relegan el uso de esta posibilidad a unos supuestos tasados.

Estas nuevas adjudicaciones se realizan prescindiendo totalmente de procedimiento de adjudicación y sin publicidad. Ni siquiera median tres ofertas, ni una negociación sobre distintos aspectos, sino que se pactan de forma directa con un único empresario. De hecho es con el propio contratista con quien se llega además a un acuerdo sobre los nuevos precios que surgen del modificado².

2.- LA INMUTABILIDAD DEL CONTRATO.

Por contrato se entiende el acuerdo de voluntades mediante el cual las partes intervinientes en el mismo se obligan a distintos fines³. El concepto de voluntad procede del término latino *voluntas-atis*. Entre los significados que contempla la Real Academia Española se encuentran por ejemplo la “*facultad de decidir y ordenar la propia conducta*”, el “*libre albedrío o libre determinación*”, o la “*elección hecha por el propio dictamen o gusto, sin atención a otro respeto o reparo*”.

Relacionando este concepto con el principio de la autonomía de la voluntad, resulta que un contrato es un acuerdo de voluntades entre dos partes⁴. Como contenido integrante de dicho acuerdo, contratante y contratista expresan su autonomía para dar o hacer una prestación. Producen libremente,

² Todo ello constituye así una primera y genérica limitación. En este sentido HOEPFFNER, H., afirma que “*el control de las modificaciones conlleva una mayor garantía de la libertad contractual pues sirve para preservar durante la fase de ejecución del contrato las condiciones iniciales de la misma concurrencia*” (*La modification du contrat administratif*, L.G.D.J., Paris, Bibliothèque de Droit Public, 2009, p. 44).

³ PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen I, 3ª ed., Doctrina General del contrato, Bosch, Barcelona, 1988, p. 9.

⁴ HARGAIN, D., «La autonomía de la voluntad rige exclusivamente en materia contractual, y no en el ámbito de los negocios jurídicos no obligacionales», *Revista crítica de derecho privado*, Nº 3, Montevideo, 2006. (documento electrónico)

los pactos, cláusulas y condiciones que tienen por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público. Así lo permite el artículo 1255 de nuestro Código Civil para inmediatamente afirmar que *“la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”* en su artículo 1256⁵. Ello es tanto como legalizar el principio de autonomía de la voluntad.

De la conjunción de esos dos preceptos se desprende que una cláusula que permitiera a un contratante disponer libre y unilateralmente del contrato sería contraria a la esencia misma del contrato.

El artículo 1256 del Código Civil es reflejo del llamado principio de *pacta sunt servanda* (que podemos traducir como “lo pactado obliga”). Éste término latino, atribuido al jurista ULPIANO (abordado por éste en su comentario al título edictal *De pactis conventis: Digesto 2.14.7.7*) significa que los acuerdos entre partes o pactos deben cumplirse según su tenor⁶.

El artículo 1091 del Código Civil recoge de forma literal este principio. En su virtud, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, sin que quepa variarlo durante el desarrollo del contrato por las partes, y menos aún, que una de las partes las imponga a otra contra su voluntad.

A través de los pactos que integran el contrato se genera una auténtica fuerza obligatoria de trascendencia similar a la que cualquier norma jurídica pueda establecer. En el caso de los contratos públicos, tras el establecimiento de las necesidades que se pretenden satisfacer por parte del poder adjudicador – que se reflejan en los pliegos de condiciones –, sigue la oferta por parte de los distintos licitadores y una aceptación por parte del primero a través de la

⁵ El artículo 1256 del código civil se relaciona a su vez con el artículo 1115 del mismo que determina que *“cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código”*.

⁶ Vid. la STS de 15 octubre 2012 (RJ 2013\1482).

adjudicación del contrato. Estos pliegos poseen “*fuera de ley*” e impiden que la Administración los modifique durante su ejecución.

Estos principios son la expresión de las normas de conducta más primarias. Así los recuerda LACRUZ BERDEJO al rememorar a POUND. Éste último consideraba que “*un principio que debe regir en toda sociedad civilizada es la idea de que los hombres deben poder contar con que aquellos con quienes tratan en el intercambio social actuarán de buena fe y por tanto llevarán a cabo las expectativas razonables que sus promesas o su conducta hayan creado razonablemente en los demás*”⁷.

Ciertamente, existe en la regulación de los contratos, tanto privados como públicos, una exaltación del principio de la autonomía de la voluntad, pero, es en esa voluntad en la que se funda, precisamente, la obligatoriedad del contrato.

El artículo 25.1 del TRLCSP denominado, precisamente, “libertad de pactos” muestra como “*en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración*”.

El artículo 115.3 TRLCSP determina que los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos. A su vez, el artículo 115.1 TRLCSP ordena que los pliegos de cláusulas administrativas incluyan los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato. Y finalmente, el artículo 116 TRLCSP establece que los aspectos que debe contener las prescripciones técnicas, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley.

⁷ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I, Introducción, Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1998, p. 124. Vid. asimismo, DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 86.

Estos pliegos constituyen la “*Ley del contrato*” (*lex contractu*), como ha afirmado reiteradamente la jurisprudencia⁸; manteniendo que el pliego de condiciones contiene un poder normativo «inter partes», dentro de un plano subordinado a las normas y principios superiores del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, ese valor de “ley del contrato” no puede hacer caer en el error de entender que el pliego de condiciones posee naturaleza normativa. Su valor es meramente contractual. En justa correspondencia, el artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supondrá la aceptación.

Una vez que la Administración ha hecho públicas sus necesidades y pactos futuribles, no puede con carácter general, alterar unilateralmente su contenido. El principio de invariabilidad o inmutabilidad del contrato por una de las partes es plenamente aplicable a los contratos administrativos. En consecuencia, la especial posición de la Administración Pública en la ejecución de los contratos no puede implicar que ésta ignore la naturaleza bilateral de los contratos administrativos y la implicación que ello conlleva para las dos partes actuantes⁹. BOQUERA OLIVER, afirma en este sentido, que si fuera posible dejar el contrato a merced de una de las partes contratantes no nos encontraríamos ante un verdadero contrato¹⁰.

⁸ Vid. SSTS de 21 de diciembre de 1988 (RJ 1988\10220), de 30 octubre 1989 (RJ 1989\7581), de 4 octubre 1989 (RJ 1989\7219), de 26 septiembre 1989 (RJ 1989\6703 (RJ 1989\6189), de 25 julio 1989 (RJ 1989\6111), de 30 junio 1989 (RJ 1989\4937), de 7 junio 1989(RJ 1989\4515), y de 9 diciembre 1982 (RJ 1982\7954).

⁹ BLANC, J., GARDÓ, R., MORERA, J., SANGENIS, J.M., VICENTE, E., VIDAL, R., *Introducció a la llei de contractes de les administacions públiques*, Escala del'Administració Pública de Catalunya, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p. 108.

¹⁰ BOQUERA OLIVER, J.M., *Poder administrativo y contrato*, Escuela de Administración Pública, 1970, Madrid, pp. 81 – 82. DOMINGUEZ LUELMO, A. (Dr.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, 2010, pp. 1368 – 1371.

Así lo ha determinado reiteradamente el TS desde su sentencia de 29 abril 1980 (RJ 1980\2701)¹¹, aseverando que no puede quedar al arbitrio de una Administración Pública el cumplimiento del contrato y rotundamente determinaba la aplicabilidad de este principio no sólo para los contratos civiles suscritos por la Administración, sino también para los contratos administrativos¹².

En el mismo sentido, HORGUE BAENA afirma que si la validez de un contrato administrativo queda al arbitrio de una de las partes “*se pugna con la esencia de las obligaciones sinalagmáticas*”¹³.

Estos principios comportan la inmodificabilidad, inmutabilidad o invariabilidad del contrato (*principio ne varietur*); términos sinónimos. Conllevan que la aparición de circunstancias que alteren el cumplimiento del contrato según lo pactado determina la posibilidad de extinción del contrato¹⁴. Ello supone lo que se conoce como “*congelación de la obligación ante el cambio de circunstancias*”. GIL RODRIGUEZ¹⁵ define este concepto en el sentido de que las partes solo se obligaron en la medida en que permanecieran inalteradas las circunstancias concurrentes en el momento de contratar.

De hecho nuestro Código Civil no recoge de forma directa la posibilidad de modificación de los contratos, sino que se refiere a ella solamente en sede de novación (arts. 1203 a 1213). El artículo 1203 del Código Civil afirma que las obligaciones pueden modificarse cuando varíe su objeto o condiciones principales, cuando se sustituya la persona del deudor o cuando se subrogue a un tercero en los derechos del acreedor.

¹¹ Véase igualmente las SSTs de 12 enero 2012 (RJ 2012\21), de 12 junio 1995 (RJ 1995\5351), de 7 febrero 1979 (RJ 1979\903).

¹² BOQUERA OLIVER, J.M., *Poder administrativo y contrato*, op cit., p. 84.

¹³ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 16.

¹⁴ Vid. los arts. 644, 1584, 1700, 1732, 1291, 1293, 1170, 1754 del Código Civil.

¹⁵ PUIG I FERRIOL, L., GETE –ALONSO Y CALERA, M., GIL RODRIGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 641 - 642.

Sin embargo, JURISTO SANCHEZ entiende que el artículo 1593 del Código Civil reconoce la posibilidad del dueño de la obra a modificar el contrato, y lo entiende como algo consustancial al contrato de arrendamiento civil de obra¹⁶. Ese precepto literalmente señala que *“Las obligaciones pueden modificarse: 1.- Variando su objeto o sus condiciones principales. 2.- Sustituyendo la persona del deudor. 3.-Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor”*.

No obstante todo lo dicho en relación con la inalterabilidad del contrato, el Código Civil, prevé la posibilidad, de que haciendo uso del mismo principio de la autonomía de la voluntad privada se produzcan modificaciones del contrato por mutuo acuerdo sin producir su extinción. Ello se contempla en el artículo 1255 Código Civil al prever que *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*.

Pese a este rigorismo, se ha admitido comúnmente por la jurisprudencia civil la modificación del contrato, aún sin mutuo acuerdo. Contrariamente al rigorismo prevenido por el artículo 1256 del Código Civil. Se permite las modificaciones en contratos civiles siempre que se deban a acaecimientos no imputables a ninguna de las partes, sino ajenos a éstas, pero que influyen directamente en la ejecución del contrato sin atentar contra las prescripciones del 1256 del código civil. Ejemplo de ello es la STS (Sala de lo civil) de 28 de junio de 2007 (RJ 2007\3786) que alude a que no existe alteración o violación de las prescripciones del artículo 1256 del Código Civil cuando concurren determinadas circunstancias. Llega incluso a afirmar que *“la alteración del negocio jurídico básico no depende del arbitrio de una de las partes, sino del desarrollo de los acontecimientos y de una doble condición y dicho artículo proscribire la alteración o extinción de una obligación por la voluntad unilateral*

¹⁶ JURISTO SANCHEZ, R., *La ejecución del contrato de obra pública*, op. cit., p. 209.

de una de las partes (así, sentencias de 27 de febrero de 1997, 13 de abril de 2004, 30 de noviembre de 2005)”¹⁷.

VILLAR PALASI¹⁸ recuerda que cuando el artículo 1258 del Código Civil considera que los contratos obligan al cumplimiento no sólo de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que se deriven de la buena fe está admitiendo claramente la prevalencia de la buena fe del tráfico privado sobre la declaración expresa, literal de la voluntad de las partes, aludiendo a la relación jurídica de confianza o *vinculum fraternitatis seu comunitatis* de todo contrato.

La más conocida de las teorías que matizan este principio de inmutabilidad es la teoría medieval, *rebus sic stantibus (contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur)*. En su virtud las estipulaciones contractuales lo fueron a la vista de las circunstancias que concurrían en el momento de su perfección, de modo que el contrato debe acomodarse a las circunstancias reales por cambios generales e imprevisibles de las circunstancias. Esta cláusula conlleva que el contrato no se rescinde, resuelve o extingue cuando concurren ciertas causas, sino que simplemente, se modifica¹⁹. No obstante, para ello la jurisprudencia²⁰ exige una serie de presupuestos: a) que exista una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) que a consecuencia de dicha alteración se produzca una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derriben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, que no pueda ser

¹⁷ Véanse las SSTS, Sala de lo civil, de 27 de febrero de 1997 (RJ 1997/1333), de 13 de abril de 2004 (RJ 2004/2619), y de 30 de noviembre de 2005 (RJ 2005/7742).

¹⁸ VILLAR PALASI, J.L., *Apuntes de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I*, Madrid, 1977, p. 170.

¹⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 noviembre de 2004 (RJ 2004/6900).

²⁰ SSTS (Sala de lo Civil) 79/2007 de 25 enero de 2007 (RJ 2007/592), de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012/4524), de 17 julio de 2012 (RJ 2012/8855), de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2009/72196).

enderezado por otro medio; y c) que todo ello acontezca por que aparezcan circunstancias radicalmente imprevisibles.

3.- DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

Algunos autores afirman que hay un doble concepto de modificación del contrato: uno amplio y otro estricto. En sentido amplio, cualquier variación que pueda introducirse en el contrato y que de alguna manera produzca una nueva configuración de la misma sería considerada como una modificación contractual. En un sentido estricto, sólo serían modificados las alteraciones que se produzcan sobre elementos estructurales de la relación obligatoria mientras ésta todavía persista.²¹

HORGUE BAENA define el término modificación del contrato como el acto en virtud del cual se produce una alteración formal de las condiciones mismas en que se perfecciona el contrato²².

DEL PRETE entiende por modificación el acto jurídico por el que las partes convienen alterar un contrato en curso en uno o más elementos del contrato que les une, sin destruirlo²³. En el mismo sentido ALAIN GHOZI pone énfasis en que el cambio realizado tiene la intención de modificar un elemento del contrato pero evitando la novación²⁴.

UBAUD-BERGERON lo define por la contradicción de dicho término con el de autonomía de la voluntad; al igual que BONNNARD que considera que la

²¹ PUIG I FERRIOL, LL., GETE-ALONSO Y CALERA, M., GIL RODRIGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, op. cit., p. 370.

²² HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 32.

²³ DEL PRETE, D., *L'avenant dans les contrats administratifs*, These, 6 de diciembre de 2002, Université d'Aix – Marseille, p. 157.

²⁴ GHOZI, A., *La modification de l'obligation par la volonté de las parties*, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1980, París, p. 13.

fuerza de obligar entre las partes afecta de manera distinta según se trate de un contrato administrativo o uno privado²⁵.

Entre las distintas modalidades de modificaciones contractuales que desarrollaremos más adelante se encuentran las siguientes:

- Modificación subjetiva: que se predica en relación a las distintas posiciones jurídicas que existen en la relación jurídica obligatoria entre el acreedor y el deudor. E incluso aquellas referidas a otras personas que sin ser sujetos activos o pasivos de la relación se superponen en ocasiones a éstos. Es el caso de la cesión del contrato o del cambio y sustitución de los subcontratistas que ejecutan prestaciones parciales del contrato que corresponden al contratista principal²⁶.

- Modificación objetiva o de contenido: es la que afecta al objeto de la prestación por cambio, ampliación o reducción de la misma.

- Modificación circunstancial: supone la alteración de las condiciones accidentales de la relación, como el tiempo o plazo para la ejecución del contrato, el emplazamiento material en que ejecutar el contrato, etc.

- Modificación funcional: se refiere al cambio de la causa o el fin que comporta de manera necesaria una modificación o alteración de la prestación.

No existirá modificación del contrato en el sentido de modificación producida por el ejercicio del *ius variandi*, entre otros en los siguientes supuestos, que igualmente, desarrollaré más adelante:

²⁵ BONNARD, R., *Précis de droit administratif*, Librairie generale de droit et de jurisprudence (LGJD); 4ª ed., París, 1943, p. 620.

²⁶ GARCÍA MARTINEZ, F.J., «Insolvencia sobrevenida del adjudicatario en los contratos administrativos, ¿Conservación o resolución del contrato?», en FERNANDEZ ACEVEDO, R., VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.) *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 401 - 402.

- Como consecuencia directa o indirecta de actos legislativos (por ejemplo incremento del IVA durante la vigencia del contrato).
- La aplicación de la cláusula de revisión de precios, cuando ésta figure ya en el contrato inicial.
- La existencia de prórrogas previstas de forma expresa en el contrato, o la aplicación de obligaciones sometidas a condición.
- Por modificación del programa de trabajos. Sin perjuicio de que habrá que estar al caso concreto para ver si estamos ante una modificación contractual o ante una mera variación del programa de trabajo.

4.- EL ABANDONO DE LA TEORÍA DE LA INMUTABILIDAD CONTRACTUAL.

4.1.- INTERÉS PÚBLICO E INMUTABILIDAD DEL FIN COMO ÚNICOS LÍMITES TRADICIONALES.

Tradicionalmente se creía que el interés público del contrato prevalecía sobre su inalterabilidad²⁷.

Ejemplo de ello es la siguiente consideración efectuada por LAUBADERE:

“La existencia de un tal poder reconocido a uno de los contratantes no confiere ninguna originalidad particular al contrato administrativo; no significa ninguna derogación al principio de la inmutabilidad de las estipulaciones contractuales”²⁸.

Es representativa de la posibilidad de modificar el contrato, a través de una potestad que ha sido considerada como *“la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo, en cuanto que apunta directamente*

²⁷ STS de 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8503).

²⁸ DE LAUBADÉRE, A., MODERNE F. y DELVOLLÉ, P., *Traité des contrats administratifs, Tomo II*, Librairie generale de droit et de jurisprudence (LGJD); 2 ed., París, 1983, pp. 330 – 331.

a uno de los presupuestos fundamentales del instituto contractual (pacta sunt servanda, contractus lex inter partes)”.

GARCÍA DE ENTERRÍA da una muestra de que frente al principio de inmutabilidad de los contratos privados y al correspondiente carácter estático de éstos, los contratos administrativos presentan una naturaleza dinámica, permitiéndose la alteración unilateral del contrato sobre el contratista por razones exclusivamente de interés general o público.

BOCKMANN MOREIRA²⁹ afirma que la realidad es siempre más fuerte que la imaginación humana. Justifica la mutabilidad del contrato como herramienta para afrontar los desafíos y los retos del presente y futuro.

En definitiva, el principio de autonomía de la voluntad posee en la contratación administrativa importantes interferencias marcadas por la potestad estudiada³⁰.

UBAUD-BERGERON sostiene que la mutabilidad del contrato no afecta directamente a la fuerza vinculante, puesto que no se basa en una concepción rígida e intangible³¹. Estaríamos ante una “*derogación de la regla de que el contratista sólo puede venir obligado a lo que consintió*”, como señala HORGUE BAENA³².

La JCCA en su Informe 71/1999, de 11 de abril de 2000, ha subrayado que los pliegos de condiciones recogerán todos los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, entendiéndose “*que rige el principio de pacta sunt servanda, del que pende el principio de inalterabilidad de los contratos o inmutabilidad de los mismos que se ve*

²⁹ BOCKMAN MOREIRA, E., «Contratos públicos de longo prazo, mutações e segurança jurídica», en FERNANDEZ ACEVEDO, R., VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, op. cit., pp. 523.

³⁰ BLANC, J., GARDÓ, R., MORERA, J., SANGENIS, J.M., VICENTE, E., VIDAL, R., *Introducció a la llei de contractes de les administracions publiques*, op. cit., p. 115.

³¹ UBAUD-BERGERON, M., *La mutabilité du contrat administratif*, op. cit., p. 36.

³² HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, op. cit., p. 107.

*matizado precisamente por lo contrario, el principio de mutabilidad, o ius variandi*³³.

La tradición jurídica³⁴ hasta bien poco tiempo entendía que lo inmutable en el contrato era el fin o la causa con ocasión de la cual se celebra el contrato y que constituye así el objetivo o necesidad pública que pretende satisfacer el contrato y no el objeto u otros elementos circunstanciales del mismo.

ARIÑO ORTIZ afirmó que *“la inmutabilidad del contrato se ve así matizada, coloreada administrativamente, por la inmutabilidad del fin. Estas alteraciones del contrato administrativo se operan, además, de un modo inmediato y directo, por el principio de decisión unilateral ejecutorio, previa al conocimiento judicial”*³⁵.

ESCOLA colegía que la mutabilidad del contrato es una consecuencia impuesta por el propio carácter de éstos, por las finalidades de interés público que con ellos se procura lograr³⁶. En el mismo sentido, CATALÁ MARTÍ considera que la potestad de modificación se justifica en última instancia por el elemento finalista de consecución del interés público que siempre acompaña a la Administración. Aunque matizaba como motivaciones más concretas las exigencias potencialmente cambiantes del interés público, la complejidad de

³³ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., pp. 74-76. MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 242-244; ESCOLA, H.J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 392.

³⁴ Por todas STS de 11 de octubre de 1979 (RJ 1979/3448).

³⁵ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 225. En el mismo sentido se pronuncia CASSAGNE, J.C., al señalar que en el contrato administrativo lo único inmutable es el fin que prevalece sobre el alcance y la modalidad de las prestaciones, siempre que la equivalencia económica de dichas prestaciones se mantenga inalterada (*El contrato administrativo*, Editorial ABELEDO – PERROT S.A.E., Buenos Aires (Argentina), 1999, p. 67). DEL PRETE, D., *L’avenant dans les contrats administratifs*, op. cit., pp. 165 - 166.

³⁶ ESCOLA, H. J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, op. cit., p. 243.

ciertos contratos que pueden hacer difícil determinar inicialmente la prestación de larga duración del contrato de cambios o circunstancias sobrevenidas³⁷.

Cabe concluir que el inmovilismo contractual es, en principio, incompatible con la función propia del contrato administrativo, pues, desgraciadamente, la modificación es un mecanismo inherente a la vida de un contrato³⁸. Ciertamente, los contratos administrativos son ordinariamente acuerdos de larga duración y con cierta complejidad, y ellos es lo que determina la posibilidad de modificar el contrato³⁹.

Las nuevas Directivas sobre contratación pública han incluido estos argumentos para justificar no solo la pervivencia de la prerrogativa de modificación contractual sino también la existencia de un umbral de *minimis* en donde ni siquiera es necesario justificar el porqué de la modificación para llevarla a efecto.

Otros autores han entendido que lo inmutable es el equilibrio contractual que siempre debe ser mantenido y que constituye el verdadero objeto de la fuerza obligatoria. UBAUD-BERGERON considera que ante la necesidad de modificar un contrato (bien por acuerdo de las partes o bien por la voluntad unilateral de la Administración) existe obligación de garantizar el equilibrio económico de la relación contractual⁴⁰.

El origen del poder de modificación del contrato es jurisprudencial y doctrinal. La creación de esta doctrina no parte ni se fundamenta en razones de equidad o de humanización del contrato, sino en la necesidad de dar

³⁷ CATALÁ MARTÍ, J.V., *La contratación de las administraciones públicas ajustadas a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 456.

³⁸ HOEPPFNER, H., *La modification du contrat administratif*, op. cit., p. 3 y 45.

³⁹ PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, p.1804. Ver la STS de 21 de enero de 1992 (RJ 1992\628).

⁴⁰ UBAUD BERGERON, M., *La mutabilité du contrat administratif*, op. cit., p. 39.

satisfacción permanente al interés público, que actúa como causa y límite⁴¹. La jurisprudencia es la que con más arraigo ha mantenido la posible utilización de la prerrogativa de modificar el contrato unilateralmente. Ello ha favorecido que esta potestad sea una práctica cotidiana más que una excepción⁴².

Son muchos los pronunciamientos del TS en que se ha defendido la prevalencia de dicha potestad frente a la necesidad original de ejecución del contrato en la forma inicialmente pactada. Dicho de otro modo, el principio de *lex inter partes* y *pacta sunt servanda* cede frente al principio de mutabilidad del contrato.

Por ejemplo, la sentencia del TS de 21 de noviembre de 1981 (RJ 1981\5267) afirma que *“frente a la declaración del artículo 51 del RCL de 9 de enero de 1953, que proclama que los contratos administrativos son inalterables a partir de su perfeccionamiento y que deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas, los arts. 53 y 54 consagran el ius variandi”*.

La STS de 11 de octubre de 1979 (RJ 1979\3448) aduce que *“es evidente que, en principio, nada se puede objetar a la modificación contractual referida, puesto que la regla general de la inmutabilidad del contrato, predominante, en el arrendamiento civil (contractus lex), ofrece en el administrativo la versión de la inmutabilidad del fin, o inmutabilidad del servicio, para lo cual se instrumenta una especial potestad, la potestas variandi, habilitada no por ministerio del contrato, sino por el de la ley, hasta el extremo que la doctrina científica ha destacado que esta potestad merece ser aplicada*

⁴¹ MONEDERO GIL, J.I., *Doctrina del Consejo de Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p.390.

⁴² Vid. SSTS de 21 de noviembre de 1981 (RJ 1981\5267) y de 20 octubre 1987 (RJ 1987\8677), de 27 febrero 1984 (RJ 1984\1067), de 11 octubre 1979 (RJ 1979\3448), de 12 febrero 1979 (RJ 1979\908), STSJ Galicia de 26 septiembre de 2002 (RJCA 2002\1277). Sobre el principio de inalterabilidad contractual. Vid. HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 21. PUERTA SEGUIDO, F., «El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 484.

con un criterio extensivo en el campo administrativo, mientras que por el contrario, en el civil las facultades de modificación (ius no potestas), sólo deben ser reconocidas en los casos y con un criterio hermenéutico restrictivo”⁴³.

La STS de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000\318) manifestó que el interés público no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato. Sostuvo que la modificación del contrato sólo puede adoptarse en cuanto que la misma sea indispensable para el mejor servicio del interés público, requiriéndose una especial y singular motivación que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus pliegos de condiciones regidos por el principio “*ne varietur*”⁴⁴.

La STS de 18 de octubre de 1984 (RJ 1984\5000) afirmaba que la inmutabilidad del contrato tiene excepciones que responden a la “*prevalencia del fin público que con él se persigue; y que si de una parte se traduce en facultades exorbitantes de la Administración, muy singularmente en el reconocimiento de un «ius variandi»; de otra justifica la presencia de técnicas tendentes a asegurar un equilibrio financiero, no sólo en el caso de ejercicio de dicha facultad sino en el llamado «factum principis» o de medidas administrativas adoptadas al margen del contrato pero con repercusión en las obligaciones nacidas de él, haciendo más oneroso su cumplimiento*”, y la de 9 de abril de 1985 (RJ 1985\2858) llegaba a sostener “*el carácter ilimitado del ius variandi en cuanto a que el interés público prima sobre cualquier otra consideración*”⁴⁵.

Para concluir con esta enumeración, debe aludirse a la STS de 29 de junio de 1986 (RJ 1986\6779) que afirmaba que la potestad de modificación “*debe ejercerse atendiendo al interés público que demanda la prestación del servicio y que constituye su causa y finalidad, no estado autorizada la Administración a ejercer el ius variandi en aras de un interés particular como es el económico del concesionario, en detrimento del propio servicio y de los*

⁴³ La prevalencia del interés público sobre la inalterabilidad del contrato fue puesta de manifiesto en la STS de 11 de mayo de 1994 (RJ 1994\3806).

⁴⁴ STS de 11 de abril de 1984 (RJ 1984\1920).

⁴⁵ STS de 1 febrero 2000 (RJ 2000\318).

derechos de los demás interesados en su prestación". La STS de 21 de enero de 1992 (RJ 1992\628) concluía que *"el principio fundamental de contractus lex viene afectado en los contratos por el principio de mutabilidad del contrato administrativo"*⁴⁶.

En esta línea, el Consejo de Estado ha resaltado la importancia del interés público. Ha afirmado que *"la modificación contractual debe hallarse respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado"*⁴⁷. Incluso concurriendo graves defectos en el proyecto de obras, en la tramitación del modificado o en la forma de prestar el consentimiento a ellos por el contratista, avaló el modificado, con las siguientes palabras: *"al concurrir una "razón de interés público" para dicha modificación, habida cuenta de que si se procediese a la resolución del contrato y a una nueva licitación, no se obtendría ninguna ventaja desde el punto de vista técnico, ya que el contratista adjudicatario tendría que realizar las obras en los mismos términos previstos en el proyecto reformado, y se incurriría en un gasto superior al que deriva de la modificación del contrato, a consecuencia del aumento de los costes derivado del aplazamiento en el tiempo de la nueva licitación"*⁴⁸.

Conocida también es la expresión contenida en la Memoria del Consejo de Estado de 1990 donde se aseveraba que *"a partir de un conocimiento ordinario de la realidad y de una valoración propia de su experiencia consultiva, el Consejo de Estado entiende, con sensibilidad, como de hecho se produce en el desarrollo de una relación contractual y como, a veces, cierto grado de*

⁴⁶ En igual sentido se pronuncia las SSTS de 13 de abril de 1981 (RJ 1981\1841) y de 21 de enero de 1992 (RJ 1992\628).

⁴⁷ DCE 4350/1997 de 6 de noviembre de 1997.

⁴⁸ El dictamen del Consejo de Estado 933/2009, de 9 de julio de 2009. Este mismo argumento se ha esgrimido por el Consejo de Estado en otros dictámenes como el 54400/1990 de 21 de junio de 1990, donde incluso no se siguió el procedimiento de modificación pero se dictaminó favorablemente la continuación del contrato. Igual ocurrió en muchos otros asuntos informados por el Consejo de Estado como: el Dictamen 55586/1991, de 10 de enero de 1991, 257/1992, de 29 de julio de 1992, 1397/1992, de 19 de noviembre de 1992, 1508/1993, de 10 de febrero de 1994, 2582/1995, de 1 de febrero de 1996, 4350/1997, de 6 de noviembre de 1997, entre otros.

ductibilidad puede servir al interés público mejor que un rigorismo capaz, en aras de una interpretación legal alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa".

De igual modo, la doctrina ha dado prioridad a la defensa del interés público frente a otros principios. FERNÁNDEZ CRIADO y QUINTANA QUINTANA⁴⁹, sostienen que cuando entra en juego el interés general inherente a un contrato, en cuanto que debe prevalecer tal interés general sobre el estricto cumplimiento del contrato, la Administración puede ejercitar la potestad para modificar los contratos administrativos.

No sólo puede ejercitarse tal potestad sino que debe efectuarse. Es obligatorio⁵⁰. Si la potestad se ha generado para satisfacer un fin de interés público, su materialización no puede quedar al arbitrio del titular del órgano competente. Cuestión distinta es que superados diversos límites cuantitativos y cualitativos, el medio de adaptar el contrato a los fines de interés público no sea la modificación del contrato inicial sino la adjudicación de un nuevo contrato por procedimientos de adjudicación con la publicidad debida.

Como recuerda HORGUE BAENA⁵¹, el fundamento que utiliza de forma constante el TS (y también el resto de juzgados y tribunales) es el interés público que subyace en todo contrato administrativo.

La jurisprudencia ha subrayado esa vinculación al fin público del *ius variandi* de forma reiterada. Debe acreditarse la existencia de un interés público de forma patente, clara e indubitada⁵² como beneficiario de la modificación

⁴⁹ FERNÁNDEZ CRIADO y J., QUINTANA QUINTANA, L., «El diferente régimen de la prórroga de los contratos administrativos de gestión de servicios públicos», *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, Nº 23, 2004, pp. 3951 – ss.

⁵⁰ DE LA MORENA DE LA MORENA, L., *Curso de derecho administrativo, concepto, orígenes, sistemas, fuentes, potestades*, (autor- editor), Madrid, 1989, p. 267.

⁵¹ HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 68.

⁵² La exigencia de un interés público patente, claro e indubitado, ha venido exigiéndose por el Consejo de Estado en sus Dictámenes 42179, de 17 de mayo de 1979, 48473, de 16 de enero de 1986 entre otros. Es interesante al respecto el trabajo realizado por CEPEDA MORRAS, J., YANEZ DIAZ, C., y Otros, *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 719 -721.

pretendida. Solo por interés público y no por interés del contratista o de la Administración se puede realizar una modificación contractual.

El Consejo de Estado en su Dictamen 214/1992, de 25 de mayo de 1992, reprochó que *“una potestad de la Administración concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente en ocasiones, que no llega a constar en forma expresa la necesaria aceptación por su parte”*.

Pese a todo lo anterior, fruto de una doctrina tradicional excesivamente permisivista con las modificaciones contractuales, el alcance que la jurisprudencia nacional ha dado al principio de inmutabilidad, considera a los modificados una excepción y una facultad exorbitante de la Administración (STS de 18 de octubre de 1984 – RJ 1984\5000 –).

Actualmente, las modificaciones son la respuesta general ante las incidencias producidas durante la ejecución. Los principios *de pacta sunt servanda, lex inter partes* han sido no solo matizados, sino realmente, desplazados por otro principio, el de mutabilidad del contrato⁵³.

Al efecto, GONZALEZ VARAS – IBAÑEZ⁵⁴ reconoce que aunque en materia contractual rige en principio la regla de la inalterabilidad del contrato, es posible excepcionar dicho principio para que la Administración pueda incluir las variaciones necesarias en función de lo que más convenga al interés público.

4.2.- EL ABANDONO DE LAS TEORÍAS PERMISIVAS.

El Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública elaborado en el año 2004⁵⁵, ya señaló que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el

⁵³ Vid. entre otras SSTS de 18 octubre de 1956 (RJ 1956/3280) y de 13 abril de 1981 (RJ 1981\1840).

⁵⁴ GONZÁLEZ VARAS- IBAÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, El contrato Administrativo*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 388.

⁵⁵ Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118.

carácter competitivo de la adjudicación inicial, dado que el contrato que efectivamente se ejecuta y sus precios no son aquellos por los que se compitió.

El citado Informe afirmaba que la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja.

NÚÑEZ MUÑAIZ ha descrito cómo la modificación del contrato constituye siempre una excepción al régimen normal de adjudicación de los contratos y no debe ser el supuesto normal de ejecución del contrato en ningún caso⁵⁶.

Pese a lo dicho por el citado Informe, en ocasiones, indudablemente, viene siendo necesario adaptar el contenido del contrato a la realidad fáctica para obtener con ello el resultado inicialmente perseguido. Esto debe admitirse con muchas cautelas y limitaciones y no considerando que la inalterabilidad del fin o la causa son lo único que proteger.

En el sentido descrito, el Consejo de Estado expuso en su Memoria del año 1990, cómo cierto grado de ductibilidad puede servir al interés público mejor que un rigorismo capaz, en aras de una interpretación legal alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa. No obstante, es también este órgano consultivo quien ha advertido reiteradamente sobre la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar los proyectos de obras – causa y consecuencia principal de las modificaciones contractuales –.

El Consejo de Estado propugna que sólo excepcionalmente debe acudir a la ulterior modificación del contrato, *“pues de lo contrario, prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad*

⁵⁶ NÚÑEZ MUÑAIZ, R., *Comentarios al Texto Refundido y al Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Dykinson S.L., Madrid, 2004, p. 233. Esta afirmación viene respaldada por el Dictamen del Consejo de Estado 2002/1998 de 10 de septiembre de 1998.

*administrativa respecto al tipo de obras que habrían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación y por tanto nueva publicidad a los posibles sujetos interesados en la adjudicación”, a la vista de los principios de igualdad de trato y transparencia que deben presidir las actuaciones de los poderes adjudicadores*⁵⁷.

Como recuerda HORGUE BAENA, la inmutabilidad del contrato se relaciona con el hecho de que ha existido un procedimiento de concurrencia competitiva para elegir la oferta más ventajosa, y de nada servirían las reglas seguidas para llevar a cabo tal elección *“si una vez perfeccionado el contrato en los términos en que fue objeto de tal procedimiento el contrato se alterase”*⁵⁸. Ello a causa de la vigencia de las libertades fundamentales de la Unión Europea y los principios que se derivan de ellas, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia, que trataré más adelante.

5.- FUNDAMENTO DEL IUS VARIANDI. SU NATURALEZA EXTRACONTRACTUAL.

He afirmado que la potestad de modificación se justifica en el interés público y que ello es su fundamento primero. Ahondaré ahora en esta cuestión. La Administración se halla al frente de la gestión de los intereses de los

⁵⁷ Vid. asimismo los dictámenes del Consejo de Estado de 17 de junio de 1983, 45176/1983, de 19 de mayo de 1983, 29 de noviembre de 1984, 1629/1991, de 23 de enero de 1992, 1508/1993, de 10 de febrero de 1994, o 3371/1996, de 28 de noviembre de 1996.

⁵⁸ HORGUE BAENA, C., *El contrato administrativo de obra*, op. cit., pp. 44 y 46. UBAUD-BERGERON, M., considera que las críticas a las modificaciones del contrato administrativo provienen, de un lado, por el desequilibrio que acontece en el contrato, y por otro, por las obligaciones de concurrencia propias de la licitación (*La mutabilité du contrat administratif, Montpellier* (Thèse, 18 décembre 2004), p. 30).

ciudadanos y su fin último es la satisfacción de dichos intereses generales, lo cual, puede decirse que es su fin institucional⁵⁹.

Con ocasión de lo anterior, *ex lege* se dota a la Administración de un poder de *imperium* que equivale a situarse en una situación de supremacía en la que se plasman las potestades administrativas⁶⁰. De hecho HOEPFFNER ha llegado a afirmar que el contratista desde el principio conoce que no está contratando entre iguales sino que la Administración Pública tiene una superioridad derivada del interés público que persigue. Esta autora concluye que los efectos de los contratos administrativos no son los mismos que los de los contratos privados⁶¹, como el TS afirmó en su sentencia de 18 de octubre de 1984 (RJ 1984\5000), al considerarla una prerrogativa excepcional.

Para comprender el alcance y los efectos de esta potestad, es preciso acercarnos al concepto de potestad administrativa (“*potestas*” o “*facultas agenci*”), siquiera resumidamente.

El concepto que sigo es el acuñado por SANTI ROMANO que define la potestad administrativa como un poder jurídico, general, para imponer decisiones a otros sujetos y para el cumplimiento de una finalidad determinada protegida⁶².

⁵⁹ PAREJO ALFONSO, L., JIMENEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 1 (5 ed.), Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1998, págs.605 - 609. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2004, pp. 510 – 602.

⁶⁰ CAZORLA PRIETO, L.M., *Temas de Derecho Administrativo* (3 ed.), Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Madrid, 1983, pp. 165 – 169. BERMEJO VERA, J., considera que la potestad administrativa conlleva un poder de actuar y decidir atribuido a las Administraciones Públicas, que se enmarca en el principio de legalidad (*Derecho Administrativo Básico, Parte General*, (9ª ed.), Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 50 - 52).

⁶¹ HOEPFFNER, H., *La modification du contrat administratif*, op. cit., p. 34.

⁶² ROMANO, S., *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Ed. Dott A. Giuffré, Milán, 1947, pp. 172 -203; *Corso di diritto amministrativo, principí generali*, 3 ed., CEDAM (Casa Editrice Dott, Antonio Milani) Padova, 1937, pp. 137 - 144. El autor conceptuó el concepto de potestad

Las potestades vienen configuradas como los poderes de acción para la satisfacción de los fines de interés general o públicos protegidos. Las normas las atribuyen a la Administración e implican sujeción jurídica para los ciudadanos destinatarios de los actos dictados en el ejercicio de esas potestades. Se faculta a la Administración Pública para imponer, constituir, modificar o extinguir situaciones jurídicas de que son titulares activos los administrados; imponiéndoles obligaciones y situaciones jurídicas, de forma unilateral e incluso sin contar con su voluntad o consentimiento aunque sujeto al ordenamiento jurídico y ejecutivo⁶³.

En este sentido, el artículo 2.4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado establece que *“las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros”*.

Como caracteres de las potestades se pueden enunciar su carácter inalienable e intransferible, irrenunciable o indisponible, obligatorio e

a través del contraste dialéctico con el concepto de derecho subjetivo. ROMANO, S., *Framenti di un Dizionario giuridico*, op. cit., 1947.

⁶³ MARTÍN MATEO, R., afirma que la Administración, para vencer las resistencias que puede encontrar por parte de intereses particulares opuestos al interés general y colectivo que tutela, debe disponer de armas excepcionales que le permitan dominar estos impulsos asociales e individuales, reconduciéndolos al interés común, al tiempo que afirma que aun en los contratos o pactos *“quedan en reserva amplias facultades para exigir el cumplimiento de estos compromisos”* (*Manual de Derecho Administrativo*, 6ª ed., Editorial Aranzadi SA., Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 70).

Vid. asimismo, GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, p. 58. LÉCUYER, H., en JANNIN, C., MAZEAUD, D. (Dir.), *L'unilateralisme et le droit des obligations*, Editorial Económica, París, 1999, p. 48. SANTAMARIA PASTOR, J.A., al igual que el resto de autores, utiliza la confrontación entre derecho subjetivo y potestad para definir los caracteres de ésta última destacando el carácter genérico y no determinado a priori de las potestades, así como el resto de caracteres ya mentados (*Apuntes de derecho administrativo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1985, p. 570).

imprescriptible. Nacen directamente del ordenamiento jurídico y no de pactos o contratos, a diferencia de los derechos subjetivos de los que sus titulares pueden disponer y de ejercicio voluntario y prescriptible. Pese a lo anterior, las potestades no son ilimitadas sino que por el contrario la norma que las otorga fija sus límites⁶⁴.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ han señalado que la potestad administrativa es el mecanismo técnico con el que se expresa el principio de legalidad. La definen como el poder jurídico unilateral que el ordenamiento reconoce a la Administración para la satisfacción del interés general, sometiendo su ejercicio a la ley y al control judicial.

De este origen legal y no negocial de las potestades⁶⁵ se derivan el resto de caracteres antes aludidos. Si no concurre una base habilitante en el ordenamiento jurídico que otorgue a la Administración la indispensable cobertura para el ejercicio de las potestades su ejercicio no estará permitido⁶⁶.

En el mismo sentido, VILLAR PALASI⁶⁷ recoge la acepción de potestades funciones. Considera que las potestades ejercidas en interés ajeno son de obligado ejercicio. Define “*la doctrina de las obligaciones inherentes*” en relación con los supuestos en que estando en una relación de sujeción especial, la delimitación del ámbito de la potestad de modificar el contrato viene determinada con base en una interpretación finalista y objetiva⁶⁸.

⁶⁴ STS de 3 de enero de 1979 (RJ 1979\5).

⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I. 13ª Ed., 2006, pp. 447 – 469.

⁶⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. PAREJO ALFONSO, L., *Derecho administrativo: La jurisprudencia del TS*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1989, pp. 120 – 124. Ver artículo 106 de la Constitución Española.

⁶⁷ VILLAR PALASI, J.L., *Apuntes de Derecho Administrativo, Parte General*, op. cit., p. 162.

⁶⁸ VILLAR PALASI, J.L., el autor alude al estudio de la doctrina de las obligaciones inherentes por HARIOU al comentar la decisión del litigio entre la Compagnie Continentale du Gaz contra el municipio de Argenton en 1912, donde el Conseil d’Etat entendía que el derecho de monopolio del concesionario contenía una *engagement implicite* consistente en la obligación de suministrar toda clase de alumbrado si el concedente lo reclamaba y la petición era

Igualmente, ARIÑO ORTIZ ha afirmado que “no se trata aquí realmente de un *ius* (un derecho subjetivo de la Administración en el seno de una particular y concreta relación jurídica: el contrato), sino más bien de una potestas (poder según el cual se desenvuelve la capacidad jurídica de un modo genérico), de la cual el órgano se encuentra investido no por la relación jurídica del contrato, sino por la ley, si bien con efectos sobre aquella en razón de los fines que tiene atribuidos como competencia específica”⁶⁹. Otros autores, como CASSAGNE, han ratificado que el *ius variandi* no proviene o surge del contrato sino del ordenamiento jurídico⁷⁰.

Todo ello es sumamente trascendental en la materia que me ocupa. La posibilidad de modificar un contrato no procede ni depende de la existencia de una cláusula que habilite a ello. Por el contrario, se trata de una potestad extracontractual de origen legislativo y no contractual⁷¹.

El poder de modificación del contrato una vez otorgado por la Ley no requiere por sí mismo de más especificaciones con la finalidad de habilitar al poder adjudicador a la utilización de dicha prerrogativa. Ello sin perjuicio de las exigencias debidas a los principios generales de la contratación provenientes del Derecho europeo, que trataré en capítulo aparte.

Ello determina que no será necesario que el pliego de condiciones contenga cláusula alguna relativa a la modificación del contrato⁷². En este sentido, LAUBADERE afirma que el derecho de modificación se debe considerar como un principio de la teoría del contrato de obra pública, es decir,

razonable, de modo que el monopolio nunca puede ir en contra del interés público (*Lecciones sobre contratación administrativa*, op. cit., p. 170). Vid. SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, 4 ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2002, p. 399.

⁶⁹ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., p. 266.

⁷⁰ CASSAGNE, J.C, *El contrato administrativo*, op. cit., 1999, p. 70.

⁷¹ BOQUERA OLIVER, J.M., *Poder administrativo y contrato*, op. cit., p.88.

⁷² LAUBADÈRE, A., MODERNE, F. y DELVOLVÉ, P., *Traité des contrats administratifs*, Tomo II, op. cit., p. 386.

como existente aunque no se prevea expresamente en el contrato. Igualmente, BOQUERA OLIVER sostiene que *“si una cláusula de esta naturaleza se incluyera en el pliego de condiciones sería superflua, pues no es necesario que el contratista acepte una facultad reconocida por el legislador a la Administración”* de lo que según dicho autor deriva que *“nadie pueda negar que le es posible introducir modificaciones en sus contratos”*⁷³.

Esta afirmación ha sido ratificada por HORGUE BAENA, que ha llegado a señalar que *“al derivar tal potestad de la ley y no del pacto no se precisa un reconocimiento expreso en el clausulado del contrato para que la Administración pueda legítimamente ejercitarla hasta el punto de que un pacto en contra del ejercicio del ius variandi sería nulo”*. Esta autora reconoce que esto no siempre se ha entendido de este modo, y afirma, que hasta la Ley de Contratos del Estado de 1995 sólo cabía modificar el contrato si estaba en los pliegos de condiciones y no en otros casos⁷⁴.

En el mismo sentido, ARIÑO ORTIZ indica que *“desde la consagración normativa de la potestad de modificación, la doctrina es unánime acerca de su reconocimiento al margen de la previsión expresa en el contrato”*⁷⁵.

La naturaleza jurídica del *ius variandi* es una manifestación del poder de crear, modificar, declarar e imputar unilateralmente situaciones jurídicas a otros sujetos. Está íntimamente relacionado con la potestad expropiatoria. Ello por cuanto aquella conlleva la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos a favor de otros sujetos por la Administración. Por su parte, el *ius variandi* conlleva la imposición de obligaciones y derechos a sujetos individualizados por vía singular.⁷⁶

GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que es claro que cuando se invoca un *“hecho de príncipe”* modificador del contrato administrativo se trata de ejercitar

⁷³ BOQUERA OLIVER, J.M. *Poder administrativo y contrato*, op cit. pp. 88 y 90.

⁷⁴ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 25 -30.

⁷⁵ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., p. 227.

⁷⁶ BOQUERA OLIVER, J.M., *Poder administrativo y contrato*, op cit., pp. 94 – 95.

potestades administrativas. Potestades que se mueven en un plano superior y supra ordenado al propio de la actividad contractual. Potestades que la actividad contractual no puede limitar y que pueden romper no solo los contratos de la Administración, sino también, los contratos ajenos o *interprivatos*, así como cualquier otra situación jurídica positiva.

BOQUERA OLIVER señaló que no comprendía cómo GARCÍA DE ENTERRIA podía compaginar estas palabras con la afirmación de que dicho poder de modificación es una modulación de los contratos administrativos de la Administración. La razón de este alegato es que puede parecer una paradoja, pues sostener que el *ius variandi* es una modulación del contrato administrativo y simultáneamente afirmar que la Administración puede romper los contratos ajenos o *interprivatos* y también cualquier otra situación jurídica positiva, parece imposible⁷⁷.

Sea como fuere, la Administración dispone de un poder que la ley le otorga para la satisfacción de intereses públicos por mandato expreso del artículo 103.1 de la Constitución Española (“*sirve con objetividad los intereses generales...*”), lo que es incompatible con el hecho de que el *ius variandi* tenga naturaleza voluntaria o negocial⁷⁸.

⁷⁷ BOQUERA OLIVER, J.M, *Poder administrativo y contrato*, op. cit., pp. 95 – 96.

⁷⁸ MEILAN GIL, J.L., afirma que la función de servir al interés general le presta fundamento al *ius variandi*, que ha de cohonestarse con el sometimiento a la Ley y al Derecho, sin perjuicio de la vinculación del *ius variandi* al fin del contrato (*La estructura de los contratos públicos*, op. cit., p. 242). Este precepto tiene como precedente el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Estado (Leyes Fundamentales) que dispone que “*La Administración constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado por órganos jerárquicamente ordenados, asumen el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general.*” y el artículo 97 de la Constitución Italiana de 1947 que afirma que “*los organismos públicos son organizados por disposiciones legales , de modo que quede asegurada la buena marcha y la imparcialidad de la Administración*” además de lo previsto en los artículos 86, 90, y 101 de la Constitución de 1931. Vid. la exégesis del precepto en GARRIDO FALLA, F. Y OTROS, *Comentarios a la Constitución Española*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1980, p. 1027.

La Administración es el instrumento para la satisfacción de los intereses generales, sin que pueda perseguir intereses particulares o privados, sin favoritismos, interpretaciones partidistas ni discriminaciones⁷⁹.

En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ han manifestado que las potestades no pueden ejercitarse sino en servicio de ese interés comunitario ajeno al interés propio del aparato administrativo. Afirman, además, que la Administración está siempre obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija. Califican a las potestades como un poder fiduciario donde el titular formal de su ejercicio es distinto del beneficiario último del mismo⁸⁰. El Estado sería un mero depositario de estos intereses, lo que en última instancia es manifestación del poder estatal de soberanía⁸¹.

En consecuencia, la renuncia al ejercicio de esta potestad supondría una dejación de una prerrogativa fundamental⁸². De ahí que MEILAN GIL deduzca

⁷⁹ CASAS BAANMONDE, M.E., RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (Dtores.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwers, Madrid, 2008, p. 1683. Sobre el concepto de interés público e interés público me remito a lo señalado por SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, Portal Derecho S.A., Madrid, 2009, pp. 301 – 315. SANCHEZ MORON, M., sostiene que la determinación de los intereses generales no puede ser nunca contraria a Derecho y que no cabe jurídicamente disfrazar como tales meras preferencias personales o tratos de favor o disfavor que carezcan de toda justificación objetiva (*Derecho administrativo (parte general)*), Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pp. 77 – 79).

⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo, I*, p.452; BLANQUER CRIADO, D., *Introducción al Derecho Administrativo*, 2ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 107 – 125.

⁸¹ Vid. MORREL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, el derecho administrativo y sus fuentes, la organización administrativa y sus medios*, Servicio de Publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1988, pp. 168 – 172. GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H., *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, parte General*, 24 Ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 531.

⁸² HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 30. Vid. asimismo, Informe de la JCCA 23/1993 de 22 de diciembre de 1993; en el mismo

el carácter obligatorio del ejercicio de la modificación de los contratos públicos, y su calificación como potestad reglada o mejor dicho, como potestad discrecional con elementos reglados⁸³. Precisamente, el informe de la JCCA 25/1982, de 1 de julio de 1992, incide en este aspecto al señalar que cuando exista una estipulación restrictiva de la potestad de modificación del contrato debe tenerse por no puesta.

Justamente en la contratación administrativa donde el contratista está inmerso en una relación de sujeción especial o sometimiento por la Administración⁸⁴, la modificación del contrato o *ius variandi* presenta como única justificación el interés público de la decisión a adoptar. De forma que si no media interés público en un modificado no es posible su aprobación y en consecuencia no cabe apartarse de lo pactado inicialmente, como se ha advertido⁸⁵.

El fundamento último del *ius variandi* es adaptar el objeto pactado para conseguir satisfacer las necesidades públicas⁸⁶, considerando al contratista un colaborador de la Administración en la consecución del interés público general.

Por ello, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁸⁷ afirmaron que no existen límites a las modificaciones del contrato, porque “*las exigencias del interés público, al servicio de la comunidad, no pueden quedar*

sentido, ESCOLA, H.J., afirma que al tratarse el *ius variandi* de un poder inalienable no es posible renunciar a él (*Tratado integral de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 244).

⁸³ MEILAN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, op. cit., p. 246.

⁸⁴ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., *Curso de Derecho Administrativo, II, actos y contratos*, Madrid, 1988, p. 261.

⁸⁵ Vid. dictamen del Consejo de Estado 24 de julio de 1985, 16 de enero de 1986, 10 de enero de 1991, entre otros. Vid. asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo. I*, op. cit., pp. 742 – 744.

⁸⁶ Vid. SSTS de 14 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8332), 2 de julio de 1979 (RJ 1979\2866), de 1 febrero 2000 (RJ 2000\318), o de 29 mayo 1995 (RJ 1995\5350), entre otras. El dictamen del Consejo de Estado N° 55586/1991 de 10 de enero de 1991 afirma que la razón de interés público debe ser afirmada al tiempo de efectuar un modificado de modo principal.

⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo, I*, op. cit., p. 743.

comprometidas”, por ejemplo, por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originalmente tenidas en cuenta en el momento de contratar.

Como señala la JCCA en su Informe de 23 de julio de 1973, *“el contrato sólo es un instrumento de servicio público, una forma o manera, en cierto modo secundaria, de su ejecución”*⁸⁸.

En el mismo sentido, JURISTO SÁNCHEZ ha llegado a afirmar que la renuncia a la potestad de variación del contrato en los casos de necesaria adaptación del contrato a sus fines *“sería nula y sin valor”*⁸⁹. BARRACHINA JUAN⁹⁰ ha indicado igualmente que si el interés general legitima toda actividad administrativa, éste no puede quedar menoscabado por el mantenimiento del principio *pacta sunt servanda* llevado a sus últimas consecuencias, pues podría producir notables perjuicios.

Para concluir con esta exposición baste señalar que la posición aquí expuesta no es nueva. Así VILLAR PALASI afirmó que *“la prevalencia del fin administrativo sobre una interpretación literal del contenido recíproco de potestad y obligaciones no es algo insólito en la mecánica del Derecho. El carácter aparentemente aberrante de esta doctrina solo lo es cuando se la enfoca desde una perspectiva estrecha del principio de legalidad”*⁹¹.

Este autor defiende la posibilidad de existencia de potestades implícitas o indeterminadas como fundamento de la distinción entre potestades regladas y discrecionales. Al mismo tiempo considera que un planteamiento

⁸⁸ STS de 21 de enero de 2000 (RJ 2000\1230); Dictamen del Consejo de Estado 42179 de 17 de mayo de 1979 y 48473 de 16 de enero de 1986.

⁸⁹ JURISTO SÁNCHEZ, R., *La ejecución del contrato de obra pública*, 2nda ed., Madrid, 1991, pp. 208 -209.

⁹⁰ BARRACHINA JUAN, E., *Lecciones de Derecho Administrativo I*. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985, p. 599.

⁹¹ VILLAR PALASI, J. L., *Lecciones sobre contratación administrativa*, op. cit., p. 170. Vid. asimismo VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L., *Principios de Derecho Administrativo, actos, recursos y jurisdicción contencioso-administrativa*, 4 ed., Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, pp. 18 – 21.

excesivamente legalista conduciría a una conclusión absurda que chocaría frontalmente con la interpretación finalista del concepto y con el interés público protegido.

Pese a todo lo dicho, no caben las potestades genéricas o ilimitadas. De la atribución efectuada por la Constitución de velar por los intereses públicos por la Administración Pública o de la efectuada por el artículo 4 de la LRBRL no puede derivarse un poder de modificación general de los contratos. Ello sería contrario a Derecho, produciría una tremenda inseguridad jurídica y acabaría, como afirma MOREY JUÁN “*destruyendo el Derecho*”⁹².

No obstante, ante la imposibilidad de ejecutar un contrato conforme a los pactos inicialmente convenidos y ante la inadecuada satisfacción del interés público perseguido, cabría plantearse qué ocurriría si ninguna norma contuviera de forma expresa la posibilidad de modificar un contrato.

Siguiendo a VILLAR PALASI, defensor del concepto de “potestad inherente”, la mención de los artículos 4 y 25 de la LRBRL es una “*cláusula abierta*” que surge como “*un puente que justifique la aplicación de la técnica de las potestades inherentes*”⁹³, lo que permitiría acudir a ese concepto para llenar la falta de previsión legal específica en la Administración Local. En el mismo sentido, ESCUIN PALOP⁹⁴ afirma que las Administraciones primarias, cuya autonomía garantiza la Constitución, cuentan con todas las potestades administrativas necesarias para ejercer sus competencias. Por el contrario, las

⁹² MOREY JUAN, A., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia, 1998, p. 57. GIRALDES GUTIÉRREZ, L.S., enfatiza en la necesidad de respetar el principio de seguridad jurídica en fase de ejecución del contrato («Los principios informadores de la ejecución del contrato, un instrumento útil para aumentar la eficiencia en la gestión de los contratos administrativos y para incrementar la seguridad jurídica que afecta a las relaciones que nacen del contrato», Observatorio de contratación pública, 7 de noviembre de 2013).

⁹³ VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L., *Principios de Derecho Administrativo, actos, recursos y jurisdicción contencioso – administrativa*, op. cit., pp. 20 -21.

⁹⁴ ESCUIN PALOP, C., *Curso de Derecho administrativo*, 3 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 143.

Administraciones secundarias dispondrían solo de aquéllas potestades que específicamente les asignan otras normas jurídicas.

Sin perjuicio de todo ello, es necesario dejar claro y patente desde este momento que no sólo hay un interés público que justifique la modificación. También existen otro tipo de intereses públicos que demandan lo contrario, así, la licitación por procedimientos de pública concurrencia.

Ciertamente, la satisfacción del interés público a que conduce la prestación contratada será el interés privilegiado. Sin él no existiría ningún otro. No obstante, los intereses generales que se enmarcan en los principios generales de la contratación pública hacen necesaria una habilitación específica que defina los oportunos límites al ejercicio de la modificación.

Estos intereses generales vendrían representados por las expectativas de los licitadores admitidos que ven desvirtuado el contrato por la acción de los modificados; o incluso aquellos empresarios o profesionales que no participaron dadas las condiciones iniciales y sí lo habrían hecho ahora.

En contra de lo anterior, JURISTO SÁNCHEZ ha sostenido que *“la configuración del ius variandi como prerrogativa o potestad reglamentaria explica que la misma se imponga con fuerza especial al contratista, pero entonces lo que se revela no es su fundamento sino sus efectos. Y otro tanto ocurre cuando se argumenta con las exigencias del servicio público, pues este último es el que, asimismo, justifica que el poder de modificación revista los caracteres de una prerrogativa pública e irrenunciable”*. Según este autor, el porqué del *ius variandi* hay que buscarlo en la Administración que como dueña del contrato puede modificarlo. Para el autor no nos encontramos ante una potestad sino de un derecho contractual porque se ostenta *“no por exigencias del interés público, sino antes que nada porque lo exige la propia naturaleza del contrato de obra pública, ya que la Administración como dueña de la obra debe poder introducir las modificaciones necesarias para que la obra quede realizada de acuerdo con las necesidades o exigencias que se vayan*

*planteando durante la ejecución ante la imposibilidad de que los proyectos lo prevean todo*⁹⁵.

Sin perjuicio de esta última afirmación parecen existir argumentos suficientes para concluir de forma tajante que existe un poder inherente a la modificación contractual. Un poder que se relaciona con la satisfacción del interés general perseguido con el contrato. No obstante, los límites al ejercicio de la potestad deben ser impuestos por las normas de referencia y en defecto de previsión expresa por los principios generales de la contratación pública y por la doctrina del TJUE.

Sentado el marcado carácter extracontractual del *ius variandi* y la consecuente innecesidad de que figuren en el condicionado los supuestos en que puede modificarse un contrato, es necesario conocer el modo en que la normativa prevé las condiciones y presupuestos propios de esta potestad. Para ello es preciso examinar cuáles son las previsiones concretas de la vigente norma y cuál ha sido su evolución.

El tenor de los artículos 102.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas – en adelante LCAP – y 101.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio – en adelante TRLCAP – contemplaban una habilitación general para modificar un contrato estableciendo lo siguiente: *“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”*.

Igual previsión genérica efectuaba en su redacción original la LCSP. En su artículo 202.1 reiteraba que *“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*

⁹⁵ JURISTO SANCHEZ, R. *La ejecución del contrato de obra pública*, op. cit., p. 208 - 211.

condiciones esenciales del contrato". Sin embargo, el párrafo 2 de dicho precepto señalaba que *"la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual"*.

De la lectura de esta redacción parecía desprenderse el carácter contractual y no extracontractual de las modificaciones contractuales. Ello conllevó la existencia de dos posiciones doctrinales, en función de que se defendiera la innecesariedad de previsión habilitante para modificar un contrato o no.

Sin embargo, es inviable creer que ante la falta de previsión en el condicionado no pudiese ser modificado. Da la impresión de que si no hay previsión de la posibilidad de modificación del contrato en el condicionado, éste es inmodificable; y de otro, llama la atención que no se establezca el alcance o precisión que esa previsión debe contener. En lo que atañe al primero de los interrogantes, la falta de previsión de la posibilidad de modificación, cabría preguntarse qué ocurre cuando acaezcan circunstancias imprevistas o mejor dicho, imprevisibles, que no hagan posible continuar con la ejecución de la prestación en ese caso. Si el contrato sólo puede ser modificado por la aparición de causas imprevistas, las situaciones en que pueden producirse esas modificaciones no pueden detallarse por anticipado en los documentos contractuales, pues en la mayoría de supuestos no es posible conocerlas con anterioridad a que concurran.

La STJCE de 29 de abril de 2004 CAS Succhi di Frutta Spa, que tiene una importancia fundamental en lo que atañe a las modificaciones de los contratos administrativos, vino a establecer que *"una modificación del contrato tras la celebración del mismo vulnerará los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en todo caso, salvo que se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes: 1) que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación; o 2) que la posibilidad de aportar*

una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación”⁹⁶.

En apoyo de esta tesis, ya para esas fechas la JCCA tuvo que pronunciarse ante las dudas generadas y en su informe 43/2008 de 28 de julio de 2008, denominado «*Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad*» afirmó que “*cuando no se hubiese previsto la modificación, sólo podrán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que la modificación responda a necesidades del interés público, b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato*”.

Dicho informe llegó a manifestar que “*interpretando del modo señalado el artículo 202.2 resulta, en principio, de difícil comprensión la frase “de acuerdo con el apartado anterior”*. Sin embargo, la JCCA entiende que “*si tomamos en consideración la expresión completa: “las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior”, habremos de concluir que para ser coherente con la doctrina que sirve de fundamento a este artículo, la frase mencionada no puede tener otro significado que entender que al remitirse al apartado anterior se refiere a los requisitos de que la modificación responda a necesidades de interés público y se justifique debidamente su necesidad en el contrato. Con lo cual queda claro que en ningún caso se admite la modificación por causas discrecionalmente apreciadas por el órgano de contratación (es decir arbitrarias), pero, si están previstas en los documentos contractuales, pueden incluso afectar a condiciones esenciales del contrato*”.

⁹⁶ VAZQUEZ MATILLA, F.J., «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 143, 2009, pp. 529 -564.

En consecuencia, el artículo 202 de la LCSP (en su redacción original) no era un obstáculo para que en caso de acontecer una circunstancia imprevisible se pudiera modificar el contrato, se contemplase o no en los pliegos de condiciones, con el límite de no afección a alguna de sus condiciones esenciales; o bien si aun afectando a cualquiera de ellas se trataba de un modificado previsto.

En el mismo sentido se pronunció VICENTE IGLESIAS, que calificó de obvio, que si el contrato sólo puede ser modificado por la aparición de causas imprevistas, las situaciones en que pueden producirse esas modificaciones no pueden detallarse por anticipado en los documentos contractuales, pues en la mayoría de supuestos no es posible conocerlas con anterioridad a que concurran⁹⁷.

Sin embargo, la posición contraria defendía la imposibilidad absoluta de modificar el contrato si no existía una previsión de las condiciones en que debía producirse tal modificación en el condicionado. Entre sus defensores se encontraba GIMENO FELIU⁹⁸ que tildó la postura antes mencionada como “*excesivamente posibilista*”, alertando de que esta tesis contravendría la doctrina comunitaria. En apoyo de esta tesis, el Informe 3/2009 de 15 de abril, de la JCCA de Aragón alude expresamente a la imposible modificación del contrato si no hay previsión al respecto.

Ante el procedimiento de infracción abierto por la Comisión Europea contra España por la regulación de las modificaciones de los contratos administrativos, el legislador procedió al dictado de la Ley 2/2011 de 4 de

⁹⁷ VICENTE IGLESIAS, J.L., entiende que tal prevención supone una mejora de la seguridad jurídica para el futuro contratista, “*pues a partir de la entrada en vigor de la LCSP no caben ya los modificados cuando tal posibilidad no haya sido prevista en los pliegos y en el contrato*” (*Comentarios a la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector Público*. Wolters Kluwers España S.A., Madrid, 2008, p. 471).

⁹⁸ GIMENO FELIU, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos*. Thomson Reuters, 2010, Cizur Menor (Navarra), p. 256.

marzo de Economía Sostenible, cuyas reformas estudiaremos en apartado aparte por su trascendencia.

No obstante, debe señalarse que esta norma ratificó la tesis aquí defendida y sustituyó completamente el artículo 202 por el artículo 92. bis (hoy artículo 105.1 del TRLCSP), precepto que ahora señala que *“sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse 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 92 quáter”*.

De este modo, mantenía la posibilidad de modificación del contrato en los supuestos de previsión contractual. Pero, también, clarificaba, *ex lege*, que si existían circunstancias imprevistas el contrato podía ser modificado. Siempre, claro está, que la modificación no conlleve la alteración sustancial del contrato. En definitiva, existe una verdadera habilitación para la modificación, una auténtica potestad atribuida por la Ley, aunque con numerosos límites.

6.- EL CARÁCTER REGLADO DEL *IUS VARIANDI*.

La existencia de una habilitación legal que consienta la modificación del contrato no hace que esta potestad sea ilimitada ni tampoco discrecional. Se trata de una potestad reglada. La Administración se halla vinculada por el TRLCSP y por el Derecho europeo en materia de contratación pública que establece unos presupuestos o límites que condicionan o determinan el modo de proceder al ejercicio de esta potestad.

Esta afirmación puede resultar extraña. La diferente casuística del *ius variandi* parece demandar una habilitación genérica y una libertad para modificar el contrato cuándo, cómo y con los efectos que el poder adjudicador determine. Ello es radicalmente incierto. Los supuestos en que puede procederse a modificar un contrato exigen la conjunción de una multiplicidad de elementos que deben ser interpretados caso por caso por cada poder adjudicador atendiendo a los intereses de la sociedad en cada momento, sin que ello conlleve una libertad de actuación.

Además existe una multiplicidad de conceptos jurídicos indeterminados en torno a la potestad de modificación del contrato. Desde qué se entiende por interés público, hasta los también trascendentes conceptos de alteración sustancial, circunstancia imprevista, necesidad nueva, desequilibrio económico, etc. No debe confundirse así la discrecionalidad con los llamados conceptos jurídicos indeterminados⁹⁹.

En este sentido, GONZÁLEZ VARAS - IBAÑEZ¹⁰⁰ reconoce que incluso cuando se trata de interpretar un contrato administrativo, no nos encontramos ante el ejercicio de ninguna potestad discrecional sino de aplicación y sujeción a las reglas de la hermenéutica jurídica.

Para considerar un modificado totalmente lícito, no puede consentirse que se lleve a cabo discrecionalmente. El poder adjudicador deberá atenerse a las circunstancias y características reales de cada una de las modificaciones a introducir. Incluso en la negociación del precio deberá estarse al coste real en el mercado de las actuaciones a realizar por el contratista y no a otras cuestiones que a buen seguro dañarán los principios de la contratación pública (aplicación de la contrabaja, cálculo de los nuevos precios de forma directa por el contratista,...)¹⁰¹.

⁹⁹ FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a, Y., afirma que *“la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de indeterminación, no admite, si la norma no dispone otra cosa, más que una sola solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controlada judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de criterios, sino el resultado de la búsqueda de la solución justa”*. («El concepto jurídico indeterminado de “servicio esencial” en la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, N^o 170, 2006, p. 330).

¹⁰⁰ GONZÁLEZ VARAS - IBAÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV, op. cit., p. 387.

¹⁰¹ Véase análogamente la consideración del justiprecio de las expropiaciones como concepto jurídico indeterminado, como defienden VILLAR PALASÍ, J.L. y VILLAR EZCURRA, J.L., *Principios de Derecho Administrativo, actos, recursos y jurisdicción contencioso – administrativa*, op. cit., p. 27.

CAPÍTULO SEGUNDO.
EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DE LAS MODIFICACIONES DE LOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.- INTRODUCCIÓN.

La problemática del *ius variandi* viene de antiguo. Esta institución nace y evoluciona en el ámbito del contrato de obras¹⁰². Las vicisitudes propias de este contrato han variado poco desde su origen. Los avances tecnológicos o el acceso a la normativa sobre contratación pública del resto de Estados no han hecho que desaparezca este problema.

En todo ello hay una nota común, la necesidad de extremar el celo en la redacción de proyectos de obras. El problema es que la preparación del contrato suele ser siempre precipitada. Lo contrario solventaría el problema. Una redacción pausada del condicionado y del proyecto evitaría su indefinición

¹⁰² MONEDERO GIL, J.I., *Doctrina del Consejo de Estado*, op. cit., p. 389. En cambio, JIMENEZ APARICIO, E., afirma que *“la facultad de modificación se fraguó en torno a los contratos de concesión de servicios públicos, pues su excesiva duración justificaba que la Administración no quedase rígidamente vinculada por largos periodos de tiempo en los cuales podían surgir necesidades nuevas o producirse avances técnicos que mejorarse la gestión”*. El autor parece referirse al asunto de la Compagnie Continentale du Gaz contra el municipio de Argenton en 1912 o al asunto sobre el *l'arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* dictaminado por el Consejo de Estado francés de 30 de marzo de 1916 (*Comentarios a la Legislación de Contratación pública*, op. cit., p. 906).

Basándose en dichos pronunciamientos ESCOLA, H.J llega a la misma conclusión (., *Tratado integral de los contratos administrativos*, op. cit., p. 83).

Sin embargo, como aquí defendemos el origen y evolución se relaciona con el contrato de obras. Los pronunciamientos citados en defensa de la teoría de estos autores no se refieren tanto a la modificación del contrato sino a la teoría de la imprevisión o de los riesgos imprevisibles. En estos supuestos se obligó a indemnizar al concesionario del contrato de servicio de alumbrado y distribución de gas para compensar el aumento del precio del carbón a consecuencia de la crisis económica derivada de la guerra. Como se estudiará no existe desarrollo, si quiera en la actualidad, de la modificación del contrato de gestión de servicios públicos que ha tenido una importancia legislativa menor. Mucho antes de esos pronunciamientos ya existía una amplia regulación y práctica en la modificación de contratos de obra, particularmente en Francia. Véase al respecto HOEPFFNER, H., *la modification du contrat administratif*, op. cit, p. 16.

y su error. Ni antes ni ahora se ha solventado este problema, que sólo finalizará cuando cambie la forma de concebir la contratación finalizará.

El día 14 de enero de 2014, la Sra. Sobrini Sagaseta de Ilurdoz, ex decana del Colegio de Arquitectos de Madrid¹⁰³ afirmaba que *“con la crisis se acentúa la necesidad de adjudicación de muchas empresas y llegan a presentar unas bajas inadmisibles, hasta del 50%, sin estudiar la obra en profundidad sabiendo que prima la oferta económica. Tanto adjudicador como adjudicatario saben desde el principio que es imposible realizar la obra en el precio contratado, pero confían en “arreglarlo” después a base de modificados.(...) No digo que no haya imprevistos razonables en muchas obras. Los estudios geotécnicos, por ejemplo, pueden ser erróneos, no por defectuosos, sino porque se hacen con tanteos extrapolados a toda la superficie de la obra. Pero una cosa son los modificados presupuestarios originados por un imprevisto justificado y otra la práctica habitual de “hagamos la gran baja que ya compensaremos presionando con los modificados”. Entonces se empieza una obra que para los técnicos responsables de la dirección facultativa es a menudo un calvario. Si el proyecto está bien redactado el arquitecto tiene dos opciones: ser inflexible con lo establecido para paralizar la obra cuando tiene pérdidas, y la abandona, o ser flexible para poder llevarla a buen fin”*.

Pero ello, no es nuevo. El problema es viejo como muestra la Carta del reputado Ingeniero francés Sébastien Vauban (1633-1707) – Mariscal de Francia, Comisario General de Fortificaciones de Luis XIV – al Ministro de Guerra, Francisco Miguel Lauvois¹⁰⁴, suscrita en Belle Isle en Mer el 17 de Julio de 1683:

¹⁰³ http://elpais.com/elpais/2014/01/10/opinion/1389382195_706061.html

¹⁰⁴ HACAR RODRÍGUEZ, F.; CANDÓN, M. «La Carta de Vauban», *Revista de Obras Públicas*, Nº 3393, 1999, pp. 53-61; JIMENEZ AYALA, J., realiza un completo estudio de la legislación acerca del *ius variandi* aportando una visión desde el mundo de la ingeniería de dicha evolución («Los avances de la legislación de contratos de obras públicas en el siglo XX para prevenir las desviaciones presupuestarias», *Revista de Obras públicas*, Nº 3444, 2004, pp. 49 – 58).

“Monseñor: (...) Hay algunos trabajos en los últimos años que no han terminado y que no se terminarán, y todo esto, Monseñor, por la confusión que causan las frecuentes rebajas que se hacen en sus obras, lo que no sirve más que a atraer como contratistas a los miserables, pillos o ignorantes, y ahuyentar a aquéllos que son capaces de conducir una empresa. Yo digo más, y es que ellos retrasan y encarecen considerablemente las obras porque esas rebajas y economías tan buscadas son imaginarias y lo que un contratista que pierde hace lo mismo que un náufrago que se ahoga, agarrarse a todo lo que puede; y agarrarse a todo, en el oficio de contratista, es no pagar a los suministradores, dar salarios bajos, tener peores obreros, engañar sobre todas las cosas y siempre pedir misericordia contra esto y aquello. (...)

Y de ahí bastante, Monseñor, para hacerle ver la imperfección de esa conducta; abandónela pues, y, en nombre de Dios, restablezca la buena fe; encargar las obras a un contratista que cumpla con su deber será siempre la solución más barata que podréis encontrar”.

Sólo cuando la Administración extreme el rigor al licitar, defina convenientemente qué quiera y le ponga el precio del mercado se avanzará en la solución al problema de las modificaciones contractuales. Y mucho más se andará si la Administración no cree que el trabajo importante acaba cuando adjudica un contrato; al contrario, lo relevante comienza cuando tiene su inicio la ejecución. Hasta que se den estas premisas y hasta que los principios rectores de la contratación pública sean el pilar en que se apoye la Administración, nada cambiará. Cuanto más claro y desarrollado esté el objeto del contrato, el contratista podrá sugerir menos cambios y existirá menos permisividad y autocomplacencia.

La pretensión de este capítulo no es constatar que la regulación ha sido muy similar a lo largo del tiempo. Parca, posibilista y centrada en el contratista como parte en la que recaían los modificados y otorgándole el derecho a que le fuera abonado lo realmente ejecutado. La legislación siempre ha tratado el *ius*

variandi como un problema¹⁰⁵. Así lo denomina expresamente la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado y esto es un importante punto de partida. La modificación del contrato no es una solución sino un problema, y siempre ha sido considerada así.

Ha primado siempre el interés público frente al necesario respeto de las condiciones inicialmente pactadas. Ninguna referencia hay a la protección de los derechos de quienes participaron en una licitación que podía modificarse sin límite alguno, con la avenencia del contratista.

¹⁰⁵ Véase también GARCÍA GOYENA, F., afirmaba sobre el artículo 1534 de su proyecto de Código Civil (el proyecto de código de García Goyena de 1851) lo siguiente: *“las convenciones han de ser fielmente ejecutadas según la voluntad de las partes, y en el caso del artículo (1534), está bien manifiesta la del propietario del suelo acerca del plano o proyecto de la obra y del precio alzado. pero han sido muy graves y frecuentes los abusos de los arquitectos en esta materia, so pretesto de haberse encarecido los materiales o jornales o de cambios y aumentos hechos en el plano por haberlos estimado útiles o necesarios; alegábase más de una vez que el propietario había aprobado los segundos, expresa o tácitamente, aunque no por escrito. los arquitectos invocaban la máxima constante de derecho, que nadie debe de enriquecerse a espesas de otros; los propietarios replicaban que nada tenían que ver con el alza o baja de los materiales y jornales y que en el segundo caso no podrían pedir rebaja en el precio alzado, que ellos no habían consentido en los cambios, que al hacer el ajuste echaron sus cuentas y su posición particular no les permite nuevas y mayores desembolsos. el artículo (1534 que requería al igual que el francés la forma escrita), previene estos abusos con la prueba escrita que exige el consentimiento del propietario. pero si este en casos extraordinarios como si al abrir los cimientos se en contras en obras o edificios subterráneos que fuese absolutamente necesario destruir y limpiar se negará a un razonable aumento del precio, podría el arquitecto recurrir al juez para obtenerlo. la comisión desechó esta opinión: habrá pues de estarse al texto literal y perentorio del artículo”* (Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español, imprenta de la sociedad tipográfico – editorial, Madrid, 1852, p. 485).

Ver los comentarios al respecto de ello de GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., «el *“ius variandi”* en las obras con ajuste alzado. antecedentes históricos, evolución jurisprudencial y examen del derecho comparado», anuario jurídico y económico escurialense, xlv (2011), pp. 143 – 172 y de SABATER BAYLE, E., «precio alzado en el contrato de obra y coste real superior al presupuestado», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 19, 1989, pp. 279-290.

Sólo en fechas cercanas se ha producido un giro absoluto. Se ha pasado de centrar la atención en el interés público particular de la modificación a fijarse en el interés público general de la licitación.

A partir del año 2011 con la LES, es obligado el respeto de los principios generales de la contratación pública, y en particular, garantizar la inexistencia de alteraciones sustanciales durante la ejecución respecto de la selección inicial del contratista. Pero como se va a exponer, hasta entonces no fue así.

2.- EL SIGLO XIX. LA PREVALENCIA DEL INTERÉS PROPIO DEL CONTRATO.

2.1.- EL REAL DECRETO DE 1845. LA MODIFICACIÓN COMO IRREGULARIDAD.

JIMÉNEZ AYALA¹⁰⁶ relata que con anterioridad al Real Decreto de 10 de octubre de 1845 las obras se contrataban mediante el sistema de tanto alzado. Se abonaba una suma fija, estipulada de antemano, sin tener en cuenta las vicisitudes que pudieran acontecer en el contrato.

El replanteo se llevaba a cabo tras la adjudicación del contrato (siempre mediante el sistema de subasta con el precio como único criterio) y las expropiaciones se realizaban tras el replanteo, lo que obligaba a grandes cambios en el proyecto, además de los retrasos, entorpecimiento de la marcha de los trabajos, y la necesidad de modificar el contrato.

Así se entiende que el Real Decreto de 10 de octubre de 1845, por el que se aprueba la Instrucción para promover y ejecutar obras públicas¹⁰⁷ se dictara como consecuencia de la *“irregularidad e impremeditación con que muy frecuentemente se promueven las obras destinadas (...)”*, y aludiese en su Exposición de Motivos a la *“informalidad y escasa instrucción de los*

¹⁰⁶ JIMENEZ AYALA, J., «los avances de la legislación de contratos de obras públicas en el siglo XX para prevenir las desviaciones presupuestarias», op. cit., N° 3, pp. 49 - 50.

¹⁰⁷ ROSADO PACHECO, S., La instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845, *V congreso AEPDA: del antiguo régimen a la administración contemporánea*, San Fernando (Cádiz), 5 y 6 de febrero de 2010.

expedientes que han de preceder a su realización” y “a la frecuencia con que por unos y otros se eluden ó se alteran las condiciones establecidas en sus contratas”.

Esta norma contenía una regulación muy particular en materia de modificaciones de contratos sobre una base, la impremeditación de las obras, la falta de preparación y revisión suficiente de los proyectos, que es desgraciadamente aún hoy de actualidad. Las modificaciones de esta clase de contratos se regulaban en sus artículos 10, 11, 14, 18 y 19, integradas en el primer capítulo del Real Decreto.

El artículo 10 otorgaba la prerrogativa de aumentarlos o disminuirlos al Gobierno cuando comparando el coste de las modificaciones y su utilidad resultaren éstas insuficientes o excesivas *“a fin de evitar que se debilite por este medio el estímulo del interés individual o se ocasionen perjuicios a los pueblos en particular, o al Estado en general”.*

Del artículo 11 se desprendía la posibilidad de que fueran los propios contratistas quienes efectuaran propuestas. En una suerte de concesión de derechos preferentes, se afirmaba que no podrán adjudicarse obras nuevas por procedimientos públicos relacionadas con las propuestas realizadas si las ventajas de los adjudicatarios iniciales debiesen ser preferidas.

El artículo 14 anticipaba, entre otras cuestiones, que no serían válidas las reducciones, aumentos o variaciones que se hubieren hecho en distintas contratas si no habían sido previamente aprobadas, *“aún en concepto de mejora a las primeras condiciones”.*

El artículo 18 permitía ajustes parciales en obras ejecutadas por la propia Administración siempre que su importe no excediera del presupuesto aprobado inicialmente.

El artículo 19 afirmaba que los proyectos no podrían variarse sin la autorización correspondiente; pero añadía la salvedad de que *“las alteraciones o modificaciones que conduzcan a su mayor economía o progreso podrán llevarse a efecto de acuerdo con la dirección general”.*

Esta regulación resulta muy novedosa para su tiempo u sus premisas son aún hoy aplicables, aunque en la práctica permitía la posibilidad de modificar el contrato ilimitadamente.

Sin embargo, es muy destacable la referencia expresa a que las obras que no hubieren sido aprobadas no son válidas. Esto es realmente importante y es síntoma de que las modificaciones eran consideradas como verdaderas irregularidades. Este es un precepto que debiera incorporarse a nuestra legislación actual. Pues es por esta vía por las que tanto contratistas como, sobre todo, los propios gestores están eludiendo la normativa sobre modificaciones contractuales hoy vigente.

2.2.- EL PLIEGO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DE 1886. LA RENUNCIA A LO EJECUTADO SIN APROBADO.

El Real Decreto de 27 febrero de 1852, es considerado como el creador de la contratación administrativa moderna. Sin embargo, no contiene ningún precepto dedicado a las modificaciones contractuales. Por ello, el siguiente paso se encuentra en el Real Decreto de 11 de junio de 1886, cuyo Capítulo IV se refiere a la modificación del proyecto.

En su artículo 43 contempla la posibilidad de que antes de que empiecen las obras o durante ellas la Administración decida ejecutar por sus propios medios parte de las obras, o modificar al alza o a la baja las prestaciones contractuales iniciales. Aclara que en supuestos de reducción o supresión de unidades de obra o de que se decidiera ejecutar por la Administración no existiría ninguna indemnización. En todo caso, dota de carácter obligatorio a todas las modificaciones del contrato por reducción o ampliación de las mismas unidades de obra originarias, con los límites que luego se expondrán.

Si la tramitación de la modificación exigiera la suspensión del contrato requiere comunicarlo por escrito al contratista, medir las obras hasta el momento de la suspensión y plasmar el resultado en un acta. Esta es una previsión muy interesante que habría de recuperarse en la legislación actual. Recuérdese que en la actualidad basta con plasmar en un acta las

circunstancias de la suspensión y lo trascendente es la fecha de la suspensión. Sin embargo, nada se dice de que las obras hayan de medirse con la precisión adecuada. Ello genera que a menudo en el momento de la suspensión no se conoce cuánto se ha ejecutado ni qué se ha ejecutado.

El artículo 45 contempla la posibilidad de que el Estado aporte directamente los materiales a la ejecución de las obras. Determina el régimen económico que esta situación conlleva. Afirma que solo abonará el transporte y el precio de la mano de obra estipulada con carácter general. Esta cuestión aparece, obra aún en los pliegos particulares de algunos grandes contratos de obras por una razón importante. El hecho de que hubiera problemas con el suministro de materiales por el contratista o bien que se relacionaran con una modificación del contrato donde se pretendiera cobrar un precio abusivo por unos materiales que a la propia Administración, y en general, al mercado, cuestan mucho menos. El precepto considera esta actuación como una modificación del contrato.

Resulta asimismo el procedimiento empleado para la incorporación de nuevos materiales al contrato. La primera regla para calcular su valor es compararlo con el precio que éstos tienen en obras análogas, para pasar después, en su defecto, a un procedimiento contradictorio entre el contratista y la Dirección de Obra al que seguirá la aprobación de la Administración.

Este precepto aclara una cuestión importante. La necesidad de aplicar la baja de la oferta a los nuevos precios. A este respecto, se afirma *que “los nuevos precios por uno u otro procedimiento convenidos se sujetaran siempre a la baja correspondiente a la obtenida en el remate”*. Con ello se prohíbe expresamente la práctica aún extendida – y pasada por alto por los juzgados y tribunales españoles – de aplicar la contrabaja a los nuevos precios. Consiste en que al precio fijado contradictoriamente se le aplica la baja efectuada en la licitación como señala el precepto que hemos visto, pero luego se le vuelve a

multiplicar el resultado por la baja inicial con lo que se anula el mandato de aplicación de la baja dejándolo inservible¹⁰⁸.

También es de plena actualidad la regulación de que los materiales o las nuevas obras se ejecuten sin aprobación superior – y sin discusión en el momento de la ejecución –. Para estos casos, se entiende que *“el contratista renuncia a su derecho y se conforma con los que fije la Administración”*. De incorporarse un precepto análogo en nuestra legislación se rompería con la picaresca de que el contratista acepte ejecutar cualquier modificación sin previa aprobación e incluso mostrando verbalmente su acuerdo con los nuevos precios – pero sin formalizar los mismos – para después, finalizadas las obras, y con la liquidación, comenzar un litigio sobre el valor de los nuevos precios. De este modo, se conseguiría someter al proceso legalmente previsto de aprobación pues el contratista no se arriesgaría a ejecutarlos si el precio propuesto por la Administración no le parece suficiente.

El precepto aclara sobre las nuevas unidades de obra que si no hubiera acuerdo, y obviamente, si no se hubieren ejecutado aún, el contratista puede quedar relevado de ejecutarlas aunque sin indemnización alguna, salvo el abono de los materiales que no se pudieren emplear por la modificación, y obviamente, que el contratista acredite ha comprado para la obra.

El artículo 47 versa sobre las partidas alzadas en los proyectos. Se trata de partidas cuyo importe real se desconoce. Son previsiones que se van conociendo a medida que la obra avanza. Para ellas se remite a los artículos 43 y 49.

El Capítulo V de esta norma regula la rescisión del contrato, y dedica un precepto, el 49, a la rescisión en casos de modificación del contrato. En concreto, permite al contratista solicitar la rescisión del contrato cuando las

¹⁰⁸ Por ejemplo: Precio nuevo consensuado= 100 euros. Baja de licitación= 10%. El precio a abonar debe ser de 100 euros – la baja (10% = 10 euros). Es decir por el precio nuevo debería abonarse 90 euros. Sin embargo, por aplicación de la contrabaja el efecto es el siguiente: 100 euros – 10 euros (10% de baja) + 10 euros (10% contrabaja)= 100 euros. Es decir la Administración abonará 10 euros más que los que debiera.

modificaciones alteren el presupuesto de contrata en más o en menos en una quinta parte. Para estos supuestos clarifica que al derecho a resolver el contrato seguirá el de ser indemnizado por los materiales que queden sin empleo.

Resulta interesante ver como el precepto, de hace más de cien años, aclara una cuestión que ha sido objeto de reiteradas dudas hoy. Se trata de la duda de si para conocer el porcentaje máximo de alteración (hoy el 10% en España) deben sumarse y restarse las modificaciones al alza y a la baja o no. El precepto daba la misma solución a la que en la práctica se ha llegado. El porcentaje final es el obtenido por la diferencia entre las modificaciones al alza y a la baja. Así afirmaba que *“para la fijación de la diferencia se sumarán todas las alteraciones introducidas en el presupuesto, ya sean unas por exceso y otras por defecto”*.

2.3.- LA LEY GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS DE 1877.

La Ley General de Obras públicas de 13 de abril de 1877 regulaba muy limitadamente las modificaciones contractuales. En particular, las citaba en sus artículos 83 y 84. Estos preceptos se incardinan en el capítulo VII dedicado a las *“obras subvencionadas con fondos públicos, pero que no ocupen dominio público”*. El primero afirma que no cabía modificar el proyecto de las concesiones subvencionadas sin autorización del Ministerio de Fomento – y en este caso del Consejo de Estado en pleno – o Corporación que la hubiere otorgado. El segundo prevé que en caso de variación al alza no necesariamente se abonaría más subvención mientras que si fuera a la baja sí se rebajará proporcionalmente el importe de la subvención.

3.- EL SIGLO XX. DE LA PERMISIVIDAD A LA RESTRICCIÓN MODERADA.

3.1.- EL PLIEGO DE CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DE 1903. LA INEXISTENCIA DE DERECHO A ABONO DE LAS MODIFICACIONES.

El pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 28 de marzo de 1903 obligaba en su artículo 11 a construir las

obras con estricta sujeción al proyecto y a las modificaciones que *“la Administración apruebe para él y á las órdenes é instrucciones que, por sí ó por medio de sus subalternos, diere al contratista el Ingeniero encargado de la inspección y vigilancia”*.

A ello se adicionaba el deber de ejecutar, estuviere o no previsto y se materializase o no una modificación *“cuanto sea necesario para la buena construcción y aspecto de las obras, aun cuando no se halle expresamente estipulado en las condiciones facultativas, siempre que, sin separarse de su espíritu y recta interpretación, lo disponga por escrito el Ingeniero Jefe de la provincia”*, sin perjuicio de que al contratista se le abonaría la obra realmente ejecutada, conforme su artículo 31.

El artículo 46 permite la modificación del contrato de obra con carácter general, facultando para ello a la Administración contratante. Se determina la obligatoriedad del contratista de ejecutarlas siempre que se trate de variación de las mediciones, y sin derecho a indemnización por ningún concepto, incluido el beneficio dejado de obtener, por reducción o supresión de obras.

Lo más relevante es la previsión que establece que el contratista no tiene derecho al abono de las obras que ejecute en contravención al proyecto o a las modificaciones aprobadas *“á no ser que justifique, presentando la orden escrita del Ingeniero, que éste, dentro de sus atribuciones, le ha ordenado llevarlas á cabo, y, en tal caso, le serán de abono con arreglo á los precios de contrata”*.

Por su parte, el artículo 48 regula el procedimiento de fijación del precio de unidades nuevas que será negociado, relevando al contratista de la ejecución de las nuevas unidades de obra si no hubiese acuerdo.

Los artículos 51 y 52 recogen las causas de resolución contractual relacionadas con las modificaciones contractuales.

El artículo 51 regula el supuesto de obras de carreteras cuando la modificación del contrato se derive de la comprobación del replanteo. Para estos supuestos exige que se lleven a cabo inmediatamente los trabajos de campo que exija la modificación, y se redacte de nuevo el presupuesto con arreglo a los precios del que sirvió de base a la subasta. Lo interesante es la

afirmación de que *“si la diferencia entre este último y el nuevo llega, en más ó en menos, al 10 por 100 del primero de ellos, ó sea el de la contrata, se rescindirá ésta, y en caso contrario, deberá el contratista comenzar las obras y llevarlas á cabo con arreglo al nuevo replanteo y á los precios contratados”*. Igual procedimiento se adoptará cuando sea necesario variar el replanteo previo de cualquiera obra que no sea carretera, siempre que por esto se alteren las distancias de transporte de los materiales u otros elementos que hagan variar los precios de las unidades de obra.

El artículo 52 contemplaba dos nuevas causas de resolución para cuando las modificaciones del contrato afectaran a la explanación, a las distancias de transporte de los materiales o a otros elementos que hagan variar los precios de las unidades de obra y alteren el presupuesto de la contrata, por exceso o por defecto, en un 10%, por lo menos; y que cuando no afectando dichas modificaciones a la explanación ni a otros elementos que hagan variar los precios de las unidades de obra, se altere el presupuesto, cuando menos, en una quinta parte por exceso o por defecto.

3.2.- LA ORDEN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE OBRAS PÚBLICAS DE 1903.

La Orden de la Dirección General de Obras Públicas suscrita por el Conde de San Luis el 1 de septiembre de 1903 es realmente interesante porque establece verdaderos remedios para evitar las modificaciones contractuales. En particular, efectúa un llamamiento a la pausa y cuidado con el que debe redactarse el proyecto de obras: *“disponiendo se hagan con el mayor cuidado los replanteos previos, a fin de que no resulten modificaciones sensibles en el definitivo”*.

3.3.- EL REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES DE 1953.

La Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 – según redacción dada por la Ley de 20 de diciembre de 1952 –

recogía con parquedad la prerrogativa de modificación del contrato en su artículo 60.

La siguiente norma en importancia que efectúa una notable regulación en nuestra materia es el Decreto del Ministerio de la Gobernación de 9 de enero de 1953 que aprueba el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, que dedica su Capítulo V al cumplimiento del contrato¹⁰⁹.

Este Decreto tenía como objetivo, según su Preámbulo, “*precaer y evitar cuantas corruptelas pudieran deslizarse en el área de los intereses particulares con menoscabo de los generales de Municipios y Provincias*”. Notable novedad al respecto es que los primeros preceptos del capítulo se dediquen a la modificación del contrato frente a otras cuestiones propias del inicio del cumplimiento del contrato.

El artículo 51 afirma en su apartado primero que “*los contratos serán inalterables a partir de su perfeccionamiento y deberán ser cumplidos con estricta sujeción a sus cláusulas y a los Pliegos que les sirvan de base, cuyas condiciones jurídicas técnicas solo podrán modificarse mediante nueva licitación, salvo excepciones expresamente admitidas por los artículos siguientes*”. Como se observa, el precepto, digno de transcripción, consagra por primera vez en la legislación española que una modificación debe requerir una nueva licitación. Este artículo no ha tenido su reflejo en la ulterior legislación. Es un anticipo de todo aquello que ahora estamos conociendo por vía de la jurisprudencia europea. Cuestión distinta es la excesiva permisividad de la determinación del alcance de qué puede modificarse y encargarse, en definitiva, sin licitación alguna al contratista originario.

El artículo 52 regula la cesión del contrato, que denomina apropiadamente, “*novación por cesión de los derechos del adjudicatario a otra persona*”. Tal denominación es adecuada porque realmente la cesión del

¹⁰⁹ MARTINEZ FERNÁNDEZ, J.M., «Las modificaciones contractuales. La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el TRLCAP», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 3, Sección, p. 443, tomo 1 (documento electrónico).

contrato es un nuevo contrato donde se sustituye sin licitación pública al contratista originario. No es una modificación sino una novación, un contrato distinto. El precepto exige una triple condición:

- que se haya ejecutado una porción de la obra, servicio o suministro no inferior al 10% del presupuesto,
- que el nuevo contratista reúna las condiciones y preste las garantías exigidas al adjudicatario y,
- que la Corporación autorice la transferencia y se formalice la misma en escritura pública, si ésta se hubiere otorgado en el primitivo contrato y en otro caso, por comparecencia del presidente de la Corporación ante la presencia del Secretario.

Los artículos 53 a 55 regulan la modificación del contrato en particular. El artículo 53 declara obligatorias para los contratistas las variaciones de detalle que no alteren sustancialmente los pliegos de condiciones ni los precios establecidos. Ello es muy relevante. A menudo las definiciones previstas en las partidas de los proyectos pueden variar sin que ello afecte al precio del contrato¹¹⁰. Lo considera como una nueva unidad y no como una mera variación de detalle. Muchas veces estas variaciones no son objeto de aprobación y se debaten en fase de liquidación de obras.

El artículo 54 es fundamental puesto que detalla cuándo se puede modificar un contrato de la forma más correcta que se ha apreciado en nuestra legislación hasta nuestros días. Aunque con los matices que ahora se verán.

La primera virtud es el motivo habilitante para modificar un contrato: la imprevisibilidad. Al respecto, afirma que *“por causas imprevisibles e inevitables o en virtud de motivos de interés público”* podrán modificarse los contratos previo informe de los organismos técnicos y de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, siempre que no se altere el presupuesto, por exceso o por defecto, en más de la quinta parte y de conformidad con las reglas que detalla

¹¹⁰ Pese a que con ello, normalmente, los contratistas pretenden que ante una variación de detalle se incremente el precio sustancialmente.

después. Con ello se está delimitando el concepto de alteración sustancial (que se establece en el 20% de alteración).

Resulta digno de alabanza el empleo del término imprevisibilidad e inevitabilidad, que considero la verdadera causa habilitante para modificar el contrato. El problema y matiz a esa buena redacción viene dado por la permisión de modificaciones por interés público sin causa. El precepto no emplea la conjunción "y"(imprevisibles e inevitables) sino el enlace "o". Con lo que es claro que en uno o en otro caso, exista o no imprevisibilidad será posible modificar el contrato.

No obstante, el propio precepto contiene ciertos límites. El primero que sin introducir nuevos elementos se altere la cantidad de los mismos (variación de mediciones), en cuyo caso tal modificación será obligatoria para el contratista. El segundo, que si se trata de materiales, obras o prestaciones no previstas ni valuadas unitariamente, los precios se establecerán de forma contradictoria y si no hay acuerdo el contratista podrá renunciar a la realización de los mismos sin derecho a indemnización por ninguna de las partes.

El artículo 55, sin precedentes en la legislación española, obliga al contratista a aceptar las modificaciones de contratos en casos de peligro para el orden o seguridad públicos, sin perjuicio de reconocerle el derecho al resarcimiento de los daños e indemnizaciones de los perjuicios que se le ocasionaren.

No se contempla la posibilidad de resolución del contrato a causa de las modificaciones en el capítulo VI sobre la "*resolución, rescisión y denuncia de los contratos*", a salvo de la causa ya señalada de desacuerdo en la determinación del precio de las nuevas unidades.

3.4.- EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DE LAS CORPORACIONES LOCALES DE 1955.

El Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuyos preceptos siguen aún hoy vigentes parcialmente, realiza una regulación sobre modificados que se centra en la modificación de las tarifas del servicio.

Su artículo 116 titulado “*nulidad de concesiones de servicios y de cláusulas de otorgamiento de concesión*”, derogado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establecía la nulidad de la concesión de servicios donde la Corporación, renunciare, entre otras prerrogativas, a “*imponer modificaciones*” o “*establecieran la irreversibilidad, de las tarifas en el transcurso de la concesión*”.

El artículo 127 determina la posibilidad de que la Administración ordene “*discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público y entre otras a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; y b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario*”, sin perjuicio del derecho a compensar económicamente por las mismas siempre que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución.

Como escarmiento al contratista que no cumpliera con las modificaciones, el artículo 133 contempla la posibilidad de llevar a cabo el secuestro de la concesión.

Finalmente, el artículo 151 dispone que las tarifas de los servicios públicos pueden ser modificadas, en todo momento, por la Corporación concedente atendiendo a las circunstancias económicas y sociales relevantes en el servicio. Asimismo, en los supuestos de que la solicitud provenga del concesionario, ésta deberá ser aprobada en uno u otro sentido en el plazo máximo de 3 meses desde la solicitud de modificación siendo el silencio administrativo positivo.

3.5.- LA LEY DE BASES DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1963.

La Ley 96/1960, de 22 de diciembre, de fianzas para los contratos de obras del Estado no aludía a las modificaciones contractuales.

La siguiente norma que abordaba esta cuestión es la Ley 198/1963 de 28 de diciembre de Bases de Contratos del Estado.

HORGUE BAENA considera que a partir de esta norma puede hablarse de un reconocimiento del derecho a modificar el contrato. En particular, afirma

que hasta esa fecha no puede hablarse con rigor de la existencia de un derecho objetivo de la contratación pública ni de la consagración de tal prerrogativa¹¹¹.

Sin embargo, el estudio normativo precedente ha dejado acreditado que el poder de modificación surge mucho antes. No obstante, esta Ley reviste una especial importancia.

El apartado VI de la Exposición de Motivos justifica su regulación. Categoriza que las modificaciones contractuales solo podrán acordarse dentro de los límites que establezca el ordenamiento jurídico. Parte de que *“cuando una obra pública ha sido bien proyectada y adecuadamente contratada no hay razón para presumir, con carácter general, la necesidad de posteriores reformados que tienden en muchas ocasiones a paliar situaciones no calculadas o en definitiva defectos de previsión. Este es el fundamento del carácter restrictivo que el «ius variandi» debe ostentar en una buena administración”*.

La norma matiza todo lo dicho, afirmando que *“no podía llevarse tampoco a sus últimas consecuencias la rigurosa disciplina del derecho a la Administración a modificar el contrato y se prevén los caso de suspensión provisional y definitiva y los aumentos y reducciones del volumen de obra, procurando que su ejercicio basado en el interés público, sea todo lo respetuoso que merece con el vínculo contraído”*.

La Base V, dedicada a los *“efectos del contrato de obras”*, regula cuestiones relacionadas con el riesgo y ventura de las obras, el modo de abono de éstas y otras cuestiones. En lo que aquí interesa, afirma que *“las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las cláusulas válidamente estipuladas en el contrato y al proyecto que sirva de base al mismo”*.

La Base VI lleva por título *“modificación del contrato”*.

¹¹¹ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 23.

Su apartado Uno afirma que *“una vez perfeccionado el contrato, la Administración sólo puede modificar los elementos que lo integran dentro de los límites que establezca el texto articulado de la presente Ley”*. Este apartado recoge los requisitos de necesaria perfección del contrato; la Administración como único titular de esta prerrogativa, dentro de los límites de esta norma.

El apartado Dos aborda la suspensión provisional y definitiva del contrato de obras otorgando el derecho al beneficio industrial si la suspensión fuere definitiva; y si fuere provisional por espacio superior a una quinta parte del plazo total del contrato, o excediera de seis meses, obliga a la Administración a abonar los daños y perjuicios sufridos por el contratista. Lo interesante es que ya en la suspensión provisional se prevé que *“el contratista tendrá derecho al valor de aquellas efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar”*.

En relación con ello el apartado Tres regula la suspensión definitiva, o suspensión superior a un año, donde deja opción al contratista a acogerse a la indemnización citada o a la resolución del contrato.

El apartado Cuatro aborda la modificación del contrato en la forma aquí analizada. Dogmatiza que si durante la ejecución la Administración resolviese introducir en el proyecto modificaciones que produzcan aumento o reducción y aun supresión de las unidades de obra marcadas en el presupuesto o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea de las comprendidas en la contrata, serán obligatorias para el contratista estas disposiciones, sin que tenga derecho alguno en caso de supresión o reducción de obras a reclamar ninguna indemnización. Al mismo tiempo señala que si dichas modificaciones supusieran alteraciones en el presupuesto de la obra en más o en menos del 20% de su cuantía, el contratista podrá optar por la resolución del contrato sin pérdida de fianza. Además este apartado ordena regular *“el alcance de los reformados, así como el tratamiento de las obras accesorias o complementarias”*.

3.6.- EL TEXTO ARTICULADO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 1965.

Como respuesta a la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado siguió el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, en adelante, LCE. Esta Ley unificó las diversas normas dispersas en el tiempo, como la Ley de Administración y contabilidad de 1911, o la Ley de Fianzas de 1960.

Su artículo 18 regulaba la prerrogativa de la Administración de modificación del contrato por razón de interés público celebrados “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley*”. Los acuerdos de modificación eran totalmente ejecutivos siempre que mediara informe de la Asesoría. Cuando la modificación fuera superior al 20% del precio del contrato era preceptivo el dictamen del Consejo de Estados siempre que el precio de aquel excediera de 100.000.000 de pesetas¹¹².

Lejos de realizar una regulación de general aplicación a todas las modalidades contractuales, la norma regulaba separadamente la modificación del contrato para cada una de ellas.

El artículo 48, sobre la modificación del contrato de obras, posibilitaba tal prerrogativa tras la perfección del contrato y limitada a las prescripciones de la norma. Obligaba a que si la modificación fuera causa de resolución sería acordada por el órgano de contratación competente, previa autorización del Consejo de Ministros en ciertos supuestos. Con ello se contiene una referencia expresa a la posibilidad de modificación del contrato aun en casos en que la propia norma determine la necesidad de resolver el contrato.

El artículo 50 recogía las modificaciones del proyecto de obras que produjeran aumento o reducción y aún supresión de las unidades de obra marcadas en el mismo, o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta fuera de las comprendidas en el contrato. Determinaba estas

¹¹² BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1032 -1033.

modificaciones como obligatorias sin derecho alguno en caso de supresión o reducción de obra a reclamar ninguna indemnización.

La modificación del contrato de gestión de servicios públicos se regula en el artículo 74. No se obliga a la perfección del contrato para la modificación como se establecía para las obras. Se impone una limitación sobre qué aspectos pueden ser objeto de modificación determinando que podrán modificarse “*las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios*”. Se obligaba al reequilibrio económico del contrato si se afectaba régimen financiero del contrato. Resulta interesante la prohibición de reclamación frente a modificaciones del desarrollo del servicio que no tengan trascendencia económica.

Respecto del contrato de suministro, el artículo 93 con parquedad presenta un carácter más aperturista que el resto de contratos estudiados, dejando al pliego la regulación de cuándo procede modificar el contrato. Así permite las modificaciones de contratos en razón de las necesidades reales del servicio destinatario del suministro, con los límites que establezca el pliego de bases y, en su defecto, con los fijados para el contrato de obras.

En cuanto al procedimiento de aprobación de las modificaciones de contratos por la existencia de unidades nuevas se precisa aprobación por el órgano de contratación competente, previa autorización del Consejo de Ministros, para contratos de ejecución plurianual o de cuantía superior a 2.000 millones de pesetas.

El artículo 52 regula la resolución contractual por motivo de las modificaciones contractuales en el contrato de obras. La norma sólo se refiere al contrato de obras sin contener una regulación al respecto para el resto de contratos. Además se configura como una potestad del contratista cuando las modificaciones conlleven una alteración del precio del contrato en cuantía superior en más o menos al 20% del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.

3.7.- EL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO DE 1975.

Diez años más tarde del dictado del texto articulado de la LCE, fue aprobado su reglamento, el Reglamento General de Contratación del Estado, mediante Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

El artículo 11 del Reglamento efectúa por primera vez en la historia de la legislación española una atribución al pliego de condiciones de la posibilidad de modificar un contrato. Ello recuerda a las actuales modificaciones del contrato, conocidas como “previstas” en el condicionado. El precepto, no obstante, se dirige exclusivamente a los contratos administrativos especiales.

El artículo 50 recoge la prerrogativa general típica sobre modificación del contrato. Exige que existan razones de interés público y que el contrato se haya “celebrado”¹¹³.

El artículo 51 dota de ejecutividad a tales modificaciones aprobadas adecuadamente y exige el dictamen del Consejo de Estado para los modificados cuando la cuantía de aquella exceda del 20% del precio del contrato siempre que el contrato supere las 100.000 pesetas¹¹⁴.

El artículo 136 regula someramente las modificaciones del contrato de obra. Ordena que se aprueben tras un procedimiento contradictorio que comprenda la propuesta del facultativo director de las obras o petición del contratista, la audiencia del contratista o informe del citado facultativo a evacuar en ambos casos en un plazo de quince días, el informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención General del Estado, a evacuar en el mismo plazo anterior, y la resolución del órgano o autoridad que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista. Es la primera ocasión en que acontece una regulación tan detallada del procedimiento de modificación contractual. El procedimiento puede iniciarlo no sólo la Administración sino el Director de las obras y el propio contratista.

¹¹³ Se abandona con ello el término perfeccionado generalmente empleado.

¹¹⁴ Idéntica previsión se contenía ya en el artículo 18 de la LCE.

El reglamento aclara que salvo que motivos de interés público lo justifique, la tramitación de incidencias no determinará la paralización de las obras, lo que de hecho, obligaría al contratista a probar que las obras deben suspenderse y no puede continuarse por otros trabajos o tajos de obra.

El artículo 146 y siguientes vuelven a retomar la regulación del contrato de obras para contener, ahora sí, la previsión de modificación general establecida en el artículo 48 de la LCE. Con ello se recupera aquí, con deficiente técnica legislativa, la posibilidad de modificar un contrato una vez perfeccionado.

Existe una novedad importante en el precepto. Se trata de la determinación contundente de que un modificación conlleva la necesidad se indemnicen los daños y perjuicios originados al contratista por el mismo. Si bien ello ya figuraba en algunas normas del siglo XIX, la innovación está en que se regula no sólo que el modificado se abone por los precios contradictoriamente fijados sino también que la Administración abone los efectos de la modificación. Ejemplo de ello podrían ser la sustitución de una partida de obra por otra distinta cuando se hubieren comprado ya los materiales por el contratista.

EL artículo 147 reitera literalmente el artículo 48 de la LCE sobre la necesidad de aprobación de los modificados por el órgano de contratación o el Consejo de Ministros para determinados contratos.

El artículo 148 regula la suspensión provisional que no configura como inmediata en el tiempo. Al contrario afirma que el derecho a abonar los daños y perjuicios que la suspensión ocasione se dará cuando la suspensión dure el 20% del plazo total del contrato o seis meses.

La suspensión definitiva de las obras se recoge en el artículo 162 del Reglamento para el caso de que transcurra un año desde la suspensión provisional. En ese momento el contratista tiene derecho al valor de aquéllas efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar. Al respecto, existe una matización importante al respecto de qué se considera obra realizada. Se considera como tanto la que pueda ser objeto de certificación por unidades de obras terminadas, como también, las accesorias

llevadas a cabo por el contratista y cuyo importe forma parte de sus costes indirectos, y los acopios situados al pie de obra.

El precepto configura de una forma distinta a la que estamos habituados actualmente el cálculo del beneficio industrial o lucro cesante. No se toma en cuenta un porcentaje tomando como base lo que resta de ejecutarse sino que define como beneficio industrial la cantidad resultante de aplicar el coeficiente del 6% al presupuesto de ejecución material con deducción de la baja de licitación en su caso.

Resulta interesante, como ya vimos en la Ley de Bases, que frente al carácter automático de la resolución del contrato que en la actualidad conlleva la suspensión por un año, la norma lo configura como un derecho del contratista. Éste puede optar entre solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos¹¹⁵.

El artículo 149 regula cuándo procede modificar el contrato, en una redacción similar a la subsiguiente hasta la llegada de la LCSP. Según este precepto, *“la Administración sólo podrá acordar modificaciones en el proyecto de obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, cuyas circunstancias deberán quedar debidamente justificadas”*¹¹⁶.

En este reglamento se incorpora por primera vez en nuestra legislación la obligación de reajustar el plazo de ejecución proporcionalmente a la variación del presupuesto de las obras del proyecto tanto en más como en menos.

El artículo 150 regula la modificación del contrato por aumentos o reducciones y supresiones de unidades de obra. Realiza una regulación similar a la anteriormente existente. Esto es, lo configura como obligatoria en todo

¹¹⁵ Algo que actualmente ya se realiza cuando se acuerda la suspensión provisional sin esperar a la definitiva) y continuar esperando o instar la resolución del contrato.

¹¹⁶ Dictámenes del Consejo de Estado 79/1993, de 1 de abril de 1993, 50668/1987, de 17 de junio de 1987 y 79/1993, de 1 de abril de 1993.

caso y declara la improcedencia del cobro de indemnizaciones por reducción o supresión de las unidades de obra¹¹⁷.

El precepto regula también la introducción de nuevas unidades. Considera nuevas unidades las que no están comprendidas en el contrato o sus características difieren sustancialmente de ellas. Esta descripción es importante, pues a menudo en la actualidad existe en la partida en el proyecto de obras que se pretende ejecutar pero al tener alguna variación poco importante el contratista insta la modificación para configurar un nuevo precio de forma ajena al contrato y a su oferta.

Se exige que los precios nuevos los proponga el director de obra y se de audiencia al contratista, quedando exonerado éste último de su ejecución si no aceptase. Ello no es novedad. Sí lo es que la norma habilita para que si el contratista desiste de esas unidades se contraten con otro empresario o se ejecuten directamente por la Administración.

Finalmente, se recoge el deber de formalizar la modificación del contrato en documento administrativo.

El artículo 151 recoge una cláusula que también se ha estudiado en la normativa anterior. Trata de las unidades de obra de difícil determinación en cuanto a su número exacto para las que se hubiera aprobado su inclusión en el proyecto dotándolas con una cantidad alzada. Al contrario que ocurría en normas precedentes, donde sí se consideraba su carácter de modificación del contrato, aquí se expresa que *“su utilización no tendrá a ningún efecto el carácter de modificación del contrato”* sin perjuicio de que se aumente el plazo de ejecución.

Aparece otra novedad en el hecho de que tampoco se consideren modificaciones a las alteraciones del precio por aplicación de cláusulas de revisión y se concrete que no afectará al plazo de ejecución establecido.

Si bien no se trata de una modificación del contrato propiamente dicha, el artículo 153 regula por primera vez las obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto. Exige que se contraten de forma independiente

¹¹⁷ Ver al respecto informe de la JCCA 33/1976, de 22 de abril de 1976.

salvo que no excedieran del 20% del importe del contrato. En tal caso se permite encargarlas al contratista original a los precios del contrato originario.

Destaca de forma singular el artículo 154. Contempla que cuando se hiciera precisa la modificación de un proyecto y resultaran indicios de que ello trae causa en el defecto o imprevisión imputable a sus autores o supervisores podrá ordenarse la práctica de una investigación. Al mismo tiempo contiene una lapidaria afirmación: *“la aprobación de los proyectos por la Autoridad competente no exonera a los funcionarios responsables de los mismos por los defectos o imprevisiones en que hayan incurrido o les sean imputables”*. Ello es algo que debiera traerse a nuestra legislación pues constituye uno de los principales problemas de la ejecución de los contratos. Igual responsabilidad se atribuye a los funcionarios respecto de las modificaciones no autorizadas en las obras, ya hubieran ordenado ellos las modificaciones o ya las hubieren permitido – atendiendo a su deber de vigilancia y control de las obras como Dirección de obras -, contemplada en el artículo 155. Este precepto alude también a los empresarios ejecutores de dichas modificaciones con conocimiento de su irregularidad. Se les niega el derecho al abono de las mismas y se les obliga a su demolición si así se les ordena, e indemnizando a la Administración, en todo caso, por los daños y perjuicios que su conducta ocasione.

El artículo 161 contempla como causa de resolución potestativa las modificaciones que impliquen, aislada o conjuntamente alteraciones del precio del contrato en más o en menos al 20% o representen una alteración sustancial del proyecto inicial¹¹⁸. En ambos casos, cualquiera de las dos partes contratantes, si se cumple los requisitos expuestos, puede instar la resolución contractual. Hasta aquí, nada se añade a lo ya conocido. Lo relevante es cómo por primera vez, y en el párrafo segundo de este precepto, se ofrece una definición de qué es alteración sustancial, en su vertiente cuantitativa. Se

¹¹⁸ STS 11 de mayo de 1979 (RJ 3448/1979). Ver Informes de la JCCA 21/1967, de 7 de julio de 1967, 28/1971 de 23 de julio de 1971.

afirma que *“se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten al 50 por 100 del importe del presupuesto”*.

La modificación del contrato de gestión de servicios públicos se regula en los artículos 221 y 222. No se incorporaran novedades respecto de la norma que desarrolla.

Se permiten las modificaciones del contrato por razón de interés público que afecten a las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. También se contempla el deber de reequilibrio económico y la improcedencia de reclamaciones ante modificados sin trascendencia económica.

La única novedad es exigir que en el contrato se consigne el alcance de la facultad de modificar su régimen financiero que ostenta la Administración y los derechos y obligaciones que tal evento origina para las partes. Nada dice la norma de ninguna causa de resolución relacionada con la modificación del contrato.

Los artículos 269 a 271 se dedican a regular la modificación del contrato de suministro. El artículo 269 permite a la Administración modificar el contrato en razón de las necesidades reales del servicio destinatario del suministro, con los límites que establezca el pliego de bases y en su defecto, con los fijados para el contrato de obras, con el único límite de que las modificaciones no afecten a las prestaciones que hayan sido recibidas en firme por la Administración conforme al contrato.

El artículo 270 regula la suspensión definitiva del contrato, motivada por razones de interés público exigiendo a la Administración el abono al contratista del valor de los objetos efectivamente entregados, de los que tuviese preparados y dispuestos para la entrega y al beneficio presunto de los dejados de entregar. Además establece que el valor de lo que esté en fase de elaboración y el beneficio presunto se tasarán mediante procedimiento contradictorio y resolverá el órgano de contratación correspondiente. En cuanto a la suspensión temporal exige que si supera una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso si aquélla excediese de tres meses, la

Administración abonará al empresario los daños y perjuicios que pueda éste efectivamente sufrir¹¹⁹.

El artículo 271 impide a la Administración negociar con el empresario prestaciones distintas de las que fueron objeto del contrato. Obliga a que si las nuevas prestaciones fueran necesarias deberán adjudicarse como contrato independiente, salvo que no excedieran del 20%, como ya señalaba la normativa precedente.

Sin novedad, el artículo 272 regula como causa de resolución del contrato las modificaciones de la prestación, aunque fueren sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteración del precio del contrato en cuantía superior en más o en menos al 20% del importe de aquél o representen una alteración sustancial de la prestación inicial, pero en todo caso como derecho del contratista.

3.8.- LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 1995.

La adaptación del ordenamiento jurídico español a la normativa comunitaria era obligada a partir de su pertenencia en 1986. Y así se aprobaron el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de modificación de la LCE y el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, trató de incorporar las Directivas 77/62/CEE, sobre contratos de suministro y 71/305/CEE, sobre contratos de obras. Pero dado que en ambas normas españolas para nada se alude a la modificación de contratos no se examinaran aquí.

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante, LCAP, es el primer texto completo que regula la contratación administrativa con intención de incorporar el Derecho comunitario y actualizar la normativa española ya obsoleta¹²⁰.

¹¹⁹ Informes de la JCCA 13/1975, de 22 de abril de 1975, y 44/1979, de 31 de octubre de 1979.

¹²⁰ Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios y las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE que constituyen los textos refundidos de las Directivas en materia de contratos de

El primer momento en que se regulan las modificaciones contractuales es el artículo 8 que se dedica a los contratos administrativos especiales. La referencia se contiene en el apartado 3.c). Considera como causa de resolución de estos contratos las modificaciones, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio primitivo del contrato, IVA excluido, o representen una alteración sustancial del mismo.

Por su parte el artículo 12 exige la autorización del Consejo de Ministros para modificar un contrato si a su vez este órgano autorizó la licitación de aquel. Con ello, cabe apuntar una vez más la conclusión de que un modificado es un nuevo contrato.

El artículo 43 regula el reajuste de las garantías en el supuesto de modificación del contrato con la finalidad de que tras la modificación la fianza prevista para la ejecución guarde la debida proporción con el precio del contrato resultante de su modificación.

El artículo 58 exige el envío al Tribunal de Cuentas u órgano de fiscalización correspondiente de la Comunidad Autónoma de las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos y extinción de los contratos cuya cuantía exceda de 100.000.000 de pesetas, tratándose de obras y de gestión de servicios públicos; de 75.000.000 de pesetas, tratándose de

suministro y de obras. Igualmente la exposición de Motivos de esta norma afirma haber tomado en consideración los aspectos relativos a la contratación pública resultantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que entró en vigor el 1 de enero de 1994 y algunos derivados del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio. No incorporaba las previsiones de la Directiva 89/665 argumentando que la legislación española ya contaba con un recurso eficaz en materia de contratos. Ello no parece lo que años después determinaría el Tribunal de Justicia Europeo en su Sentencia de 3 de abril de 2008 que condenaba por tal motivo a España. Tampoco aludía a las directivas sobre sectores excluidos. VÁZQUEZ MATILLA, F.J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, Nº 45, 2008. pp. 149 -181.

suministros, y de 25.000.000 de pesetas, en los de consultoría y asistencia, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales.

El artículo 60 recoge la común prerrogativa de, entre otras, modificar el contrato por motivos de interés público dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la LCAP. El precepto somete el ejercicio de esta prerrogativa a informe del Consejo de Estado o análogo de las Comunidades Autónomas cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas.

Pero son los artículos 102 y 103, referidos solo a los contratos administrativos, los que pretenden realizar una regulación general de esta prerrogativa. El artículo 102 posibilita que el órgano de contratación modifique el contrato perfeccionado por razón de interés público *“siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”*. Con ello se introduce por primera vez el concepto de necesidades nuevas y causas imprevistas.

El artículo 103 regula la suspensión del contrato de obras. Lejos de abonar la obra realmente ejecutada, como hemos visto ocurría en la anterior legislación, la norma, idéntica a la hoy vigente, sólo exige abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos y consignar en un acta tal circunstancia y su motivación.

El artículo 146 se refiere a la modificación del contrato de obras, reputando como obligatorias las modificaciones en el contrato de obras que produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea una de las comprendidas en el contrato. Además, como siempre, declara la inexistencia a reclamar indemnización alguna en caso de supresión o reducción de obras.

Para el caso de que se trate de nuevas unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, se determina que ello se realizará a los precios fijados por la Administración, a la vista de la propuesta del director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia.

Establece que si éste no aceptase los precios fijados, deberá continuar la ejecución de las unidades de obra y los precios de las mismas serán decididos por una comisión de arbitraje en procedimiento sumario, sin perjuicio de que la Administración pueda, en cualquier caso, contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente.

El precepto aborda el supuesto de que el director de obra proponga modificaciones. Arbitra un procedimiento urgente, con audiencia al contratista del nuevo proyecto, a la que sigue la aprobación del gasto.

Más urgente es la previsión de que los modificados que impidan continuar las obras, para los que no se exige más trámite que la aprobación por el órgano de contratación, previa audiencia del contratista, de la propuesta técnica motivada, efectuada por el director facultativo de la obra en la que se incluirá el importe máximo de dicha actuación, que no podrá ser superior al 20% del precio del contrato, siempre que se haya dado audiencia al contratista, exista conformidad del órgano de contratación y reserva de crédito.

El artículo 150 contempla como causa potestativa de resolución las modificaciones en el presupuesto, aunque fuesen sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en el momento de aprobar la respectiva modificación, en más o en menos, en cuantía superior al 20% del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial, al igual que como hemos visto en la normativa anterior.

Sorprende que se defina qué se entiende por alteración sustancial, aunque solo sea para las obras, siendo la primera vez que ello ocurre. En particular, el artículo 151, cualitativa y cuantitativamente. Cualitativamente, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial; y cuantitativamente, la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 50% del importe del presupuesto.

Por su parte, este precepto regula el derecho a que transcurridos seis meses de la suspensión de las obras surja el derecho del contratista a resolver el contrato.

El artículo 164 sobre la modificación de los contratos de gestión de servicios públicos habilita a tal menester a la Administración, por razones de

interés público. El objeto de las modificaciones puede abarcar tanto las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, compensándose en su caso al contratista y negando el derecho a reclamar indemnizaciones ante una modificación sin connotación económica, sin innovación respecto de la normativa anterior.

La modificación de los suministros se regula en el artículo 190 sin novedad respecto de la legislación anterior. Se obliga al contratista respecto de las modificaciones que produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de bienes que integran el suministro o la sustitución de unos bienes por otros, sin que tenga derecho alguno en caso de supresión o reducción de unidades o clases de bienes a reclamar indemnización por dichas causas. Todo ello sin perjuicio del derecho a resolución en casos de modificados que conlleven variación del 20% del importe de aquél *“o representen una alteración sustancial de la prestación inicial”*.

La modificación de los contratos de consultoría y asistencia, de los servicios y de los de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración se regula en el artículo 213. Éste dispone como obligatorias las modificaciones que produzcan aumento, reducción o supresión de equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estén contenidos en el contrato. Estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho alguno en caso de supresión o reducción de unidades o clases de equipos a reclamar indemnización por dichas causas. Ello sin perjuicio de que, como en el resto de supuestos estudiados, una alteración del 20% del precio del contrato o la alteración sustancial del contrato conlleve el derecho del contratista a resolver el contrato, conforme al artículo 214.c).

3.9.- LA LEY 53/1999, DE 28 DE DICIEMBRE DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, se dictó tan solo 4 años después de la LCAP. Además de la clarificación de conceptos y la corrección de errores de técnica legislativa, su razón de ser radicaba en adaptar la legislación española a la normativa comunitaria sobre contratación pública, y en particular a la

Directiva 97/52/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre, que modificaba las Directivas 93/36/CEE, 93/37/CEE y 92/50/CEE, sobre contratos de suministro, obras y servicios.

Respecto de la modificación de los contratos, la Exposición de motivos resalta que un importante fundamento para el dictado de la norma era *“introducir una serie de disposiciones que tienen por objeto incrementar la concurrencia y aumentar la transparencia y objetividad en los procedimientos de adjudicación en la contratación administrativa. Cabe destacar, en este sentido, el establecimiento de mayores y más eficaces controles para las modificaciones de los contratos, con limitaciones expresas por primera vez en nuestro ordenamiento a las modificaciones de unidades del contrato con independencia de su repercusión presupuestaria”*.

Ello se puso de manifiesto en el debate de esta norma. En particular en el discurso del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda (De Rato Figaredo):

“Tal como se viene aplicando la normativa de esta materia en este momento, todos somos conscientes de que los licitadores pueden presentar ofertas por debajo del precio real en la convicción de que con posterioridad a la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales en el precio inicialmente visto por vía de los modificados. Ésta es una práctica que nos lleva al difícil control presupuestario desde el punto de vista de los costes de la inversión(...) El proyecto que presento ante la Cámara pretende poner coto, límite a esta práctica (...) Esta medida responde a la decidida voluntad del Gobierno de mantener una política de rigor presupuestario de la que la contratación pública no puede escapar porque es uno de sus ejes básicos, terminando así con una práctica a la que ya me he referido que en muchas ocasiones acaba duplicando el precio inicial de los contrato y, en todo caso, supone una práctica contraria a la libre concurrencia. Señorías, no sólo se trata de evitar que la Administración incurra en un coste muy superior al previsto, sino de que aquel al que se le adjudica la obra por ser el más barato no resulte

*al final el más caro, con lo cual estaríamos afectando, como en estos momentos se produce, a la libre concurrencia (...)*¹²¹.

Se modificaron el artículo 8, relativo al contrato administrativo especial y los artículos 60.b.3), 150.e), 193.c) y 214.c) en relación con la expresión “*precio original del contrato*” que se sustituía por “*precio primitivo el contrato*”, tanto en su consideración de causa de resolución potestativa del contratista como para la exigencia del informe del Consejo de Estado.

Además se reforma el artículo 102 que exige formalizar la modificación y consideraba preceptivo el informe de contenido presupuestario la Dirección General de Presupuestos del Ministerio de Economía y Hacienda cuando las modificaciones, aislada o conjuntamente conlleven alteraciones en cuantía igual o superior al 10% del precio primitivo del contrato, siempre que éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas con exclusión del IVA.

Será preceptivo, además, del informe del Consejo de Estado y de la fiscalización previa de la Intervención, un informe de contenido presupuestario de la Dirección General de Presupuestos del Ministerio de Economía y Hacienda¹²². Ordena que se justifique “*la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación*”. Ello no es sino una nueva prueba de la relación evidente entre un modificado y una nueva adjudicación. Finalmente, para los contratos de obras exige el informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos sobre la adecuación de la modificación propuesta.

¹²¹ Diario de Sesiones Nº 232 de 22 de abril de 1999, pp. 12371 – 12372.

¹²² A tal efecto, el texto aclara qué documentos deben enviársele a tal organismo. Dichos documentos son dignos de mención, porque de la simple lectura se aventuran los límites de las modificaciones contractuales. En particular, una memoria en la que exige a la Dirección de obra que justifique el porqué de la desviación, y por qué no se incluyó la modificación en el condicionado administrativo o técnico, o en el proyecto. Ver comentario al respecto de JIMÉNEZ APARICIO, E., *Comentarios a la legislación de Contratación Pública*, op. cit., pp. 911 - 912.

El artículo 146, dedicado a la modificación del contrato de obras, establece como plazo de audiencia al contratista un plazo mínimo de tres días hábiles para los casos en que pretendan acordarse nuevas unidades de obra; suprimiendo la referencia a la Comisión de Arbitraje para la determinación de los nuevos precios en caso de discrepancia, remitiendo directamente a la ejecución directa o al procedimiento negociado sin publicidad siempre que su importe no exceda del 20 % del precio primitivo del contrato.

La suspensión del contrato provisional se eleva de cuatro a seis meses el plazo para aprobar técnicamente el proyecto modificado, y de seis a ocho meses para el del expediente de contratación, y se elimina la referencia a que pasados esos plazos “no se podrán ejecutar tales obras”.

3.10.- EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 2000.

El texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas 2/2000 de 16 de junio (en adelante, TRLCAP) regulaba las modificaciones contractuales en los artículos 101 y 102 dentro de la Sección II “de la modificación de los contratos”, Capítulo VIII “de la ejecución y modificación de los contratos”, Título III “de las actuaciones relativas a la contratación” que a su vez se incardinaba en el Libro I “De los contratos de las Administraciones Públicas en general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”. La escasa importancia que se ofrece a las modificaciones contractuales se desprende además de por su enrevesado emplazamiento en la norma porque solo se regula en dos preceptos, los artículos 101 y 102, incorporando la reforma efectuada en 1999.

4.- EL SIGLO XXI: LA RESTRICCIÓN DE LAS MODIFICACIONES.

4.1.- EL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 2001.

El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas,

aún vigente en muchos de sus preceptos, desarrolla el régimen de modificaciones contractuales previstos en el TRLCAP.

En relación con las obras, el artículo 101 aclara que la revisión de precios no tendrá el carácter de modificación¹²³. El artículo 102 regula el procedimiento de modificación del contrato, limitándose a exigir una propuesta de modificación del contrato donde se describa y valore el modificado, y la necesidad de aprobación por el órgano de contratación previa audiencia y fiscalización del gasto.

El artículo 103 regula el contenido del acta de suspensión de la ejecución de las obras. Determina quién debe suscribirla (un representante del órgano de contratación, el contratista y el director de obras). Establece la necesidad de que se relacionen las partes de las obras suspendidas, y se mida la obra ejecutada y materiales acopiados a pie de obra utilizables en exclusiva en las mismas.

Los artículos 139 y 141 abordan las modificaciones contractuales en relación con el momento de inicio de las obras con el replanteo, ordenando la suspensión de las mismas hasta que se aprobasen las modificaciones necesarias para proseguir.

Los artículos 148 a 152 dotan de mayor detalle a la regulación de las modificaciones en el contrato de obras. Reiteran la regulación relativa a los modificados sobre las mismas unidades de las obras o sobre nuevas unidades diferentes al proyecto original. Prohíbe expresamente la ejecución de éstas sin aprobación previa, salvo cuando se tratase de variaciones de medición inferiores al 10% del precio primitivo del contrato, IVA excluido.

4.2.- LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007.

4.2.1.- Introducción.

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su redacción inicial (en adelante LCSP), supuso un cambio sustancial de la

¹²³ Véase al respecto el Dictamen de la Abogacía General del Estado 38/2002.

regulación hasta el momento conocida, en esta materia. Su pretensión es clara, limitar las modificaciones contractuales¹²⁴.

La LCSP fue reformada en multiplicidad de ocasiones¹²⁵. En lo que ahora nos afecta, tomaremos en cuenta la redacción inicial de la norma; aquella que va desde su entrada en vigor hasta su por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), que será estudiada en el siguiente apartado¹²⁶.

El periodo de vigencia, en lo que a esta materia se refiere, abarca desde el dictado de la LCSP hasta los contratos adjudicados con anterioridad al 6 de marzo de 2011, como manda su disposición transitoria séptima.

La LCSP regula algunas cuestiones de forma similar a las que ya hemos estudiado. Ejemplos de ello son la obligación de reajuste de garantías y la no

¹²⁴ GIMENO FELIU, J. M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, op. cit., pp. 254 y ss.

¹²⁵ La LCSP en su versión original tuvo escasa pervivencia. Fueron múltiples sus reformas desde el año 2007 hasta noviembre de 2011 en que se aprobó el TRLCSP mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. En concreto, modificaron la LCSP, la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, que modifica el artículo 83; el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP y la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y LJCA para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras; la ley 35/2010, de 17 de setiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible, el Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, la Ley 24/2011, de 1 de agosto de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad o la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹²⁶ MEDINA ARNAIZ, T., «Observatorio de la actividad de los órganos consultivos en materia de contratos públicos.», *Observatorio de contratos públicos 2011*, GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), Aranzadi, 2012, pp. 179 – 309.

consideración de la revisión de precios como una modificación contractual, conforme al artículo 86.

El artículo 120.i) exige que los contratos de colaboración público - privada incorporen en su clausulado las condiciones en que puede procederse por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución. Ello especialmente para los supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista.

El artículo 193 se denomina vinculación al contenido contractual y pretende legalizar el principio de *pacta sunt servanda* obligando a las partes a cumplir el contrato a tenor de sus cláusulas. Si bien ello no es una novedad legislativa. Este principio es matizado o excepcionado por el uso de las prerrogativas establecidas en favor de las Administraciones Públicas que figuran en el artículo 194. Entre ellas, recoge, como ya es tradicional, el poder de modificación del contrato por interés público¹²⁷ para la que exige dar audiencia al contratista.

La regulación afectaba al igual que sus precedentes, únicamente a los contratos administrativos. No existía duda alguna de que los contratos de otros entes, no Administración Pública, debían sustanciarse por las normas civiles. Esto es tanto como decir que existía una permisividad total a las modificaciones contractuales para estos sujetos no Administración Pública o para los contratos privados que celebrasen los entes considerados Administración Pública¹²⁸.

¹²⁷ Informe 59/00 de la JCCA de 5 de marzo de 2001.

¹²⁸ GIMENO FELIU, J.M., «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, Nº 176, 2008, pp. 9-54; BAÑO LEÓN, J.M., «La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, Nº 151, pp. 11-37; PAREJO ALFONSO, L.J., «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratación del Sector Público», *Documentación administrativa*, Nº 274-275, 2006, pp. 11-44.

El artículo 202.1 de la LCSP recoge como exigencia inicial e imprescindible para el ejercicio del *ius variandi* la existencia del contrato. Sólo podrá acordarse la modificación contractual una vez que éste se haya perfeccionado, o lo que es lo mismo, que se haya adjudicado definitivamente, como se desprende de lo previsto en el artículo 27.1 de la LCSP¹²⁹.

4.2.2.- La prohibición de modificados por necesidades nuevas.

Una novedad importante fue la supresión del inciso que habilitaba para modificar un contrato por necesidades nuevas, lo que sí permitía el artículo 101.1 del TRLCAP. A partir de ahora, y hasta la actualidad, sólo circunstancias imprevistas podrán servir para motivar tal actuación.

Esta novedad fue introducida mediante una enmienda parlamentaria del Grupo Parlamentario Popular (enmienda número 91), que propuso tal cambio con el objetivo *“de salvaguardar el principio de igualdad de trato y no discriminación, tal como ha expresado el Tribunal de Justicia de las*

¹²⁹ El artículo 27.1 de la LCSP dispone que los contratos se perfeccionan mediante su adjudicación definitiva, cualquiera que sea el procedimiento seguido para llegar a ella. Más tarde veremos como la regla de que la adjudicación perfecciona el contrato fue sustituida por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las LCSP y Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y LJCA para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

Tuve la ocasión de señalar que *“al igual que ocurre en la LCSP, la perfección del contrato viene dada por la adjudicación, siendo el contrato un simple trámite, obligatorio – no para las entidades locales de Navarra – (...)”*. En este sentido, debemos resaltar que la Ley Foral 1/2007, de 14 de febrero que modifica el artículo 230 de la Ley Foral 6/1990 de 2 de julio de Administración Local en el sentido de que: *“El pliego de cláusulas administrativas particulares o las condiciones del contrato podrán exigir que se formalicen los contratos.”*, configurando como potestativo y no obligatorio este requisito («Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre Recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra* Nº 45, Enero – junio 2008, pp. 149-181). Ver al respecto GALLEGO CORCOLES, I., «La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público», *Anuario de Derecho Municipal*, 2010, Madrid, 2011, pp. 133 – 166.

Comunidades Europeas de 29 de abril de 2004 en el C-496/99 Comisión contra Succhi di Fruta, que impide considerar en el plazo de la modificación de los contratos aquellas alteraciones que dimanen de necesidades nuevas, puesto que en tal caso, debería procederse a una nueva licitación ya que las variaciones suponen una transformación esencial del objeto del contrato (artículo 31.4 de la Directiva 2004/18CEE)”¹³⁰.

Pero incluso antes de la aprobación de la LCSP, en particular, el 12 de diciembre de 2006, la Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea ya dirigió a las autoridades españolas, unas observaciones en relación con el Anteproyecto de la LCSP referidas, entre otros extremos, a las modificaciones contractuales.

En ellas se señalaba que ninguna disposición de la Directiva de contratos públicos autorizaba a modificar un contrato por “necesidades nuevas”, anunciando la posibilidad de iniciar un expediente a España por incumplimiento, al considerar que ello podía vulnerar la normativa comunitaria al permitir la modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación¹³¹. Sin embargo, esta petición no fue atendida en este momento.

El concepto de “necesidades nuevas” es un concepto jurídico indeterminado que a menudo se utilizaba de forma indistinta¹³². Sólo la doctrina lo precisó mínimamente¹³³. Por necesidades nuevas se entendía los elementos

¹³⁰ Boletín Oficial de la Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 29 de marzo de 2007 N° 95-22, pp. 202.

¹³¹ COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., «Hacia un tratamiento definitivo del *lus variandi* en la normativa contractual española a través de la Ley de Economía Sostenible», *Noticias jurídicas*, junio 2010.

¹³² GARCIA DE LA MATA, J.E., PIPAON PULIDO, J.G., «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Diario La Ley*, N° 6983, 7 de julio de 2008, Editorial la Ley, (documento electrónico).

¹³³ GOMEZ – FERRER MORANT, R., y otros, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas Ediciones S.L., 2004, Madrid, pp. 589-590.

aparecidos después de la perfección del contrato, que surgen en la ejecución del mismo, pero no necesariamente como consecuencia de esa ejecución del contrato propiamente dicha, sino más bien por la interacción de elementos externos o ajenos a dicho contrato, por lo que nunca pudieron ser tenidos en cuenta y tampoco pudieron ser previstos. Por el contrario, por causas imprevistas, entenderíamos aquellas causas que surgen no ya fuera del contrato sino dentro de él.

4.2.3.- El excesivo alcance del concepto de imprevisión.

El alcance que la LCSP, sus normas precedentes, daban al concepto de imprevisión es problemático. La LCSP obvia la necesidad de que no todo imprevisto pueda ser causa suficiente para modificar un contrato obviando la necesidad de interpretar de forma restrictiva este concepto. Hasta el momento la interpretación ha sido excesivamente muy amplia y permisiva.

Entre otros, diversos Dictámenes del Consejo de Estado criticaron que si por imprevisión se entiende cualquier imprevisto el precepto habilitante para modificar un contrato carecería de efectividad alguna.

Por ejemplo, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de mayo de 1975 declaró *“que semejante entendimiento de la imprevisión dejaría sin eficacia alguna el precepto, ya que siempre podría aducirse que lo no incluido en un Proyecto aunque debiera serlo, se halla, efectivamente, “imprevisto” en él. Lo que el texto citado quiere, sin duda, decir –y mejor hubiera hecho, quizás, con la palabra “imprevisible”- es que se trate de circunstancias objetivamente imprevistas y no de meras imprevisiones en el Proyecto”*.

4.2.4.- La prohibición de alteración sustancial.

La LCSP en su artículo 202.1 establecía otro límite importante. La prohibición de afectar a las condiciones esenciales del contrato. Un límite antes

¹³³ SAINZ MORENO, F. en PENDAS DIAZ, B. (coord.), *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas)*, Ciss Praxis, 1995, Madrid, pp. 423-424.

inexistente, salvo para el contrato de obras. Determinaba que ante la falta de acuerdo con el contratista existiría una resolución del contrato superados determinados porcentajes de modificación.

Se desarrollaba exclusivamente para el contrato de obras, en el artículo 221.1 LCSP, que especificaba como causas de alteración sustancial *“entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial”*. Desde un punto de vista cuantitativo, el artículo 221 fijaba un límite del 30% en el precio del contrato en lo referente a sustitución de unidades de obra que afecten al precio al menos en ese porcentaje, superada dicha variación existiría alteración sustancial.

4.2.5.- La obligatoriedad limitada de las modificaciones.

Las modificaciones eran obligatorias solo hasta el 20%, pero a partir de tal variación la aceptación y consecuente realización de la modificación era potestativa para el contratista¹³⁴ como determinaban los artículos 220 LCSP para el contrato de obras, 275 LCSP para el de suministro, y 284 para el de servicios.

Ello no es ninguna novedad. Se pretende proteger al contratista de ejecutar un ilimitado número de modificaciones. Algo manifiestamente insuficiente si tenemos presente que habitualmente el contratista es quien propone y defiende la necesidad de modificar el contrato.

4.2.6.- La obligatoriedad de recoger en el condicionado los modificados.

Lo decisivo de la regulación de las modificaciones contractuales de esta norma ha sido, sin duda, la previsión que efectuaba el artículo 202.2. Literalmente decía: *“la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el*

¹³⁴ Véase para los contratos de obras (antiguo artículo 220 LCSP), contratos de suministro (antiguo artículo 275 LCSP) y contratos de servicios (antiguo artículo 284 LCSP).

apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual”.

Dado el carácter taxativo de la literalidad del precepto es merecedor de fuerte crítica. Ante la aparente prohibición de modificar un contrato si no existe previsión en el condicionado¹³⁵ cabe preguntarse qué ocurre cuando acaecen circunstancias imprevistas que no hagan posible continuar con la ejecución de la prestación en la forma dispuesta inicialmente si no existe previsión alguna en el Pliego de condiciones que trate la cuestión.

Lo cierto es que desde el 2007 hasta marzo de 2011 esta norma mantuvo este tenor. Ocasionó serios problemas que se resolvieron por la vía del sentido común de admitir modificaciones no previstas por más que nada dijeran los pliegos. Ello por la sencilla razón de que no era frecuente que la Administración previese los acontecimientos futuros como si de una vidente se tratara.

4.2.7.- La falta de consideración de las obras y trabajos complementarios como modificados.

El segundo párrafo del artículo 202.1 de la LCSP disponía, en el mismo sentido que el vigente texto, *que “no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las*

¹³⁵ CATALÁ MARTÍ, J.V., aborda este requisito como un requisito formal ineludible para modificar el contrato (*La contratación de las Administraciones Públicas ajustadas a la Ley de Contratos del Sector Público*, op. cit., p. 459).

circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b)”. Este precepto se relacionaba con otra figura, la de las obras o trabajos complementarios¹³⁶.

Ambas figuras deben ser tratadas de forma diversa. La diferencia fundamental está en que un modificado es estrictamente necesario para la ejecución del proyecto sin el cual no puede continuarse con su ejecución en la forma prevenida mientras que una obra o trabajo complementario es conveniente pero no es imprescindible para el buen fin de la obra, además de que en principio debe contratarse separadamente, o al menos es susceptible de ello.

En definitiva, lo que se pretende decir es que si no nos encontramos ante una modificación contractual la remisión aquí a las obras complementarias parece una invitación a hacer uso de tal mecanismo dirigido también a falsear la concurrencia, pues éstas son adjudicadas al mismo adjudicatario del contrato principal.

4.2.8.- La falta de consideración de la variación del sujeto como modificado.

La LCSP regulaba también una cuestión ajena, en principio, a la modificación del contrato como es la modificación subjetiva. Por ejemplo, un contrato que se debe extinguir por desaparición de la empresa adjudicataria, y que puede continuar con motivo de operaciones societarias de transformación de la misma.

El apartado 4 del artículo 202 afirma que en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, el contrato vigente continuará con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo.

¹³⁶ Vid. JIMENEZ APARICIO, E. y OTROS, *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Editorial Aranzadi S.A. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, Tomo III, pp. 112-113.

Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, el contrato continuará con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación. El precepto exige además, sin novedad, la formalización del modificado¹³⁷.

4.2.9.- La suspensión y resolución contractual por modificados.

El artículo 203 se dedica a la suspensión de los contratos. Para la suspensión provisional obliga únicamente a su formalización en un acta consignando las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél y el consiguiente abono de daños y perjuicios efectivamente sufridos sin hacer referencia a la necesidad de medición de lo que se hubiere ejecutado ni de si existe o no derecho al cobro de ello.

El artículo 207, en la misma línea que la anterior legislación, contempla como causa de resolución contractual los supuestos de modificaciones que excedan el 20% del precio inicial del contrato donde el contratista podrá instar la resolución. La novedad es que el precepto permite también a la Administración promover en estos casos el expediente de resolución. Ello conlleva además una novedad de técnica legislativa, pues se extrae dicha causa del precepto que regula con carácter general la resolución del contrato y se lleva al siguiente precepto dedicado no a las causas sino al modo de aplicación de las mismas, sin perjuicio de reiterarse dicha causa para cada contrato tipo en clara deficiencia legislativa.

4.2.10.- Las previsiones específicas para cada tipología contractual.

a) Modificaciones de contratos de obras y concesiones.

Es en el contrato de obras donde, como es habitual, se regula en mayor medida esta institución. La primera mención viene al hilo de las obras a tanto

¹³⁷ VAZQUEZ GARRANZO, J., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 1930.

alzado o “llave en mano”. En éstas existe un precio global invariable por todo el proyecto. El artículo 216 aclara que en esta modalidad no son abonables las modificaciones para corregir deficiencias del proyecto. Ello es razonable pues si el redactor del proyecto y el ejecutor de las obras son el mismo sujeto ningún sentido tiene que la Administración abone los errores que éste pueda cometer. Sólo si la Administración impusiere las modificaciones existirá derecho de compensación.

La modificación del contrato de obras se desarrolla principalmente en el artículo 217 LCSP. Se obliga al contratista, a ejecutar, con o sin su consentimiento, las modificaciones que produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, cuando ésta sea una de las comprendidas en el contrato, siempre que no superen una variación del 20% del precio del contrato. Además, como también es habitual, en caso de supresión o reducción de obras, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna. En definitiva, ninguna novedad hay en esta regulación.

En relación con las modificaciones que supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente.

La contratación con otro empresario podrá realizarse mediante procedimiento negociado sin publicidad siempre que su importe no excediera del 20% del precio primitivo del contrato. Esta consideración es muy relevante puesto que la normativa precedente permitía contratar cualquier modificado sobre el que el contratista no estuviera de acuerdo mediante procedimiento negociado sin publicidad. Este precepto pone ahora un límite a las contrataciones para contratar el modificado sobre el que no exista acuerdo. Nótese que el modificado debe respetar en su inicio los requisitos de la LCSP y únicamente falta para su adecuada tramitación el consentimiento del

contratista, razón que habilita a acudir a un procedimiento sin publicidad. Adviértase además que el artículo 220.e) regula para el contrato de obras esta causa de resolución contractual que incluye como alteración sustancial del contrato.

Este precepto, regula en su apartado 3, los supuestos en que el director de obra propone una modificación del proyecto. Exige la redacción de la modificación, audiencia por tres días al contratista y aprobación del gasto y del expediente. Éste es pues, el procedimiento ordinario de aprobación del modificado.

Como excepción, plantea la tradicional posibilidad de variación del número de unidades que no supere el 10% del precio primitivo del contrato.

Además contempla la posibilidad de ejecutar los modificados sin aprobación del gasto previa audiencia al contratista y siempre que exista crédito adecuado y suficiente cuando la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público. Tras este acuerdo de aprobación se exige la tramitación del modificado en los ocho meses siguientes.

El artículo 221 de la LCSP considera alteración sustancial, y por tanto causa de resolución según el artículo 220.e), la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30% del precio primitivo del contrato, con exclusión del IVA. Igualmente, contempla como causa de resolución potestativa para el contratista la suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por más de seis meses.

Esta causa se reitera para el contrato de concesión de obra pública en el artículo 226 de la LCSP, para el cual el artículo 233 permite también las modificaciones realizadas por interés público conforme al artículo 202, al que acompaña el deber de mantener el equilibrio de la concesión y recabar informe del Consejo de Estado ante la oposición del concesionario a los modificados o si éstos pudieran dar lugar a la resolución del contrato.

Según el artículo 241 el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso

procedan. El precepto pone como ejemplo la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un periodo que no exceda de un 15% de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.

Resulta de más interés la previsión del apartado 3 de este artículo 233 pues fija un límite hasta ahora desconocido. Exige que las modificaciones que, por sus características físicas y económicas, permitan su explotación independiente deben ser objeto de nueva licitación para su construcción y explotación.

b) Modificaciones de contratos de gestión de servicios públicos.

La modificación del contrato de gestión de servicios públicos se regula en el artículo 258. Ninguna variación hay respecto de la legislación conocida hasta el momento con carácter general. Se habilita a modificar por interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. Se exige el mantenimiento del equilibrio financiero si las modificaciones afectan a éste.

Además, se reitera que si los acuerdos carecen de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización. Sí reviste novedad que se elimina la previsión antes existente de que si el modificado no tenía trascendencia económica el contratista carecía de derecho a reclamar contra él.

Sobre el modo de restablecimiento del equilibrio, se efectúa una regulación general en este precepto. Ello implica que se aplica tanto para

supuestos de modificación contractual como de ruptura de la economía del contrato por otras actuaciones de la Administración.

En cuanto a la forma de restablecimiento, se continua proponiendo como primera fórmula la modificación de tarifas, la reducción del plazo del contrato, y excepcionalmente la prórroga de éste por un período que no exceda de un 10% de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

Resulta relevante comprobar como si bien los artículos 262 a 265 regulan las causas de resolución de estos contratos, en ninguna de ellas se alude a la resolución por causa de modificación, como hemos visto que ocurre en las obras. Además, si bien hay una remisión a las causas generales de resolución del artículo 206, recordemos que tampoco figura como causa general la que ahora aludimos.

Esto puede deberse a la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o, también probablemente, a que como la regulación se enfoca hacia la protección, no del interés público sino del privado del contratista y éste ve mantenido el equilibrio financiero con cada modificado no haya sido objeto de desarrollo. Otra causa puede ser el excesivo temor del legislador a regular los contratos de gestión de servicios públicos, a los cuales pese a su importancia dedica escasos y generales preceptos.

c) Modificaciones de contratos de suministro.

El artículo 272 se refiere a la modificación de los contratos de suministro. Contempla las posibles variaciones del contrato por aumento, reducción o supresión de las unidades de bienes que integran el suministro o la sustitución de unos bienes por otros, remitiéndose a los requisitos del artículo 202. Como de costumbre, los hace obligatorios para el contratista y proclama la no indemnización de las reducciones y supresiones, salvo para el supuesto previsto en el artículo 275.c) de la LCSP que contempla la tradicional causa de

resolución potestativa para el contratista que conlleve la alteración en más o en menos del 20% del precio primitivo o alteración sustancial – que no define – ¹³⁸.

d) Modificaciones de contratos de servicios.

La regulación de los contratos de servicios es prácticamente idéntica a la realizada para los contratos de suministros.

Los artículos 282 y 284 de la LCSP regulan respectivamente la posibilidad de modificar el contrato y resolverlo por variaciones que conlleven aumento, reducción o supresión de equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estén contenidos en el contrato. Todo ello en los mismos términos que el contrato de suministros.

4.3.- LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE DE 2011.

La regulación de las modificaciones de contratos públicos ha sido muy similar durante toda la historia de la legislación sobre contratación pública. Simplemente han existido pequeños cambios o matices en algunas cuestiones. Pero las características fundamentales han pervivido desde el inicio. El gran cambio en la materia ha venido de la mano de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES).

El origen de esta innovación se encuentra en que la Comisión Europea remitió a las autoridades españolas sendas cartas – con fechas 12 de diciembre de 2006 y 16 de abril de 2007 – en las que transmitía la preocupación en torno al anteproyecto de LCSP¹³⁹ en lo referente a las

¹³⁸ El Consejo de Estado entendía adecuado que si el contratista estaba de acuerdo en la ejecución del modificado lo aceptara expresamente por escrito cuando se excedía este porcentaje, dado el carácter potestativo de la ejecución del contrato en esos casos. Ver al efecto Dictamen del Consejo de Estado 1629/1999 de 23 de enero de 1992.

¹³⁹ El Proyecto de LCSP fue aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de julio de 2006 y presentado en el Congreso de los Diputados el 14 de julio de 2006 (dicho proyecto fue

modificaciones de los contratos adjudicados durante la fase de ejecución y su incompatibilidad con las normas de contratación pública de la Unión Europea.

El 8 de mayo de 2008 la Comisión cursó una nueva carta de emplazamiento a las autoridades españolas, que fue respondida por éstas el 4 de julio de 2008 con argumentaciones que en nada satisficieron a la Comisión.

Por ello, el 27 de noviembre de 2008 la Comisión formuló un dictamen motivado en que consideraba que el régimen previsto en la LCSP al respecto de la modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación no estaba en consonancia con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CEE 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 - en adelante Directiva 2004/18 - y de los artículos 12, 43 y 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

La Comisión sostenía que la LCSP otorga a los órganos de contratación un amplio poder para alterar las condiciones esenciales de los contratos públicos con posterioridad a su adjudicación, sin que las condiciones para su modificación hayan sido previstas en los documentos del contrato de manera clara, precisa e inequívoca. Asimismo, consideraba que la LCSP permite al órgano de contratación recurrir a procedimientos negociados sin publicidad en circunstancias distintas de las establecidas en el artículo 31 de la Directiva 2004/18¹⁴⁰.

publicado en el BOCG Congreso de los Diputados N° A-95-1- de 8 de septiembre de 2006). La LCSP entró en vigor el 1 de mayo de 2008.

¹⁴⁰ El dictamen motivado constituye la segunda fase del procedimiento de infracción con arreglo al artículo 226 del Tratado CE. Si no se recibiera una respuesta satisfactoria en el plazo de dos meses desde su recepción, la Comisión puede remitir el asunto ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Todo ello derivó en la aprobación de la LES, que entró en vigor el 6 de marzo de 2011. Según la Disposición Transitoria Séptima solo es aplicable a los contratos adjudicados tras su entrada en vigor¹⁴¹.

El contenido de la norma es heterogéneo. La norma se dictó, como indica su artículo 1, para hacer de la LES el instrumento mediante el que crear las condiciones para favorecer un desarrollo económico sostenible. En este sentido la primera cuestión a la que es necesario aludir es al riesgo de utilización del vocablo “sostenible” por esta y otras normas, tan actual como exorbitante. La Real Academia de la Lengua Española define este término como “proceso que puede mantenerse por sí mismo, como lo hace, p. ej., un desarrollo económico sin ayuda exterior ni merma de los recursos existentes”. Por su parte, la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo (Comisión Brundtland) ya definió el concepto de “Desarrollo Sostenible” al que parece referirse la LES, como: “el desarrollo que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades”. Por el contrario, en el Proyecto de LES se definía sostenibilidad como “un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades”. De lo anterior, baste afirmar la innecesariedad de añadir esta clase de adjetivos gratos al oído pero que luego no responden, a su

¹⁴¹ Al respecto del carácter transitorio véase BELLO PAREDES, S.A., *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 162 – 163.

La Disposición Transitoria Séptima determina que “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”.

significado, como precisamente ha reconocido el Consejo de Estado, recomendando, de hecho, que al no corresponderse la rúbrica empleada *“con su actual alcance, se reemplace por otra que destaque adecuadamente los aspectos económicos y medioambientales que constituyen el objeto propio y específico de la proyectada nueva legislación”*¹⁴².

La LES reguló una multiplicidad de materias, conteniendo a su vez un notable número de novedades normativas, afectando a tal cantidad de textos legales que el Consejo de Estado en el informe aludido la ha asimilado a una Ley Ómnibus en algunas de sus partes, atribuyéndole la introducción de reformas de índole transversal en parte de su articulado, lo que conlleva que hacen tan complejo el texto como para llegar a recomendar su clarificación para que *“los operadores jurídicos y los destinatarios de las normas tengan noticia cumplida y clara de los cambios que se van introduciendo en el ordenamiento jurídico y, así, puedan llevarse eficazmente a cabo las tareas de conocimiento, interpretación y aplicación de las normas”*.

4.3.1.- Extensión del régimen de modificaciones del contrato.

El cambio más sustancial es la extensión del régimen de modificaciones a todos los sujetos afectados con mayor o menor intensidad por la LCSP. Es la primera vez que se produce una extensión subjetiva de este tipo en la legislación española sobre contratos públicos¹⁴³. Ello se genera creando dentro del Libro I *“Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”*, un nuevo Título, el V, denominado *“Modificación de los contratos”*, que se dedica en exclusiva a las modificaciones de contratos públicos¹⁴⁴.

Pero sin duda la ubicación en tal emplazamiento es lo más importante. La regulación que en el mismo se hace afecta no solo a los contratos

¹⁴² Dictamen del Consejo de Estado 215/2010.

¹⁴³ MEILAN GIL, J.L., La estructura de los contratos públicos, op. cit., p. 241.

¹⁴⁴ Aunque el emplazamiento no fue del todo adecuado. Lo correcto hubiera sido situarlo en el Libro IV, Título I, Capítulo IV porque un contrato puede modificarse una vez formalizado y no antes.

administrativos celebrados por las Administraciones Públicas, sino también a los contratos celebrados por el resto de poderes adjudicadores¹⁴⁵.

Ello es de gran utilidad para eliminar la práctica habitual de encargar ciertas prestaciones a otras entidades que no poseen la condición de Administración Pública pero que son poder adjudicador para hacer inaplicables algunas normas, entre ellas, las propias de las modificaciones de los contratos, que por ello se sometían al derecho civil y sus reglas¹⁴⁶.

Esta es la más notable de las modificaciones que ofrece la LES en esta materia según el Consejo de Estado, por cuanto *“la modificación de los contratos celebrados en el ámbito del sector público es sometida a determinadas reglas que prevalecen sobre el régimen civil”*. En esta línea, la memoria del análisis de impacto normativo que incluye el expediente de la nueva Ley subraya que la reforma *“supone restringir la posibilidad de modificar los contratos públicos, una vez celebrados”*, restricciones que ahora *“se aplican a todos los contratos del sector público”*.

4.3.2.- Valor estimado y modificación del contrato.

El Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la situación de la contratación pública, elaborado en el año 2004¹⁴⁷, ya señaló que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y sus precios no son aquellos por los que se compitió.

¹⁴⁵ GIMENO FELIÚ, J.M., «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», op. cit., pp. 9-54; LOZANO CUTANDA, B., «Limitación del *ius variandi* y otras modificaciones de la Ley de Contratos del Sector Público», *Diario La Ley*, Nº 7615, 20 de abril de 2011.

¹⁴⁶ ABOGADOS GOMEZ – ACEBO & POMBO ABOGADOS S.L., «La modificación de los contratos públicos y privados tras la Ley de Economía Sostenible. Supuestos, requisitos y procedimiento», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, Nº 139, 2011, pp. 82 - 86.

¹⁴⁷ Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118.

Este Informe afirmaba que *“la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que, en ocasiones, mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja”*.

Defendió ya entonces que un instrumento adecuado para reforzar la transparencia del proceso sería incluir mecanismos de publicidad sobre las modificaciones del contrato: así, la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste.

En esta línea, la LES modificó el artículo 76.1 LCSP para señalar no sólo que deberán tenerse en cuenta en el valor estimado cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato, sino que además para el caso de que se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará incluido el importe máximo que éste pueda alcanzar. Ello teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas, aclarando con ello ciertos postulados prácticos que predicaban que la previsión de que un contrato pueda modificarse debe realizarse de forma genérica.

4.3.3.- La modificación subjetiva.

El artículo 92 bis de la LES modifica el artículo 202.4 de la LCSP que preveía que *“en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación”*.

El argumento para tal cambio, está en que si bien nos encontramos ante un supuesto en que el contrato puede verse modificado en su vertiente subjetiva, no es menos cierto, que no estamos ante un modificado sino ante la

extinción del contrato y, en su caso, de la subrogación de la parte subjetiva de éste. No obstante, las nuevas Directivas de 2014 han reconducido esta figura a la de la modificación subjetiva¹⁴⁸.

El artículo 246 apartados 5 y 6 de la LCSP preveía que en los casos de fusión de empresas en que participe la sociedad concesionaria será necesaria la autorización administrativa previa para que la entidad absorbente o resultante de la fusión pueda continuar con la concesión y quedar subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes de aquélla. En igual sentido, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas, el contrato únicamente podrá continuar con la entidad resultante o beneficiaria en el caso en que el órgano de contratación acceda expresamente a ello considerando los requisitos establecidos para la adjudicación de la concesión en función del grado de desarrollo del negocio concesional en el momento de producirse estas circunstancias.

De lo anterior, puede inferirse la falta de claridad sobre el automatismo o no de la subrogación plena en los derechos y obligaciones dimanantes del contrato, lo que hace a los contratistas, en la práctica, solicitar autorización de la Administración antes de fletarse en complejas operaciones societarias, siempre que ello, claro está, les sea objetivamente posible.

Sobre esta base la LES introdujo una aclaración en el artículo 92 bis disponiendo que *“sin perjuicio de los supuestos previstos en esta ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público solo podrán modificarse 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 92 quáter”*.

¹⁴⁸ ESCRIBUELA MORALES, J., *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y servicios*, La Ley, Madrid, 2007, (documento electrónico).

4.3.4.- Los supuestos en que procede modificar un contrato.

La regulación de la posibilidad de modificación en la LCSP de 2007 no era acertada. De su artículo 202 parecía inferirse que un modificación no previsto no tenía cabida y sin embargo, la previsión genérica en los condicionados sí. Ello parece que obedeció a una incorrecta traslación de la doctrina de la STJUE de 29 de abril de 2004, Cas Succhi di Frutta Spa.

En esta línea, el artículo 92 ter dispone ahora que *“los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas”*.

El precepto ratifica la improcedencia de una simple previsión genérica, para a *sensu contrario*, obligar a la definición de esas circunstancias que pueden variar y plantear cómo afectarán al precio del contrato, y sobre todo al procedimiento elegido.

El legislador está queriendo plasmar el principio de transparencia, que no es sino trasunto del principio de igualdad y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública. En definitiva, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de

sus ofertas y que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores¹⁴⁹.

4.3.5.- Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.

El artículo 92 *quáter* se denomina “*Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación*”. Si la regla general es que no cabe efectuar modificaciones del contrato sin previsión expresa y específica en los pliegos de condiciones, se hacía necesario contemplar los supuestos en que no existiendo tal previsión el contrato puede ser legalmente modificado.

No es baladí la dificultad que entraña elaborar esta nueva regulación, dada la naturaleza excepcional con que estas situaciones tienen que contemplarse. De hecho sería la primera vez que esto ocurriera, pues la legislación precedente no había sino una facultad genérica e ilimitada para modificar un contrato – salvo en cuanto al consentimiento del contratista a la ejecución de determinadas modificaciones –¹⁵⁰. Esta amplitud e inconcreción de las mismas dio lugar incluso a que los servicios de la Comisión Europea exigieran una mayor claridad y restricción en su interpretación. Las causas en las que la norma permite que se modifique un contrato por causas no previstas en el condicionado, y que son objeto de análisis en capítulo aparte, son:

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.

¹⁴⁹ Apartado 110 STJCE CAS Succhi di Frutta/Comisión SpA. MORENO MOLINA, J.A, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 33 – 43.

¹⁵⁰ En este sentido MELLADO RUIZ, L., ha afirmado que “subsisten aún algunas dudas interpretativas, derivadas de la dicción del artículo 202, sobre la fundamentación, el contenido y los límites de esta potestad administrativa” (« El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible», op cit., p. 60).

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.

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.

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.

4.3.6.- La no alteración de las condiciones esenciales del contrato.

Hasta el momento alterar sustancialmente el contrato sólo tenía efectos si el contratista no lo aceptaba. Una modificación por interés público sin conflicto con acuerdo con los contratistas en su precio no presentaba el mínimo problema para su ejecución.

La LES es la primera norma que, contundentemente, crea unos límites extraordinariamente fuertes como para restringir el empleo de las modificaciones de contratos.

El artículo 92 quater afirma en su segundo apartado que para los supuestos de modificaciones no previstas en los pliegos de condiciones no se podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación. Además

limita las modificaciones a la introducción de las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

Si bien esta previsión no aparecía de forma genérica en la LCSP sí constaba para los contratos de obras. El artículo 221.1 LCSP especificaba como causas de alteración sustancial *“entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial”*. Por su parte, desde un punto de vista cuantitativo, para el contrato de obras, la LCSP fijaba un límite del 30% en el precio del contrato en lo referente a sustitución de unidades de obra que afecten al precio al menos en ese porcentaje (artículo 221).

La LES exige que las modificaciones no alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y se limita a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Además de lo anterior, especifica una serie de supuestos en que, por mandato legal, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato:

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% 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.

Todo lo anterior supone la introducción de una nueva causa de resolución del contrato, como es “*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*” –nuevo artículo 206. h) LCSP – lo que conllevará una indemnización al contratista con el 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista – nuevo artículo 208.6 LCSP –.

4.3.7.- El procedimiento de modificación del contrato.

Si antes la LCSP sólo contemplaba un procedimiento de modificación del contrato para los contratos de obras en el supuesto de que se pretendiera incluir unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, ahora la LES en su artículo 92 quinquies incluye un procedimiento de modificación de los contratos con carácter general.

Por un lado, remite al procedimiento que se hubiere establecido en el condicionado para los supuestos en que se hubiere previsto la posibilidad de modificación del contrato en el Pliego de Condiciones; mientras que para el caso de que se trate de los supuestos en que ello no esté previsto y por ende se den alguno de los supuestos del artículo 92 quater, se contempla un procedimiento especial. Se exige, en estos casos, la necesidad de dar audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

Todo ello sin perjuicio del preceptivo informe del Consejo de Estado u organismo consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma para los supuestos en que la modificación del contrato supere el 10% de los contratos

administrativos y el importe del contrato sea igual o superior a 6.000.000 de euros¹⁵¹.

Finalmente, da también nueva redacción a la regulación del procedimiento simplificado para los supuestos en que la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público. Perdura la posibilidad que ya existía en la redacción originaria de la LCSP de continuar provisionalmente el contrato tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto, no supere el 10 % del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

4.4.- LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN LOS ÁMBITOS DE LA DEFENSA Y DE LA SEGURIDAD DE 2011.

La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad incorpora al ordenamiento jurídico español las normas contenidas en la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad. La Comisión Europea promovió la adopción de esta Directiva con la finalidad de dotar de una regulación específica a los contratos cuando fuesen celebrados en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Esta Ley no efectúa regulación alguna sobre las modificaciones contractuales para esta clase de contratos. Sin embargo, su disposición final primera modifica el artículo 310.2 de la LCSP.

¹⁵¹ En el anteproyecto de LES se mantenía la exigencia de este informe a partir del 20% de aumento del precio, lo que justificaría el tenor del dictamen del Consejo de Estado aludido al tratar las restricciones que ahora señala la LES a los modificados con aumento del 10% del precio.

En particular, prohíbe los recursos especiales en materia de contratación contra los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92 bis a 92 quater, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.

Con ello, en definitiva, se sustraen del conocimiento de los órganos de recurso especial los modificados imprevistos. Ello parece romper con el espíritu de la nueva regulación y especialmente con las previsiones del derecho europeo y la jurisprudencia del TJUE. Si un modificado ilegal – previsto o no – es una nueva adjudicación no se entiende por qué no es posible plantear este recurso frente a las mismas.

De hecho la Sentencia que ha servido de base principal para configurar el derecho europeo de las modificaciones de contrato fue *Succhi di Frutta Spa*, donde un licitador no adjudicatario recurría un modificado imprevisto. No obstante, la prohibición de conocimiento por los órganos de recurso no impide el planteamiento de recursos administrativos ordinarios y jurisdiccionales.

4.5.- EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2011.

El TRLCSP aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 16 de noviembre de 2011 y entró en vigor el 16 de diciembre de 2011. Deroga la LCSP y los artículos 253 a 260 del TRLCAP. La pretensión, era integrar en un único texto todas las modificaciones introducidas por las diez normas que afectaron a ésta desde su dictado en 2007 hasta finales de 2011, cumpliendo con el mandato de la LES que ordenaba, precisamente, integrar todas las sucesivas modificaciones realizadas en la LCSP hasta el momento¹⁵².

¹⁵² COLAS TENAS, J., «*Contratación Local*», Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011, Nº 3, 2012, pp. 79 – 113.

La regulación de las modificaciones contractuales se realiza en el Título V, denominado “*Modificación de los contratos*”. Este Título incluye un total de 4 preceptos, heredados de la LES, pero numerados ahora como 105 (supuestos – antiguo artículo 92 bis LCSP –), 106 (Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación – antiguo artículo 92 ter LCSP –), 107 (Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación – antiguo 92 quater –), y 108 (procedimiento – antiguo Artículo 92 quinquies –).

Tras el dictado de la norma se ha producido un informe relativo a la regulación de las modificaciones contractuales en el TRLCSP. Se trata de la resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, que hizo pública en el BOE la Recomendación de la JCCA de 1 de marzo de 2012 sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del TRLCSP sobre las modificaciones de los contratos. Esta interpretación viene motivada porque los Servicios de la Comisión Europea, Dirección General de Mercado Interior y Servicios exigieran a España la necesidad de que en toda la Unión Europea se realice una interpretación uniforme y coherente con las Directivas en materia de contratación pública y con la jurisprudencia del TJUE del nuevo régimen de las modificaciones de los contratos públicos que se contiene en el actual artículo 107 del TRLCSP.

Entre otras esta Recomendación, afirmaba que la previsión del artículo 107.1 TRLCSP, que se refiere a las modificaciones de un contrato público vinculadas a errores u omisiones del proyecto debe interpretarse en términos análogos a los contenidos de forma expresa dentro del artículo 107, apartado 1, letra b). En concreto, sólo será viable modificar un contrato cuando los errores “*no fuesen previsibles con anterioridad a la adjudicación del contrato*” y se hubiere respetado la diligencia requerida por una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

CAPÍTULO TERCERO.

EL DERECHO EUROPEO DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

1.- INTRODUCCIÓN.

El régimen europeo ha supuesto un acercamiento forzoso de los distintos derechos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de sus diversas tradiciones jurídicas¹⁵³. Las modificaciones de contrato no son una materia exenta a esa *vis atractiva*. Existe un derecho común en materia de contratación pública que concierne no sólo la preparación y adjudicación del contrato sino que tiene carácter transversal y afecta a todas las fases del contrato, incluida la modificación del contrato¹⁵⁴.

La concepción del contrato como algo dinámico – frente al carácter estático originario¹⁵⁵– ha hecho que las instituciones europeas, especialmente la Comisión Europea y el TJUE, vean en las modificaciones un riesgo para la recta aplicación de los principios rectores de la contratación pública¹⁵⁶.

¹⁵³ ORDOÑEZ SOLIS, D., *La contratación pública en Europa*, op. cit., p. 305.

¹⁵⁴ MORENO MOLINA, J.A «Reciente evolución del derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho común». *Contratación administrativa práctica*, 2004, Nº 34, pp. 28-53. « El derecho comunitario como impulsor de la formación de un derecho administrativo común europeo. la noción comunitaria de administración pública», *Noticias de la Unión Europea*, 1999, Nº 169, pp. 21-36. «La Administración Pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un Derecho administrativo europeo común». *Revista de Administración Pública*, 1999, Nº 148, pp. 341 – 358.

¹⁵⁵ EL-BÄHÄRRY, I.R.M. *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux* (Tesis), p. 149. (http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/41/25/38/PDF/theorie_des_contrats_administratifs_et_marches_publics_internationaux.pdf)

¹⁵⁶ SIMOVART, M.A., «Amendments to procurement contracts: Estonian Law in the light of the Pressetext Ruling», *Juridica Internacional*, Nº XVII, 2010, p. 151; BATOT, S., *Les rapports juridiques entre les droits interne et communautaire dans le contentieux des contrats de la commande publique*, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2008, pp. 32 - 56 (Tesis) (<http://static.iquesta.com/fichiers/theses/Droit/rapports-juridiques-droits-interne-communautaire-contrats-commande-publique.pdf>); FEKL, M., *Action publique et droit de la concurrence*, IEP de Paris – Préparation des concours administratifs, 23 mayo de 2007, p. 14. <http://prepaconcours.sciences-po.fr/userfiles/Dossier%20DP%20et%20concurrence.doc> (consultado diciembre de 2013).

Hasta la aprobación de la Directiva sobre contratación pública en 2014 se discutía si la aplicación del derecho europeo sobre la contratación pública abarcaba a la ejecución del contrato. Hasta entonces no había ninguna norma europea que regulara las modificaciones contractuales¹⁵⁷.

Las tres primeras generaciones de Directivas no abarcaban expresamente esta fase. La propia denominación de la Directiva 2004/18 y sus precedentes directivas parecían ir en la misma línea, al ser calificada como “*Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación*”. Por el contrario, las tres nuevas Directivas reciben un título más genérico y directo “*relativa a la contratación pública*”, “*relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*” y “*relativa a la adjudicación de contratos de concesión*”.

Estas nuevas Directivas regulan las modificaciones contractuales por primera vez y de forma expresa y contundente. No obstante, a pesar de la ausencia de normas en la etapa anterior no cabe de ello derivar la inexistencia de un verdadero derecho sobre las modificaciones contractuales anterior a estas últimas directivas, y este Derecho ha sido creado por obra del TJUE.

Los principios generales de la contratación pública que derivan directamente de las libertades comunitarias fueron interpretados por el TJUE y expresamente aplicados en materia de modificaciones contractuales. Así se configuraron las bases para su regulación normativa. Esta regulación recibe ahora su plasmación formal en las nuevas Directivas en un intento de recopilar la doctrina jurisprudencial. Esta tarea recopiladora ha sido relativamente acertada tras la acción de los distintos intervinientes en el proceso legislativo, que culminó con las nuevas directivas de 2014¹⁵⁸.

¹⁵⁷ BERNAL BLAY, M.A., «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos», en GIMENO FELIU, J.M (dir) BERNAL BLAY, M.A. (coord), *Observatorio de contratos públicos 2010*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2011, p. 174.

¹⁵⁸ TRYBUS, M., «*Improving the Efficiency of Public Procurement Systems in the Context of the European Union Enlargement Process*», Seminar for the World Bank, Washington D.C., USA, diciembre 2003 (documento electrónico).

2.- EL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El artículo 2 del TCEE suscrito en Roma en 1957 precisaba los objetivos de la Comunidad Europea. Se trataba de establecer un mercado común y aproximar las políticas de los Estados miembros, para conseguir un desarrollo armonioso de las actividades, un desarrollo continuo y equilibrado, una mayor estabilidad, una creciente elevación del nivel de vida y un estrechamiento de las relaciones entre los Estados miembros¹⁵⁹.

Se establecían como libertades comunitarias: la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas y el derecho de establecimiento y la libre circulación de capitales¹⁶⁰.

El *“Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE: Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”* afirmaba que el objeto de la legislación europea es *“establecer salvaguardias para contrarrestar la potencial falta de disciplina comercial en las compras públicas, así como para proteger frente a un costoso trato preferencial a favor de los operadores económicos nacionales o locales”*.

¹⁵⁹ No se trataba de un Tratado más sino que se configura un ordenamiento jurídico propio. En este sentido se pronuncia la STJUE de 15 de julio de 1964 recaída en el asunto C-6/64, Costa/ENEL señalaba que *“a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales; en efecto, al crear una Comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional, y, más particularmente de poderes reales nacidos de una limitación de competencia o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y creado así un cuerpo de Derecho que vincula a sus nacionales y a ellos mismos”*. Véase MORENO MOLINA, J.A., «La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos», *Revista de Administración Pública*, 2000, Nº 151, pp. 319-342, y ALMONACID LAMELAS, V., «Sobre la posición del tratado y de la normativa europea en relación con nuestro ordenamiento jurídico», *Noticias Jurídicas*, febrero, 2006.

¹⁶⁰ BERMEJO VERA, J., «Objetivos, principios y prospectiva de la política comunitaria de contratos públicos», *Revista Galega de Administración Pública*, Nº 29, 2002, pp. 141 – 164.

La contratación pública es un instrumento fundamental para el desarrollo económico de la Unión Europea. No en vano, la incidencia de la contratación pública sobre el PIB europeo era nota común de las intervenciones de cada eurodiputado, durante en el debate de aprobación del cuarto paquete de directivas celebrado en el Parlamento Europeo. La incidencia se cifraba entre una horquilla del 15% al 20% del PIB europeo.

La STJUE de 19 de junio de 2008, C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur, esencial en materia de modificaciones contractuales, afirma que el objetivo de las normas comunitarias es la protección de las libertades comunitarias:

“De la jurisprudencia se desprende que el objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros... Este doble objetivo se afirma explícitamente en los considerandos segundo, sexto y vigésimo de la Directiva 92/50). Por lo que respecta a los contratos a que se refiere la Directiva 92/50 que tienen por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios incluidos en el anexo I A de ésta, dicha Directiva aplica estos principios y esta obligación de transparencia imponiendo, en particular, determinados procedimientos de adjudicación. En lo que atañe a los contratos a que se refiere esta Directiva que tienen por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios enumerados en el anexo I B de ésta, dicha Directiva no impone las mismas normas en cuanto a los procedimientos de adjudicación, pero esta categoría de contratos públicos de servicios sigue estando, no obstante, sometida a las normas fundamentales del Derecho comunitario y a la correspondiente obligación de transparencia”.

La actuación de la Unión Europea ha tendido hacia esos objetivos¹⁶¹ y España no ha estado exenta a ella desde su incorporación en 1986 a la Unión Europea¹⁶².

¹⁶¹ Vid. PIÑAR MAÑAS, J. L., «El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos», en el libro colectivo dirigido por GÓMEZ-FERRER, R., *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-28 y ORDOÑEZ SOLIS, D., «La obligación de interpretar el Derecho nacional de

Ese año se suscribía el Acta Única Europea de 17 de febrero de 1986 cuyo artículo 8 mostraba la intención de crear un mercado interior que implicara un mercado sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estaría garantizada.

Este objetivo se ratifica con rotundidad en el Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992. Se defendía la necesidad de crear una economía de mercado europeo abierta donde se garantizara que la competencia no sería quebrantada y las legislaciones nacionales se aproximaran para el correcto funcionamiento de dicha Unión.

Conforme el artículo 5 de dicho Tratado, la Comunidad actuaría en los ámbitos que no fueran de su competencia exclusiva conforme al principio de subsidiariedad. Ello sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no pudieran ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros de modo que pudieran lograrse mejor. Se determinaba que ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado. Ello se conoce como principio de proporcionalidad. Principio que ha sido cuestionado con motivo del dictado del nuevo paquete de Directivas de cuarta generación por entender que la Unión se excede al regular cuestiones, como precisamente el régimen de modificación contractual. Y es que las Directivas relacionadas con la materia que nos ocupa aclaran que se dictan de acuerdo con tal principio y deben en definitiva respetar sus límites. Este principio se reitera en el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 que sustituyó al Tratado de la Unión Europea¹⁶³.

Tres generaciones de Directivas han precedido a las actuales Directivas relativas a la contratación pública aprobadas en 2014. Han ido dirigidas a regular el procedimiento de adjudicación de los contratos con la errónea

conformidad con el Derecho comunitario europeo», *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, Nº 1921, julio de 2002, p. 2354.

¹⁶² El Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas se firmó en Madrid, el 12 de junio de 1985 y el 1 de enero de 1986 se hizo efectivo el ingreso.

¹⁶³ Un estudio exhaustivo de las libertades comunitarias y su relación con la contratación pública puede verse en RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., *Contratos públicos y derecho comunitario*, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, Navarra, 1996, pp. 19 -36.

convicción de que sólo en la preparación y adjudicación del contrato se encuentran los principales problemas para conseguir que las empresas y profesionales de los distintos Estados de la Unión Europea puedan concurrir y resultar adjudicatarios de los contratos de los diversos Estados miembros. Se puso el acento en las normas de publicidad, en la prohibición de discriminación territorial, en los requisitos de acceso – solvencia – y en los procedimientos y criterios de adjudicación.

Nada se decía en ellas sobre la modificación del contrato. Sin embargo, finalmente, la Unión Europea ha vislumbrado que de nada sirven los rigurosos procedimientos de adjudicación con muchos requisitos y burocracia para seleccionar la oferta más ventajosa, si en la fase más relevante del contrato, su propia ejecución, se desvirtúa todo.

De ahí que el TJUE, máximo intérprete de la normativa europea, y los tribunales nacionales hayan realizado una “*interpretación conforme*” a fin de lograr estos objetivos¹⁶⁴. Las Directivas que tienen como finalidad la realización efectiva del mercado interior y obligan en cuanto al resultado que persiguen a los distintos Estados. Es necesario completar su articulado en el derecho nacional sobre la base de los principios a lograr¹⁶⁵.

La necesidad de actuar en esta materia ha quedado probada por el evidente abuso de las modificaciones contractuales en toda Europa, amén de la trascendencia macroeconómica de la contratación pública¹⁶⁶. Abuso que ha

¹⁶⁴ ORDOÑEZ SOLIS, D., «La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario europeo», op. cit., pp. 2329-2354.

¹⁶⁵ GIMENO FELIU, J.M., « Observaciones al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004», *Contratación administrativa práctica*, 2006, Nº 52, pp. 33 - 46. « La incorporación del Derecho comunitario al Ordenamiento nacional», *Noticias de la Unión Europea*, 2007, Nº 267, pp. 61 – 67.

¹⁶⁶ GIMENO FELIU, J.M., «El régimen de modificación de los contratos: regulación actual y perspectiva de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 149, 2011; *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson – Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 16 -17.

desnaturalizado el procedimiento de licitación inicial, vulnerando los principios rectores de la contratación pública – en particular los principios de igualdad y transparencia –, con los efectos que para la competencia se generan.

La jurisprudencia europea justifica el uso de la modificación contractual en los contratos públicos pero alude a la necesidad de evitar una violación *ex post* de las reglas originarias de la adjudicación del contrato y con ello de los principios de integridad y el de buena administración que debe regir la actuación de los poderes públicos¹⁶⁷.

Según DIEZ SASTRE, se produce una tensión clara entre el interés en la eficiencia económica del contrato y la garantía de igualdad y la competencia entre los operadores económicos¹⁶⁸. Todo ello teniendo en cuenta que como señala esta autora, el derecho europeo protege principalmente a los licitadores para evitar la alteración sobrevenida de la competencia.

En la misma línea, para GIMENO FELIU, el objetivo principal de la normativa comunitaria es garantizar la eficiencia de los fondos públicos y sin duda las modificaciones contractuales son manifestación clara de ineficiencia¹⁶⁹.

Así lo han puesto de manifiesto los múltiples requerimientos de la Comisión Europea, pero especialmente, los diferentes pronunciamientos

¹⁶⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Cosmas de 28 de marzo de 1996 en el asunto C-114/1994, y de 18 de julio de 2007 en el asunto C-503/2004.

¹⁶⁸ DIEZ SASTRE, S., « La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos. », *Revista de Estudios Locales*. Número extraordinario “cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local”, Nº 161, 2013, p. 92. GARCÉS SANAGUSTÍN, M., «El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos.», en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 68.

¹⁶⁹ GIMENO FELIU, J.M., pone de relieve que los modificados injustificados dañan al erario público por el sobrecoste que suponen en ese contrato y constituyen un fraude al principio de selección objetiva del contratista “*puesto que al final el precio pagado por la prestación objeto del contrato es con mucho la más onerosa de las ofertas presentadas por el resto de licitadores y candidatos a la adjudicación del contrato*” (« El régimen de modificación de los contratos: regulación actual y perspectiva de cambio ». op. cit., pp. 29 -54).

jurisprudenciales al respecto han demostrado la ineficacia e insuficiencia del contenido de las Directivas.

3.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DE LOS MODIFICADOS.

El Derecho europeo se compone de una serie de normas dirigidas entre otras cuestiones a regular y garantizar la existencia de un sólido mercado interior que constituye a día de hoy el núcleo de la Unión. El TCEE establecía como libertades comunitarias: la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas y el derecho de establecimiento y la libre circulación de capitales¹⁷⁰, y el Considerando 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 compela al acatamiento de los principios del Tratado, y, en particular, a los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de los principios que se derivan de estas libertades.

Estos principios derivados son los conocidos como principios rectores de la contratación pública: el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia¹⁷¹.

Desde un punto de vista exhaustivo, habría que recoger expresamente entre los principios generales de la contratación administrativa los siguientes: igualdad de trato, no discriminación, libre concurrencia, publicidad, principio de reconocimiento mutuo, proporcionalidad, responsabilidad, confidencialidad de

¹⁷⁰ GIMENO FELIU, J.M., «Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión», *Cuadernos de derecho local*, Nº 14, 2007, pp. 24-56.

¹⁷¹ BAÑO LEÓN, J.M., «La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas», op. cit., pp. 11-37; ORDOÑEZ SOLIS, D., *La contratación pública en Europa*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 36-51; MORENO MOLINA, J.A., «Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Jurídica de Navarra*. Nº 45, Enero – junio 2008, pp. 45 -75.

los datos e informaciones ofrecidas por los licitadores en sus ofertas, legalidad, confianza legítima, economía y eficiencia¹⁷².

La nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE sobre contratación pública pone el acento en esta cuestión, refiriéndose a los principios rectores de la contratación en su Considerando 1, aunque también aparecen reflejados en otros considerandos como el 37, 45, 58, 68, 90, 101, 110, 114 y más expresamente su artículo 18.1 determina que *“los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.”* Asimismo, estos principios se citan nuevamente en los artículos 40, 41, 56, 72, y 76.

Sin el respeto a estos principios la efectividad de los objetivos de la Unión Europea se ve claramente afectada. Estos principios son los cimientos en los que debe asentarse la contratación pública¹⁷³.

Los principios rectores de la contratación pública se definen en las directivas europeas y se interpretan la jurisprudencia europea, el resto de los tribunales y la doctrina¹⁷⁴. Son el marco de interpretación obligatorio para las

¹⁷² MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, op. cit., 2006.

¹⁷³ MORENO MOLINA, J.A, *Principios generales...op cit.*, Revista Jurídica de Navarra. Nº 45, p. 47; GIMENO FELIU, J.M., « El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas en contratación pública », *Revista de Administración Pública*, 2007, Nº 173, pp. 63-100.

¹⁷⁴ RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «La jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública», *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, Nº. 6, 2000, pp. 5-32.

directivas sobre contratación pública y para el resto de normas que las transponen y desarrollan¹⁷⁵.

Estos principios generales son, como manifiesta MORENO MOLINA, un necesario elemento unificador que puede poner orden y aportar claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos. Afirmación con más vigencia aún en nuestros días tras tantas modificaciones sufridas en el TRLCSP¹⁷⁶.

Ello realza el valor de los principios para guiar la actuación de los poderes adjudicadores y el resto de personas y entidades que participan en la contratación pública¹⁷⁷. Los principios generales del derecho tienen igual relevancia que las normas. Como afirmó LEGUINA VILLA, éstos solo se diferencian en su estructura y función, pero no en su naturaleza¹⁷⁸.

Principios no sólo aplicables por encima de los umbrales comunitarios, sino a todos los contratos aunque su valor estimado sea inferior. Así lo puso de relieve la STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen¹⁷⁹ o de 14 de junio de 2007, (C-6/05), Medipac-Kazantzidis. También se aplica a aquellos contratos excluidos de la aplicación de las Directivas por no estar incluidos en su ámbito, como señala la STJUE de 20 de octubre de 2005, C-264/03 Comisión/Francia. En el mismo sentido se pronuncia la Comunicación interpretativa de la Comisión 2006/C 179/02 sobre el Derecho comunitario

¹⁷⁵ STJUE de 20 de marzo de 1990, C- 21/88.

¹⁷⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 159, 2013, pp. 25-38.

¹⁷⁷ MORENO MOLINA, *La Contratación Pública en los países de la Comunidad Andina. Un estudio comparado con el Derecho de la Unión Europea*, Secretaría General de la Comunidad Andina. Lima, julio 2007, p. 76.

¹⁷⁸ LEGUINA VILLA, J., «Principios generales del Derecho y Constitución», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 114, 1987, p. 10.

¹⁷⁹ Vid. Auto del TJCE de 3 de diciembre de 2001 (As. C-59-00 Bent Moustén Vestmgaard, Considerando 20). Ver SANTIAGO IGLESIAS, D., « *Comentario a la sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH* », *Dereito: Revista Xuridica da Universidad de Santiago de Compostela*, Vol. 15, Nº 2, 2006, pp. 173-181.

aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública¹⁸⁰.

Las normas comunitarias de apertura de contratos públicos tienen su fundamento jurídico en el Tratado. En particular, se fundamentan en aquellas disposiciones que garantizan la libre circulación de productos, servicios y capitales, las que establecen los principios fundamentales (igualdad de trato, transparencia y reconocimiento mutuo) y las que prohíben toda discriminación por razón de nacionalidad.

Así de tajante se muestra el Libro Verde «La contratación pública en la unión europea: reflexiones para el futuro»¹⁸¹. Este Libro Verde justifica la intervención normativa de la Unión Europea en la legislación de los Estados para dotar de mayor eficacia a estas disposiciones fundamentales del Tratado. Consideró que una eficaz política europea de contratación pública es esencial para que el mercado único genere un crecimiento sostenido a largo plazo y cree empleo, fomente el desarrollo de empresas capacitadas para aprovechar las posibilidades que les ofrece el mayor mercado integrado del mundo y para hacer frente a la competencia en los mercados mundiales, y permita al contribuyente y al usuario obtener servicios públicos de mejor calidad a menor coste. Afirma que una política efectiva de contratación pública es fundamental para que el mercado interior alcance sus objetivos. No en vano, entre sus objetivos se encuentra: la creación de las condiciones de competencia necesarias para que no haya discriminaciones en la adjudicación del contrato; se utilice racionalmente los recursos públicos a través de la selección de la mejor oferta; los suministradores puedan acceder a un mercado interior; finalmente, señala la necesidad de reforzar la competitividad de las empresas europeas. El Libro Verde considera que una adjudicación limpia, no

¹⁸⁰ GIMENO FELIU, J.M., «El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP: Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos», *Cuadernos de derecho local*, Nº 22, 2010, pp. 43-82.

¹⁸¹ Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996.

discriminatoria y transparente reduce el peligro de fraude y de corrupción¹⁸². Todo ello puede, sin duda, extrapolarse, a la fase de ejecución del contrato¹⁸³.

Estos principios tienen un carácter transversal, por cuanto deben inspirar todas las fases de un contrato público. Son de aplicación tanto en la fase de preparación del contrato y la adjudicación, como en la ejecución del mismo. Especialmente los principios de igualdad y transparencia que son de necesario respeto en relación con las modificaciones contractuales.

Hasta fechas recientes, las Directivas, el Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio y las distintas normas sobre contratación pública en España, se han limitado a la regulación

¹⁸² Se refiere al Informe conocido como el “informe Paolo Cecchini” realmente denominado “*The cost of non europe in public sector procurement*”, WS Atkins Management Consultants in association with Eurequip SA- Roland Berger & Partner-Eurequip Italia. Un estudio de recomendable lectura que pone el acento en la necesidad de favorecer la competencia efectiva en materia de contratación, sus beneficios y costes. MEDINA ARNAIZ, T., «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, FERNANDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 313 – 327.

¹⁸³ El Diario CINCO DÍAS del 10 de noviembre de 2009 ponía de relieve la voluntad de los ministerios de Fomento, Economía y Medio Ambiente para restringir los modificados. “*El objetivo último es evitar que se produzcan casos como el del puerto de Gijón que recientemente ha llegado al Congreso al exigir el PP el traslado del expediente a la Fiscalía y a la Abogacía del Estado. En este expediente, el sobre coste de la obra excede de los 250.000.000 de euros, casi un 50% más del presupuesto inicial. Pero no solo pesa este ejemplo..., pues desde el PSOE también se recuerda que el soterramiento de la M-30 en Madrid, o el nuevo Palacio de Deportes finalizaron con un sobre coste que excedió el 100% de la previsión inicial en ambos casos.(...) El cruce de borradores abordan tres elementos: el límite porcentual a partir del cual no se podrán sobrepasar los modificados en la obra pública, la conveniencia de que los que lleguen vinculados a obras suplementarias sean objeto de nueva licitación pública, y, por último, la prohibición de plantear estos modificados en el primer año de ejecución del proyecto.*”. En parecidos términos se pronunciaba el diario Expansión de 6 de noviembre de 2009 que añadía entre sus ejemplos el Palma Arena que se adjudicó en 47 millones de euros terminó en 80 millones y la constructora reclamó, con todo, otros 12 millones de euros más, entre otros. Ambos diarios afirmaban que el límite a las modificaciones tenía también como causa la corrupción asociada a las modificaciones contractuales.

de los procedimientos de adjudicación de los contratos en detrimento de la ejecución que constituye el núcleo de la contratación.

3.1.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El principio de igualdad de trato es el principio fundamental en la contratación pública¹⁸⁴. En su virtud se exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes¹⁸⁵. Se pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública. Es exigible que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas y que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores¹⁸⁶.

La STJUE de 13 de octubre de 2005, C- 458/03, Parking Brixen, puso de relieve que el principio de igualdad de trato tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad¹⁸⁷. Sostenía que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 o 49 TCE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

¹⁸⁴ Vid. MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 33 – 43. La STJUE de 20 de septiembre de 2011 afirma del principio de igualdad de trato que es la piedra angular sobre la que se hace descansar las Directivas y que es expresión específica del principio de igualdad de trato.

¹⁸⁵ Vid. entre otras las SSTJCE de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, y de 20 de diciembre de 2005, Comisión/Francia. C-264/03.

¹⁸⁶ Apartado 110 STJCE CAS Succhi di Frutta/Comisión SpA.

¹⁸⁷ Ver también STJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, apartados 33 y 54).

3.2.- EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

Los principios de publicidad, transparencia y concurrencia están directamente ligados con el principio de igualdad.

Mediante el principio de publicidad se pretende lograr la libre circulación de mercancías, personas y bienes, en suma, la apertura de las contrataciones de todos los poderes adjudicadores de la Unión Europea, favoreciendo la concurrencia de todos los interesados en las licitaciones y consiguiendo así las mejores proposiciones posibles.

Por transparencia puede entenderse, a su vez, siguiendo a MARTIN-GIL GARCIA¹⁸⁸, la claridad o falta de ambigüedad en el ámbito de la contratación pública, manifestándose en todas las fases de ésta¹⁸⁹.

El TJUE en las Sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria, C-324/98, y de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia, C-275/98, manifestó que este principio no es sólo un derecho para los participantes en el proceso sino también una obligación para la entidad adjudicadora. Ésta debe ser capaz de acreditar y asegurar que este principio es respetado. La obligación de transparencia debe garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación¹⁹⁰. Este principio tiene una manifestación clara en la ejecución del contrato y en particular en la obligación de verificar que lo ejecutado se corresponde con lo adjudicado, siendo por ello, excepcionales las variaciones del contrato.

En la STJUE CAS Succhi di Frutta Spa, de 29 de abril de 2004, C-496/99 P) se mantuvo que este principio tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la

¹⁸⁸ MARTIN-GIL GARCÍA, M.D., «Las modificaciones de los contratos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *El Consultor de los Juzgados y los Ayuntamientos*, Nº 3, 2008, pp. 415.

¹⁸⁹ SSTJCE de 25 abril de 1996, Asunto 87-94, Bus Wallons, apartados 54, y de 18 de noviembre de 1999 (C-275-98).

¹⁹⁰ SSTJUE de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia, y 3-S (C-275/98), apartado 31.

entidad adjudicadora, implicando así que *“todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”*.

La STJUE de 7 de diciembre de 2000, Caso Arge, C-324/98, afirma que la transparencia es un instrumento tendente a garantizar, en beneficio de los licitadores, una publicidad adecuada que permita abrir la competencia en el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

4.- INEXISTENCIA DE REGULACIÓN SOBRE MODIFICACIONES EN LAS PRIMERAS GENERACIONES DE DIRECTIVAS.

4.1.- PRIMERA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS.

La Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, tiene como finalidad principal eliminar las restricciones una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras efectuadas por los Estados miembros por cuenta del Estado, de las colectividades territoriales y de entidades de derecho público.

No contiene propiamente una regulación sobre las modificaciones contractuales. Tan solo cabe aludir a la regulación de las obras complementarias. No obstante, ello no resulta trivial a la vista del fallo contenido en la Sentencia del TGUE de 31 de enero de 2013 que entendió equiparables los contratos complementarios a las modificaciones contractuales.

El artículo 9 de la Directiva 71/305/CEE establecía los supuestos tasados en que los poderes adjudicadores podían efectuar sus contratos de obras sin aplicar las disposiciones de la Directiva. Entre esos supuestos, el apartado I contemplaba los contratos complementarios:

“aquellos trabajos complementarios que no figuren en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato suscrito, y que se han hecho necesarios como consecuencia de una circunstancia imprevista para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita, con la condición de que la atribución se haga al contratista que efectúa dicha obra:

- cuando dichos trabajos no puedan separarse técnica o económicamente del contrato general sin causar mayores inconvenientes a los poderes adjudicadores;

- o cuando dichos trabajos, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento;

en cualquier caso, el importe acumulado de los contratos efectuados para los trabajos complementarios, no podrá ser superior al 50 % del importe del contrato inicial”.

Asimismo el artículo 9.d) de la Directiva 71/305/CEE regulaba la adjudicación directa por hechos imprevistos:

“d) en la medida estrictamente necesaria, cuando una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicadores no sea compatible con los plazos requeridos por otros procedimientos”.

La Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, tampoco efectuaba una regulación sobre la ejecución del contrato. En su artículo 6, al igual que ocurre con la anterior Directiva aludida, regulaba, en sede del procedimiento de adjudicación directa, las causas que habilitaban al empleo de este procedimiento, que se relacionan con las modificaciones contractuales en los conceptos que utilizaba para su justificación (“hechos imprevisibles”) y en la regulación de los contratos complementarios. En lo que ahora interesa permitía las adjudicaciones directas cuando:

“d) una urgencia imperiosa motivada por hechos imprevisibles para los poderes adjudicadores impida que se observen los plazos establecidos en los apartados 1 y 2 del artículo 4 (d)) y

e) *cuando se trate de entregas complementarias realizadas por el proveedor original y destinadas a renovar parcialmente los suministros o las instalaciones de utilización corriente o a la ampliación de los ya existentes , en el caso de que el cambio de proveedor obligase al poder adjudicador a la adquisición de un material de características técnicas diferentes y que estos cambios entrañasen incompatibilidades o dificultades técnicas desproporcionadas en las condiciones de utilización y mantenimiento”.*

Nada se decía expresamente respecto de la modificación del contrato, más allá de lo especificado para el procedimiento de adjudicación sin publicidad. A la Comisión Europea no le importaba por esas fechas la modificación del contrato, como se observa en el documento sobre “*Apertura de la contratación pública de cara a 1993*”¹⁹¹. No obstante, se puede deducir que de los preceptos contenidos en estas primeras directivas ya se desprendía que las modificaciones contractuales requieren un nuevo procedimiento de adjudicación, pues de otro modo estas previsiones devendrían innecesarias.

4.2.- LA SEGUNDA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS.

Este segundo paquete de Directivas está integrado por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; y la Directiva 93/38/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Ninguna de ellas regula las modificaciones contractuales y contienen similares previsiones a las ya comentadas en la primera generación de Directivas.

¹⁹¹ El documento *Apertura de la contratación pública de cara a 1993*, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 1991, no contiene referencia alguna a la modificación del contrato.

La Directiva 92/50/CEE se refiere a los contratos complementarios dentro del procedimiento negociado sin publicidad (artículo 11):

“cuando se trate de servicios complementarios que no figuren en el proyecto inicialmente contemplado ni en el primer contrato celebrado pero que, como consecuencia de circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la realización del servicio tal como estaba descrito, siempre que la adjudicación recaiga en el prestador de servicios que preste dicho servicio: cuando esos servicios complementarios no puedan separarse del contrato principal técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o ; cuando, aun siendo posible separar esos servicios de la ejecución del contrato inicial, resulten absolutamente necesarios en fases ulteriores.

En cualquier caso, el valor total estimado de los contratos adjudicados para la prestación de servicios complementarios no podrá superar el 50% del importe del contrato principal” (apartado e).

Más importante es el apartado d) del mismo precepto porque introduce un concepto fundamental en la interpretación del alcance de la habilitación para modificar un contrato. Se trata de la imposibilidad de prever los hechos que motivan la modificación contractual como causa de las mismas:

“d) en la medida en que sea absolutamente necesario, cuando los plazos exigidos para los procedimientos abiertos, restringidos o negociados contemplados en los artículos 17 a 20 no puedan cumplirse debido a una urgencia extrema motivada por hechos que las entidades adjudicadoras no hayan podido prever. Las entidades adjudicadoras no deberán ser en ningún caso los responsables de las circunstancias que justifiquen tal urgencia extrema“.

A partir de esta Directiva cabe considerar que no basta el mero imprevisto, sino que es necesario que concurra la imposibilidad de prever el hecho. Este matiz es fundamental para comprender que la limitación de las modificaciones ha sido entendida como la capacidad de respuesta ante todo imprevisto hasta la cuarta generación de Directivas.

El alcance de la expresión *“hechos que las entidades adjudicadoras no hayan podido prever”* es fundamental y debe considerarse como una pauta al

analizar si realmente se trata de un supuesto de imprevisión que justifique una modificación contractual. Por tanto, aunque lo regulado es una causa más del procedimiento negociado sin publicidad, la interpretación de dicha excepción es muy relevante.

Por su parte, la Directiva 93/36/CEE, sobre los contratos públicos de suministro, regula en su artículo 6 apartado 3 los supuestos en que los poderes adjudicadores pueden adjudicar contratos de suministro por el procedimiento negociado, sin publicación previa de anuncio de licitación, señalando en lo que aquí interesa el siguiente:

“d) cuando, en la medida estrictamente necesaria, la extrema urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para los poderes adjudicadores en cuestión, no sea compatible con los plazos exigidos por los procedimientos abiertos, restringidos o negociados contemplados en el apartado 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias imputables a los poderes adjudicadores para justificar la extrema urgencia”.

Se observan similares requisitos a los incluidos en la Directiva 92/50/CEE aunque con algunos matices. Ya no se emplea el concepto de “*extrema urgencia*” sino un sinónimo, “*urgencia apremiante*”. Este calificativo del hecho o presupuesto para el empleo de este procedimiento es un ejemplo de una buena caracterización del concepto de imprevisibilidad que maneja el legislador europeo y que debe ser extrapolado de forma directa a las modificaciones contractuales.

La Directiva 93/37/CEE, sobre contratos públicos de obras, contiene previsiones similares pero no idénticas. Es destacable el diferente tratamiento que se ha venido dando a los contratos de obras, fuente inagotable de modificaciones contractuales. Este tratamiento ha sido más flexible que en el resto de contratos. En particular, el artículo 7, apartados c) y d) posibilitan la adjudicación de un nuevo contrato al contratista inicial:

“c) cuando, en la medida estrictamente necesaria, la urgencia apremiante producida por acontecimientos imprevisibles para los poderes adjudicadores, no sea compatible con los plazos exigidos por los procedimientos abiertos, restringidos o negociados contemplados en el

apartado 2. Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia apremiante no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores;

d) para aquellas obras complementarias que no figuren en el proyecto adjudicado inicialmente ni en el primer contrato formalizado y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarias para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita, siempre que la adjudicación recaiga en el contratista que ejecuta dicha obra:

- cuando dichas obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato principal sin causar inconvenientes mayores a los poderes adjudicadores,

- o cuando dichas obras, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.

No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras complementarias no podrá ser superior al 50 % del importe del contrato principal”.

El apartado c) es una clara previsión del poder de modificar un contrato, si bien el tratamiento que se otorga, al igual que ocurría en las Directivas citadas, es el de una verdadera nueva adjudicación.

No se incluye el término de “*extrema urgencia*” que sí se recogía en las Directivas de servicios y de suministros. El concepto empleado aquí es también el de “*urgencia apremiante*”. Ambos términos gozan de una potencia espectacular para definir una situación que requiere de una motivación con igual excepcionalidad¹⁹².

La Directiva 93/38/CEE, sobre contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones posibilita la adjudicación al contratista inicial sin publicidad (artículo 20 apartado 2), empleando nuevamente los términos “*extremada urgencia resultantes de hechos imprevisibles*”. Interesa poner la atención en los siguientes supuestos:

¹⁹² El empleo del sustantivo “*acontecimientos imprevisibles*” es una buena muestra del rechazo del concepto de mero imprevisto que el legislador español ha considerado válido hasta el año 2011, con la aprobación de la LES.

“d) en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando por razones de extrema urgencia resultantes de hechos imprevisibles para las entidades contratantes, no puedan cumplirse los plazos estipulados en los procedimientos abiertos o restringidos; (...)

f) para las obras o servicios adicionales no incluidos en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado, pero que, por circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la ejecución de dicho contrato, siempre que la adjudicación se haga al contratista o prestador de servicios que ejecute el contrato inicial;

- cuando dichas obras o servicios adicionales no puedan separarse técnica o financieramente del contrato principal sin grave inconveniente para las entidades contratantes; o

- cuando dichas obras o servicios adicionales, aunque separables de la ejecución del contrato inicial, resulten estrictamente necesarios para su perfeccionamiento; g) en el caso de los contratos de obras, para obras nuevas que consistan en la repetición de otras similares confiadas al contratista titular de un primer contrato adjudicado por las mismas entidades contratantes, siempre que tales obras se ajusten a un proyecto básico para el que se haya adjudicado un primer contrato tras la licitación correspondiente. En el anuncio de licitación del primer proyecto ya deberá indicarse la posibilidad de que se recurra a este procedimiento, y las entidades contratantes, cuando apliquen lo dispuesto en el artículo 14, tendrán en cuenta el coste total considerado para la continuación de las obras”.

De esta segunda generación de Directivas cabe concluir la excepcionalidad del concepto de imprevisto, y la consiguiente de necesidad de que las circunstancias que motivan las modificaciones contractuales no pudieran haber sido previstas para los poderes adjudicadores.

4.3.- TERCERA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS.

La Directiva 2004/18/CEE, 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 tampoco regula de forma expresa las modificaciones contractuales, centrándose sólo en las

fases de licitación y adjudicación como las anteriores generaciones de Directivas.

Sin embargo, su Considerando 31 parece abordar la problemática de las modificaciones contractuales. Hay una referencia clara a contratos complejos donde la dificultad de una definición *a priori* de los elementos puede chocar con la alteración sustancial del contrato, y en definitiva, con la desnaturalización del contrato. Ello en clara coincidencia con lo que años más tarde afirmará la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02):

“A los poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos puede resultarles objetivamente imposible, sin que por ello se los pueda criticar, definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que pueda ofrecer el mercado. Esta situación puede presentarse, en particular, en la ejecución de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada, cuyo montaje financiero y jurídico no es posible definir con antelación. En la medida en que la utilización de procedimientos abiertos o restringidos no permita la adjudicación de dichos contratos, es conveniente pues prever un procedimiento flexible que salvaguarde tanto la competencia entre los operadores económicos como la necesidad de los poderes adjudicadores de debatir con cada candidato todos los aspectos del contrato. No obstante, no se debe recurrir a este procedimiento de manera que se restrinja o falsee la competencia, especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas o imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa”.

Sin perjuicio de ello, ninguna prevención hay en el articulado para combatir estas situaciones. Tampoco se regulan de forma expresa las modificaciones contractuales. Se continúan regulando, como excepción, los supuestos en que cabe recurrir al procedimiento negociado sin publicidad. En términos muy similares a las directivas precedentes el artículo 31 en su

apartado 1 prevé que respecto de contratos públicos de obras, de suministro y de servicios se adjudique el contrato al contratista inicial:

“c) en la medida en que sea absolutamente necesario, cuando la urgencia imperiosa, consecuencia de hechos imprevisibles para los poderes adjudicadores en cuestión, no es compatible con los plazos exigidos para los procedimientos abiertos, restringidos o negociados con publicación de un anuncio de licitación contemplados en el artículo 30. Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores”.

Se emplean los conceptos de “urgencia imperiosa” y de “hechos imprevisibles para los poderes adjudicadores”, sin innovar respecto de las anteriores directivas pero manteniendo el concepto de imprevisibilidad. Como más adelante se dirá al tratar de la jurisprudencia al respecto de las modificaciones contractuales, estos conceptos tienen una caracterización ajena a la de los meros imprevistos requiriendo la existencia de diligencia conforme a la buena praxis exigida por la Sentencia del TGUE de 31 de enero de 2013.

El apartado 4 de este artículo 31 posibilita los contratos complementarios respecto de los contratos públicos de obras y servicios:

“a) con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio:

— cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores,

— cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.

No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del importe del contrato inicial”.

La Directiva 2004/17 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales regula la posibilidad de adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad, sin innovación alguna, respecto de lo recogido en las anteriores directivas (artículo 40.3):

“d) en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando por motivos de extrema urgencia resultantes de hechos imprevisibles para las entidades adjudicadoras, no puedan cumplirse los plazos estipulados para los procedimientos abiertos o restringidos y en los procedimientos negociados con convocatoria de licitación; (...)

f) en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando por motivos de extrema urgencia resultantes de hechos imprevisibles para las entidades adjudicadoras, no puedan cumplirse los plazos estipulados para los procedimientos abiertos o restringidos y en los procedimientos negociados con convocatoria de licitación”.

Finalmente, la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE contiene en su considerando 48 una redacción similar al considerando 31 de la Directiva 2004/18/CEE antes transcrito.

Su artículo 28 regula los casos que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación. Su apartado 1 no introduce novedades y persisten los conceptos de *“hechos imprevisibles”* y *“urgencia imperiosa”*. Se añade el concepto de *“situaciones de crisis”*:

“c) cuando la urgencia derivada de situaciones de crisis resulte incompatible con los plazos que requieren los procedimientos restringidos y negociados con publicación de un anuncio de licitación, incluidos los plazos abreviados mencionados en el artículo 33, apartado 7. Esto se aplicará, por ejemplo, en los casos mencionados en el artículo 23, párrafo segundo, letra d);

d) en la medida en que sea absolutamente necesario, cuando la urgencia imperiosa, consecuencia de hechos imprevisibles para las entidades o poderes adjudicadores en cuestión, no es compatible con los plazos exigidos para los procedimientos restringidos o negociados con publicación de un anuncio de licitación, incluidos los plazos reducidos mencionados en el artículo 33, apartado 7. Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia imperiosa no deberán en ningún caso ser imputables a las entidades o poderes adjudicadores”.

4.4.- VISIÓN GENERAL DE LA REGULACIÓN DE LAS TRES PRIMERAS GENERACIONES DE DIRECTIVAS.

La modificación del contrato no ha sido objeto de atención por las tres primeras generaciones de directivas sobre contratación pública. Simplemente les preocupó la licitación y adjudicación del contrato, olvidando que la desnaturalización de todas esas reglas en fase de ejecución es sustancial. No obstante, han sido muchas las voces especializadas las que consideraron que con la regulación de estas tres directivas y la jurisprudencia del TJUE el modelo de cómo debe llevarse a cabo la ejecución del contrato, y en particular su modificación, estaba claro y no se precisaba de un mayor desarrollo.

Estas tres generaciones solo regulan los contratos de prestaciones accesorias o complementarias. Avanzaron en calificaciones como “*extrema urgencia*”, por ejemplo, que no figuran en las nuevas directivas, o el concepto de imprevisibilidad. Ello junto con la habilitación para celebrar estos contratos sólo cuando concurrieran causas que el poder adjudicador no pudo prever.

Ahora bien, la interpretación de la jurisprudencia del TJUE ha sido fundamental porque tanto las nuevas directivas de 2014 como sus precedentes son parciales e insuficientes. La interpretación que ese Tribunal dio a los principios generales de la contratación pública y su incardinación e integración en las directivas permitió colmar, en cierto modo, este vacío normativo.

Ello me obliga, por tanto, al examen detallado de esta jurisprudencia, que paso a efectuar a continuación.

5.- LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE CONFIGURADORA DEL DERECHO SOBRE MODIFICACIONES CONTRACTUALES.

5. 1.- INTRODUCCIÓN

El papel de la jurisprudencia del TJUE ha sido fundamental para la construcción de un Derecho sobre las modificaciones contractuales. Este Tribunal ha realizado una interpretación del Derecho de la Unión limitando la utilización de la potestad de modificar un contrato¹⁹³.

La principal conclusión de esta jurisprudencia es que una modificación del contrato es una nueva adjudicación. Por ello, la posibilidad de adjudicación directa al adjudicatario o a un tercero sin publicidad es excepcional. Y ello porque la modificación comporta el riesgo de desnaturalizar los principios rectores de la contratación pública que son el pilar que garantiza una verdadera contratación libre de trabas a la competencia y a la circulación de bienes y servicios¹⁹⁴. El TJUE ha precisado el concepto de alteración sustancial y ha ofrecido pautas para verificar cuando una modificación requiere una nueva adjudicación.

No han sido muchas las sentencias del TJUE en materia de modificaciones contractuales. Sin embargo, las dictadas revisten una gran importancia. Podría decirse, sin ambages, que constituyen un cuerpo normativo no sólo válido para las normas que interpretaban sino con carácter general y para cualquier tiempo y normativa aplicable.

El TJUE interpreta las normas con arreglo a los principios y libertades de los tratados de la Unión, especialmente con los principios rectores de la contratación pública. Ha considerado que cuando se produce una modificación sustancial del contrato resultan vulnerados los principios de igualdad y transparencia.

¹⁹³ STJUE de 14 de noviembre de 2013, Comune di Ancona y Regione Marche, C-388/12, apartado 19.

¹⁹⁴ SSTJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, apartado 44, de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, apartado 31; de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, apartados 60 y 61, y de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, apartados 108 y 109).

Su influencia en la construcción de las limitaciones a los modificados ha tenido tal relevancia que la intención de la Comisión Europea al formular las nuevas Directivas en 2011 fue precisamente recoger la doctrina del Tribunal de Justicia. Ello para aclarar cuándo modificar un contrato desnaturaliza el procedimiento inicial y requiere de una nueva adjudicación con publicidad. Sin embargo, el legislador europeo ha atenuado las prescripciones de la propuesta inicial y aunque las directivas aprobadas expresan con convicción que su afán es integrar la mentada jurisprudencia, ello dista mucho de ser totalmente cierto.

De todas las sentencias de los tribunales de Justicia de la Unión Europea (el TJUE, el TPI, el TGUE) hay cinco que constituyen el cuerpo fundamental en materia de modificaciones contractuales. Se trata de las sentencias del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA, C-496/99/P, de 19 de junio de 2008 Presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, de 22 de abril de 2010, Comisión contra Reino de España, C-423/07, y de 8 de mayo de 2014, Idrodinamica Spurgo Velox srl, C-161/13, y del TGUE de 31 de enero de 2013, T 235/11. Existen, además, muchas otras sentencias que estudiaremos por orden de importancia.

5. 2.- LA STJUE DE 29 DE ABRIL DE 2004.

5.2.1.- Antecedentes.

La Sentencia del TJUE de 24 de abril de 2004, Cas Succhi di Frutta Spa, Asunto C-496/99 P, se dicta tras un recurso de la Comisión frente a una sentencia del Tribunal de Primera Instancia (en adelante TPI) en que se declaraba que la Comisión había modificado sustancialmente un contrato.

La Comisión Europea licitó un contrato para la compra de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Kirguizistán y Tayikistán. La finalidad del contrato era poder responder a las peticiones de zumo de frutas y confituras de esos países. Preveía que el pago se realizará en especie, y concretamente, en frutas, manzanas y naranjas¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Todo ello de acuerdo con los artículos 15 y 15 bis del Reglamento (CEE) Nº 1035/72 del Consejo, de 18 de mayo de 1972, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de las frutas y hortalizas.

La licitación constaba de cinco lotes cuyo objeto era el suministro de unas determinadas frutas, especificando qué fruta debería retirarse como pago por la prestación realizada. La Comisión adjudicó a la empresa Trento Frutta los lotes números 1, 3, 4, 5 y 6.

Se modificó el contrato alterando la forma de pago. En concreto, se permitió a las adjudicatarias que lo desearan, aceptar como pago en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos (en concreto nectarinas)¹⁹⁶. Se fijaban *ex novo* coeficientes de pago distintos a los determinados en el condicionado¹⁹⁷.

La causa que lo motivaba es que desde la adjudicación, las cantidades de los productos de que se trataban que habían sido retirados del mercado hasta el momento eran insignificantes en relación con las cantidades necesarias.

Una empresa, la mercantil Succhi di Frutta, que participó en la licitación sin resultar adjudicataria, y que no recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación frente a la modificación del contrato ante el TPI. Argumentaba que se habían vulnerado los principios de igualdad de trato y transparencia, entre otras cuestiones¹⁹⁸.

La Comisión solicitó la inadmisión. Aducía la falta de legitimación de la recurrente por no estar directa e individualmente afectada por la modificación y

¹⁹⁶ Son los siguientes: a) 1 tonelada de melocotones por 1 tonelada de manzanas, b) 667 kilogramos de albaricoques por 1 tonelada de manzanas, c) 407 kilogramos de melocotones por 1 tonelada de naranjas, d) 270 kilogramos de albaricoques por 1 tonelada de naranjas.

¹⁹⁷ En particular, el artículo 1 de la Decisión de 22 de julio de 1996 disponía que los productos retirados del mercado se pusieran a disposición de Trento Frutta y de Loma a petición de éstos según un coeficiente de equivalencia de 1,4 toneladas de nectarinas por 1 tonelada de manzanas.

¹⁹⁸ Succhi di Frutta alegaba no haber recibido copia de dicha Decisión hasta el 30 de enero de 1997, en el marco del procedimiento de medidas provisionales. A su vez, mediante auto de 20 de marzo de 1998, el TPI desestimó una demanda presentada por Allione Industria Alimentare SpA con objeto de que se admitiera su intervención en apoyo de las pretensiones de Succhi di Frutta.

por no ser adjudicataria. Argumentaba que la recurrente no tenía ningún interés en obtener su anulación.

La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 y T-10) admitió y estimó el recurso de Succhi di Frutta Spa. Mantuvo que se había producido una vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia. A ello siguió el recurso de casación de la Comisión frente a dicha sentencia fundado en cinco motivos.

La Comisión entendía, entre otras razones, que la situación de la demandante no se diferencia de la de un tercero cualquiera, que como tal no está legitimado para impugnar una modificación; sin que tampoco pueda considerarse que posee un interés individual que le permita interponer ese recurso. Afirmaba también, que la Comisión puede modificar las condiciones de pago, considerando que no debió convocar una nueva licitación.

5.2.2.- La admisibilidad del recurso: la legitimación para recurrir.

La mercantil Succhi di Frutta participó en la licitación pero no resultó adjudicataria de la misma y tampoco recurrió la licitación. Pese a que la Comisión alegó que la demandante no se vio individualmente afectada por la Decisión impugnada, el TPI entendió que Succhi di Frutta sí reunía la condición de destinataria de la decisión, conforme a lo previsto por el artículo 173 del Tratado CE¹⁹⁹.

El TPI sostuvo que los sujetos distintos de los destinatarios de una decisión sólo pueden alegar si ésta les atañe en razón de determinadas cualidades que les son propias o de una situación de hecho que los caracteriza frente a cualquier otra persona. En este supuesto la forma en que se gestó la

¹⁹⁹ Este precepto concede a las personas físicas o jurídicas la posibilidad de interponer un recurso de anulación contra las decisiones de las que sean destinatarias y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un Reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, les afecten directa e individualmente.

Decisión contiene varios elementos que hacen que la demandante se asemeje a un destinatario²⁰⁰.

El principal fundamento de admisibilidad del TPI fue considerar la Decisión controvertida como una Decisión autónoma, como una nueva adjudicación. Se concluyó que modificar un contrato mediante la alteración de las condiciones de adjudicación al establecer, con coeficientes de equivalencia diferentes, la sustitución de manzanas y naranjas por melocotones como modo de pago de los adjudicatarios era una alteración sustancial, un nuevo contrato, en el que bien pudo participar la recurrente²⁰¹.

Y es que el interés para los recurrentes – licitadores no adjudicatarios – es doble: que no se varíen las condiciones del procedimiento de adjudicación; y que en caso de tratarse de nuevas prestaciones se liciten con la debida publicidad para que a ellas pueda acceder no solo el adjudicatario sino cualquier interesado.

De este modo, ni el TPI ni el TJUE atendieron la solicitud de la Comisión que abogaba por inadmitir el recurso por falta de interés al no ser la destinataria del acuerdo de modificación contractual y no tener ningún interés

²⁰⁰ El TPI recordaba la prolija jurisprudencia al respecto: STJCE de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión, 25/62, STPI de 11 de febrero de 1999, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen y Hapag Lloyd Fluggesellschaft/Comisión, T-86/96, apartado 42.

²⁰¹ El TPI fundamentó la existencia de legitimación activa de Succhi di Frutta sobre la base de: las SSTPI de: 13 de diciembre de 1995, Exporteurs in Levende Varkens y otros/Comisión (asuntos acumulados T-481/93 y T- 484/93), apartado 59, de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento (T-203/96), apartado 85, y de 24 de febrero de 2000, ADT/Comisión (T-145/98), apartado 164; Autos del TJCE de 23 de noviembre de 1995, Asocarne/Consejo (C-10/95 P), apartado 39; de 26 de abril de 1993, Kupka-Floridi/CES (C-244/92 P), apartado 10, de 7 de marzo de 1994, De Hoe/Comisión (C-338/93), apartado 19, Auto de 20 de marzo de 1998, CAS Succhi di Frutta SpA/Comisión (T-191/96); SSTJCE de: 22 de diciembre de 1993, Eppe/Comisión (C-354/92), apartado 8, de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca (C-243/89), apartado 37, y de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica (C-87/94), apartado 54, de 24 de marzo de 1993, CIRFS y otros/Comisión (C-313/90), de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión (C-7/95 P), apartado 62, de 2 de febrero de 1988 (asuntos acumulados 67/85, 68/85 y 70/85), apartado 22, de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión (asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95), apartados 53 a 55.

en obtener su anulación. Tampoco aceptaron la alegación de la Comisión de que la demandante no impugnó la adjudicación de los lotes para los que presentó una oferta.

Las Conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert Alber defendían la legitimación activa de Succhi di Frutta, entre otras razones, porque *“también subsiste la posición jurídica del licitador que no ganó la licitación en la medida en que se adopte una decisión que afecte a sus derechos como licitador”*. Asimismo, el Abogado General sostenía que nada importaba que no se hubiera recurrido la adjudicación pues la modificación del contrato – recurrida – no era un acto confirmatorio de la adjudicación²⁰².

²⁰² *“..procede considerar que la demandante resulta individualmente afectada por la Decisión controvertida. Lo es, en primer lugar, en su condición de licitador a quien no se ha adjudicado el contrato, ya que una de las condiciones importantes de la adjudicación -la relativa al modo de pago de los suministros de que se trata- ha sido modificada posteriormente por la Comisión. En efecto, tal licitador no sólo está individualmente afectado por la Decisión de la Comisión que determina el resultado, favorable o adverso, de cada una de las proposiciones presentadas como consecuencia del anuncio de licitación [sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1979, Simmenthal/Comisión (92/78, Rec. p. 777)]. También conserva un interés individual en procurar que se cumplan los requisitos del anuncio de licitación en la propia fase de adjudicación. En efecto, el hecho de que la Comisión no indicara en el anuncio de licitación la posibilidad de que los adjudicatarios obtuvieran otra fruta distinta de la prevista en pago de sus suministros privó a la demandante de la posibilidad de presentar una oferta distinta de la que había presentado y, de esta forma, de disponer de las mismas oportunidades que Trento Frutta.*

En segundo lugar, en las circunstancias propias del presente asunto, la demandante resulta individualmente afectada por la Decisión controvertida dado que ésta fue adoptada tras reconsiderar el conjunto de la situación, como ella misma solicitó y a la luz, entre otros datos, de los datos suplementarios que ella presentó a la Comisión.

Por otra parte, procede desestimar la alegación basada en que la demandante no impugnó dentro de los plazos señalados la Decisión de 14 de junio de 1996, ya que no se puede considerar la Decisión impugnada como un acto puramente confirmatorio de aquélla. ... Esto es así no sólo por el hecho de que sufrió un... perjuicio económico e intervino ante la Comisión, sino en razón simplemente de que participó en la licitación. la condición de licitador se mantiene después de la adjudicación”.

Esta posición de aceptar la legitimación de un licitador no adjudicatario defendida por el TJUE ha recibido su acogida en España. El Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 119/2008, de 13 de octubre, (RTC 2008/199) y 144/2008, de 10 de noviembre de 2008, (RTC 2008/144)²⁰³, entendió vulnerados los principios recogidos en los artículos 9.3, 14 y 24.1 de la Constitución Española²⁰⁴ y admitió el recurso de una empresa que recurrió la adjudicación del contrato, no habiendo impugnado la licitación, ni participado o recurrido la misma.

También la legislación autonómica ha seguido este camino. La Comunidad Autónoma de Aragón – artículo 12 bis de la Ley 3/2011 de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón - y la Comunidad Foral de Navarra – artículos 97 y 210.3.d) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos introducidos, respectivamente, por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio y la Ley Foral 14/2014, de 18 de junio – aceptan que los licitadores admitidos en la licitación puedan interponer recurso frente a la decisión de modificación del contrato.

²⁰³ RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., «La legitimación activa para interponer recursos precontractuales en la contratación pública a propósito de la STC 119/2008», de 13 de octubre, *Repertorio de Jurisprudencia* Nº 18/2008 (BIB 2008/2792).

²⁰⁴ El Tribunal Constitucional mantiene que los tribunales “*quedan compelidos a interpretar las normas procesales no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio pro actione, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso*”. Para apoyar esta afirmación apela a las SSTC 88/97, de 5 de mayo (RTC 1997/88), 252/2000 (RTC 2000/52), 188/2003, de 27 de octubre (RTC 2003/188), o 3/2004, de 14 de enero (RTC 2004/3) entre otras. Vid. además SSTC 92/2008 de 21 de julio (RTC 2008/92), 251/2007, de 17 de diciembre de 2007 (RTC 2007/51), 63/2006, de 27 de febrero de 2006 (RTC 2006/63), 45/2004, de 23 de marzo de 2004 (RTC 2004/45), 1/2000, de 17 de enero de 2000 (RTC 2000/1), o 122/1998 de 15 de junio de 1998 (RTC 1998/122).

5.2.3.- Respeto de los principios de igualdad y transparencia en la ejecución del contrato.

La decisión de modificación del sistema de pago del contrato celebrado por la Comisión fue anulada primero por el TPI y luego el TJCE. El fundamento para dicha anulación radicaba en que las entidades contratantes deben respetar las prescripciones fijadas en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas.

Este deber de respeto es la manifestación del principio de igualdad de trato de los licitadores que exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones. El Tribunal aseveró que ese procedimiento de comparación debe respetar en todas sus fases los principios de igualdad y transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas²⁰⁵.

El TJUE sostuvo que las modalidades de pago de los productos que deben suministrarse son una condición esencial del contrato. Según éste si no se ha previsto en el condicionado la posibilidad de modificar la forma de pago – en este caso sustituir de manzanas o de naranjas por melocotones en pago – y tampoco cómo se determinarían los porcentajes de equivalencia no es posible modificar el contrato. Pues lo contrario comporta la vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia²⁰⁶.

“Este respeto debe llevarse a cabo durante todo el contrato y no solo durante la licitación y adjudicación. De otro modo, la modificación se convierte en una renegociación de las condiciones iniciales y desnaturaliza el contrato inicial”.

²⁰⁵ Vid. SSTJCE Comisión/Bélgica, apartado 54, de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, apartado 37, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, apartado 73, de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, apartado 37, y de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, apartado 70.

²⁰⁶ En torno a la obligación del poder adjudicador de transparencia en la licitación y posterior ejecución del contrato el Tribunal hizo referencia a las SSTJCE de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, apartado 45, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, apartado 91.

El Tribunal pone el acento en considerar sustancial una modificación del contrato cuando habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente. El cambio de la forma de pago, haciéndola más atractiva en su objeto (manzanas por nectarinas) y con unos coeficientes que benefician al adjudicatario y alteran su oferta, hubiese generado ofertas distintas o incluso nuevos licitadores.

Todos los licitadores deben disponer de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas y, por tanto, las mismas condiciones deben aplicarse para todos los competidores (apartado 110 de la sentencia).

El Tribunal prohíbe que mediante una decisión posterior a la licitación se modifique una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse. Viene con ello a afirmar que el cambio de las condiciones iniciales genera la violación del principio de seguridad.

Lo pretendido por el Tribunal es clarificar que si se prevé que puedan ocurrir circunstancias – en este caso el desabastecimiento respecto del medio de pago – es obligatorio hacer referencia expresa a ello en el condicionado y definir los medios de pago alternativos y sus coeficientes de equivalencia. La finalidad es que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y estén en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta. La consecuencia de esa falta de previsión es la imposibilidad de desvincularse de las modalidades de pago una vez adjudicado el contrato, pues se vulnerarían los principios de igualdad de trato y transparencia²⁰⁷.

La sentencia del TJUE aclara también que esa previsión no debe hacerse de forma genérica sino especificando todas las condiciones y

²⁰⁷ El hecho de que el TPI afirme que la Comisión podía haber previsto la posibilidad de alterar la forma de pago en determinadas circunstancias y que a falta de tal habilitación debió iniciar un nuevo procedimiento de licitación, no se contradice en modo alguno, con las consideraciones antes realizadas, puesto que si bien la Comisión hubiera podido prever condiciones diferentes, no es menos verdad que estas últimas habrían sido aplicables de la misma forma a todos los licitadores, observándose también los principios de igualdad de trato y transparencia.

modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones²⁰⁸:

“si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados, infringiendo los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas”.

Por el contrario, se admite la posibilidad de modificar el contrato en aspectos que no se consideren esenciales y aunque no figuren en el condicionado, si obedecen a circunstancias imprevisibles. De hecho, si la modificación practicada por la Comisión no hubiere sido de calado el TPI y el TJUE la habrían avalado²⁰⁹. Por ello, no cabe afirmar que si las modificaciones no aparecen previstas en el condicionado no cabe modificarlo. Lo que no es posible es modificar el contrato si no existe previsión en el condicionado inicial cuando la modificación sea sustancial.

²⁰⁸ C-496/99P, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SPA, apartado 111. Añaden las Conclusiones del Abogado General Sr. Alber que *“Las dificultades prácticas alegadas podían haberse resuelto redactando el anuncio de licitación del modo en que se hizo con la nota dirigida a la AIMA, en la cual, de forma paralela a la adjudicación de la licitación, ya se establecían normas detalladas por lo que respecta a la sustitución. Esto podía ir acompañado de una cláusula que contemplara ya desde un principio la posibilidad de adaptación de los coeficientes de equivalencia a la evolución del mercado, adaptación que en este caso se hizo a posteriori”.*

²⁰⁹ Apartado 77. Tal calificativo – modificaciones importantes, modificación de un elemento esencial – le daba el Abogado General Sr. Siegbert Alber. Además de lo dicho por el Tribunal habría de adicionarse otro requisito para que la modificación sea válida, al que sí alude el Abogado General en sus conclusiones, la necesaria imprevisión de la causa. *“no prueban que, en el momento de la adopción de la Decisión controvertida, existiera una indisponibilidad de manzanas en los almacenes de intervención que pudiera impedir la ejecución de las operaciones a que se refería el anuncio de licitación”.*

5. 3.- LA STJUE DE 19 DE JUNIO DE 2008.

5.3.1.- Antecedentes.

La Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2008, Presstext nachrichtenagentur GMBH contra Republik Österreich y otros (asunto C-454/06) resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Bundesvergabeamt austriaco en la que se pretendía clarificar qué se entiende por adjudicación del contrato y cuando una modificación equivale a una nueva adjudicación.

El trasfondo de la petición de decisión prejudicial es una disputa por la prestación de servicios de agencia de prensa para las autoridades federales austriacas. Se trataba de un contrato adjudicado por la Republik Österreich (Bund) a la empresa Austria Presse Agentur – en lo sucesivo, APA –. El contrato permitía la consulta y utilización de información y solicitar a APA información histórica y comunicados de prensa históricos de una base de datos, así como utilizar los servicios de textos originales de APA tanto para su información como para la difusión de sus propios comunicados de prensa. Era un contrato por tiempo indefinido y que tenía una cláusula de revisión de precios.

La cuestión se plantea después de que la adjudicataria – APA – fundara una sociedad filial, APA-OTS Original text - Service GmbH – en lo sucesivo, APA-OTS –. Lo cuestionado fue que el órgano de contratación autorizase la continuación del contrato con APA – OTS.

Lo relevante es que APA tenía el 100% de participaciones de su filial y existía un contrato de exclusión de pérdidas y ganancias entre ambas, y además APA – OTS entregaba sus beneficios a APA quien también cubriría el déficit que pudiera existir. APA aseguró además, que respondería “solidariamente” junto con APA-OTS tras la segregación y que nada cambiaría en el “*desarrollo del servicio en su conjunto*”.

La sentencia también aborda una modificación del contrato que se realizó en el mismo para convertir los importes del chelín austriaco al euro y establecer unos importes máximos para la incorporación de comunicados de los organismos federales al OTS, importes que no podrían ser incrementados.

Asimismo, se adaptó la cláusula de actualización tomando como referencia un nuevo índice que representaba el sucesor del utilizado en el contrato marco.

También existió otra modificación contractual más tarde introduciendo descuentos sobre las tarifas iniciales: el descuento en los precios por las consultas *on line* de los servicios de información de APA se incrementó del 15% al 25% (verificándose con ello una modificación a la baja del 10%).

Presstext, empresa del mismo sector, solicitó al Bundesvergabeamt – tribunal de justicia austriaco – que declarase ilícitas la autorización de continuación del contrato tras la reestructuración de APA y sus ulteriores modificaciones, y que considerara estos hechos como nuevas adjudicaciones. El Tribunal suspendió el proceso y planteó al TJUE siete cuestiones prejudiciales de las que destacamos las siguientes:

“la entidad adjudicadora proyecta obtener en el futuro prestaciones de una empresa que reviste la forma de una sociedad de capital, si estos servicios habían sido prestados anteriormente por otro prestador que, por una parte, es socio único de la futura empresa prestadora de los servicios y, por otra parte, controla a ésta a través de instrucciones? En tal supuesto, ¿tiene relevancia jurídica que la entidad adjudicadora no tenga la seguridad de que las participaciones sociales en la futura empresa prestadora no sean transmitidas en todo o en parte a terceros durante el período total de vigencia de la contrata original y tampoco tenga la seguridad de que la composición de la empresa prestadora del servicio, que originariamente revestía la forma de cooperativa, no se transforme en el curso del período total de vigencia del contrato?”.

Se cuestiona el Tribunal también, si es sustancial una modificación del contrato una rebaja para determinadas retribuciones vinculadas a la magnitud de las prestaciones en un ámbito determinado de la prestación. También se consultaba sobre si la cesión o las modificaciones mencionadas (rebaja del contrato e introducción del euro como forma de pago) se considera una nueva adjudicación y si hubiera sido necesario que la entidad adjudicadora debiera

haber publicado previamente el anuncio de licitación a efectos de transparencia y de posibilidad de controlar la adjudicación proyectada²¹⁰.

5.3.2.- La alteración sustancial. Especial referencia a la modificación subjetiva.

El Tribunal respondió a cuatro de las siete cuestiones afirmando que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato²¹¹. Ello para garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores.

Las Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott presentadas el 13 de marzo de 2008 para este asunto sostuvieron que en principio, no se excluye *a priori* que las posteriores modificaciones del contenido de los contratos existentes reúnan la condición de nueva adjudicación. Concluía que no todas las modificaciones son esenciales.

²¹⁰ Asimismo preguntaba si constituye una nueva adjudicación si la modificación en el pago tiene por causa la introducción del euro. Interpela, asimismo, entre otras cuestiones, sobre el alcance de concepto de "*perjudicada*" del artículo 1, apartado 3, y "*perjudicadas*" del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras, en el sentido de que, en un supuesto como el de autos, una empresa se ha visto perjudicada a efectos de dichas disposiciones, por el mero hecho de haberse visto privada de la posibilidad de participar en un procedimiento de adjudicación, al no haber publicado previamente la entidad adjudicadora ningún anuncio de licitación sobre cuya base la empresa hubiera podido presentar su candidatura o una oferta o instar, ante las autoridades competentes para controlar las adjudicaciones, la comprobación de la existencia de los supuestos derechos exclusivos.

²¹¹ STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, apartados 44 y 46. Vid. HARTLEV, K., WAHL LIJENBOL, M., «Changes to existing contracts under de EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender», *Public Procurement Law Review*, 2, 2013, p. 64.

Establecía como elemento característico que las modificaciones hubieran disuadido a otros candidatos de licitar o podrían haber realizado una oferta que determinara que hubieran sido adjudicatarios²¹². Afirmaba que *“el cambio de prestador de servicios durante la vigencia de un contrato público hace pensar, a priori, en una modificación esencial del contrato; sin embargo, se confía la ejecución del contrato público, total o parcialmente, a una empresa que no ha tenido que competir con otros licitantes y cuya elección tampoco se ha basado en una comparación con otros posibles licitantes. Una operación de este tipo comporta el riesgo de la elusión de la normativa sobre contratación pública y puede producir un falseamiento de la competencia en el mercado de que se trate, además de dar preferencia a los nuevos prestadores de servicios frente a otros posibles”*.

El Tribunal afirmó que la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos²¹³. Destacó que una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

Respecto de la posible consideración de la autorización de continuación del contrato de APA hacia APA-OTS como cesión del contrato, la respuesta a la cuestión prejudicial es la base para la prohibición de esta figura por las

²¹² La Abogada General señaló que *“no todas las modificaciones de menor entidad sobre contratos públicos de servicios precisan de un procedimiento previo de adjudicación. Solo 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. ... 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”*.

²¹³ Aludía a la posibilidad de que para estos casos se acuda al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

nuevas Directivas. La sentencia concluyó que *“en general, debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, como una subcontrata”*²¹⁴.

Todo ello sin perjuicio de que en este caso el cambio del sujeto no constituyó una modificación esencial del contrato; entre otras razones porque, como APA-OTS era una filial al 100 % de APA, y esta última disponía de un poder de dirección sobre APA-OTS y existía entre estas dos entidades un contrato de transferencia de pérdidas y beneficios, que asume APA, además de la responsabilidad solidaria junto con APA-OTS y el hecho de que nada cambiaría en la prestación de conjunto existente.

No obstante, el Tribunal afirmó que *“si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato”*²¹⁵.

²¹⁴ Vid. BROWN, A., «When do changes do an existing public contract amount to the award of a new contract or for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06 (2008)», Nº 17, *Public Procurement Law Review*, p. 253.

²¹⁵ La Abogada General, Sra. Juliane Kokott, en sus conclusiones aseveró que *“el cambio de prestador de servicios durante la vigencia de un contrato público hace pensar, a priori, en una modificación esencial del contrato; sin embargo, se confía la ejecución del contrato público, total o parcialmente, a una empresa que no ha tenido que competir con otros licitantes y cuya elección tampoco se ha basado en una comparación con otros posibles licitantes. Una operación de este tipo comporta el riesgo de la elusión de la normativa sobre contratación pública y puede producir un falseamiento de la competencia en el mercado de que se trate, además de dar preferencia a los nuevos prestadores de servicios frente a otros posibles”*.

No consideró sustancial la reducción de tarifas por las consultas *on line* a los servicios de información de APA que se incrementaron del 15% al 25%. Sobre esta base cabe afirmar que no afectan a los principios rectores de la contratación pública las reducciones a la baja en contra del contratista toda vez que lejos de hacer más atractivo el contrato para los licitadores iniciales u otros potenciales candidatos lo desluce. El motivo parece ser que no va en contra de la competencia o lo que es lo mismo de la apertura de la contratación pública. Los licitadores ni los potenciales interesados se ven afectados por esta decisión, atañe solo al contratista²¹⁶.

5.4.- LA STJUE DE 13 DE ABRIL DE 2010.

5.4.1.- Antecedentes.

La sentencia del TJUE de 13 de abril de 2010, Wall, asunto C-91-08, tiene por objeto la petición de decisión prejudicial planteada por el tribunal Landgericht Frankfurt am Main frente al recurso planteado por Wall AG, un subcontratista que no fue contratado por el contratista principal como había sido señalado en su oferta.

El municipio de Fráncfort licitó un contrato de concesión de servicios relativo a la explotación, el mantenimiento y la limpieza de once aseos públicos urbanos, por una duración de dieciséis años. La contrapartida era la percepción de un canon por la utilización de las instalaciones, así como explotar espacios publicitarios situados en los aseos y en otros lugares públicos del territorio de la ciudad de Fráncfort. Se invitó a las empresas Wall, FES y otras tres empresas a presentar oferta. El contrato se adjudicó a FES, si bien Wall figuraba como subcontratista en la oferta de FES en lo referente a las prestaciones de

²¹⁶ Sobre esta base, a falta de regulación nacional las modificaciones a la baja no pueden ser consideradas sustanciales y en consecuencia habrá que estar a los límites señalados en los derechos nacionales. Consecuencia de ello, es por ejemplo, que en España, hasta la Ley de Economía Sostenible no puede entenderse que exista un límite para la modificación a la baja a los contratos (a partir de ésta ese límite sería del 10% si la causa que lo motiva no está prevista en el condicionado).

publicidad y al suministro de los módulos de aseos necesarios para la prestación de los servicios objeto de concesión²¹⁷.

FES era una sociedad cuyo objeto social era la eliminación y la gestión de residuos, la limpieza urbana, así como la seguridad de la circulación por cuenta de las autoridades públicas y de las personas privadas. El municipio de Fráncfort ostenta una participación del 51% en FES, siendo una empresa privada la titular del 49% restante.

Durante la ejecución FES decidió cambiar de subcontratista comunicando este hecho al órgano de contratación quien lo autorizó. Wall recurrió la autorización solicitando que no se permitiera al adjudicatario variar de subcontratista con nadie salvo con ella, o en su defecto se le abonara una indemnización si ella no ejecutaba el contrato.

El tribunal nacional suspendió el proceso y planteó al TJUE una serie de cuestiones prejudiciales. En lo que aquí interesa se preguntaba si para el caso de que se pretenda modificar un contrato de concesión de servicios públicos - incluido el cambio de un subcontratista que resulte ser competidor en la licitación – es necesario una nueva licitación –; y, si en caso de que se incumpla la obligación de subcontratación, el contrato debe resolverse.

²¹⁷ La sentencia señala al respecto de la participación de Wall en la oferta de FES lo siguiente: *“de la resolución de remisión se desprende que, en el proyecto elaborado por FES respecto a su oferta, dicha empresa dio las siguientes indicaciones: “... La licitación del municipio de Fráncfort depara a FES la posibilidad de renovar, con un socio tan competente y experimentado como Wall, tanto el material como la red de abastecimiento de los aseos públicos (...). En concierto con las autoridades, un City-WC totalmente automatizado de Wall se emplazará bajo el puente del tren de cercanías (...) Estación de Rödelheim. (...) La comercialización de los espacios publicitarios se realizará a través del socio de FES, Wall, especialista en el sector de la publicidad, con experiencia y cuya actividad se desarrolla en todo el mundo (...). Soportes publicitarios utilizados – Se utilizarán los productos modernos y estéticos de Wall...”*”.

5.4.2.- El mantenimiento de los subcontratistas consecuencia del respeto del principio de transparencia.

El caso se refiere a un contrato de concesión de servicios, contrato excluido del ámbito de las directivas europeas hasta 2014. El TJUE, por ello, extrae sus conclusiones relativas a la modificación del contrato directamente del derecho originario, concretamente del TCE. Esto significa que las previsiones sobre modificaciones contractuales se aplican a todos los contratos públicos con independencia de que sean contratos sometidos a regulación armonizada o no.

Así, la Sentencia puso de manifiesto que la obligación de transparencia, y consiguiente prohibición de modificaciones sustanciales del contrato, se deriva del Derecho de la Unión y, en particular, de los artículos 43 TCE y 49TCE²¹⁸:

“Tales disposiciones, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, son de efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y prevalecen sobre toda disposición contraria del Derecho nacional”.

Afirmó que cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y con ello demuestren la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación.

Las conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot ponían de manifiesto que en la fase de ejecución del contrato es necesario respetar la obligación de transparencia *“con el interés del servicio público, el cual exige, en determinadas circunstancias, adaptar y modificar el contrato”*²¹⁹.

²¹⁸ Vid. HARTLEV, K., WAHL LIJENBOL, M., « Changes to existing contracts under de EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender», op. cit., p. 66.

²¹⁹“... el concesionario debe disponer de un margen de maniobra suficiente para adaptarse a las condiciones del mercado y a los cambios que puede sufrir el entorno

En este caso el cambio de subcontratista era tanto como desnaturalizar totalmente el procedimiento de adjudicación del contrato, a pesar de que el condicionado permitía la sustitución de subcontratista siempre que la entidad adjudicadora lo autorizara y en este supuesto se siguió el procedimiento establecido. Sin embargo el Tribunal consideró que se había producido una modificación sustancial del contrato²²⁰.

La sustitución del subcontratista prevista en la oferta se produjo sin motivo legítimo, tras la celebración del contrato y antes de la ejecución de las primeras prestaciones. A pesar de que el concesionario había aludido a la reputación y la competencia técnica del subcontratista en la presentación de su oferta, como claro mecanismo para obtener mejores puntuaciones²²¹.

económico, técnico o jurídico de la concesión. De este modo, las partes deben dar muestra de una especial flexibilidad y de espíritu de cooperación para afrontar las dificultades imprevisibles y las incidencias en la ejecución, inevitables en las inversiones a largo plazo. Así pues, son múltiples las causas de renegociación de los contratos. No obstante, algunas pueden dar lugar a abusos si ocasionan una alteración del sistema del contrato, convirtiendo en ilusorias la transparencia del procedimiento y la convocatoria de licitación previa de los licitadores. Por lo tanto, es necesario dilucidar si la modificación que se pretende introducir constituye un mero acuerdo adicional al contrato, justificado por motivos legítimos, o si ésta supone en última instancia la celebración de un nuevo contrato que, con arreglo a los principios fundamentales del Derecho comunitario, debe ser objeto de una publicidad adecuada y someterse a un nuevo procedimiento de licitación”.

²²⁰ AUBERT, M.; BROUSSY, E.; DONNAT, F., «Chronique - Chronique de jurisprudence communautaire». *AJDA – Actualité Juridique – Droit Administratif*. 2010. (17) p. 946. BOTTONE, E. «Il divieto di rinegoziazione dell offerta nella concessione di servizi». *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, N° 3, pp. 1223-1227.

²²¹ En relación con ello, el Abogado general consideró que “esta práctica, si bien la admite la entidad adjudicadora, infringe la obligación de transparencia y el principio de igualdad de trato de los licitadores. Al actuar de este modo, la entidad adjudicadora sustrae la oferta de FES, tal como queda modificada, de un examen serio y transparente de las diferentes candidaturas, lo cual puede deparar a la empresa una ventaja injustificada para obtener el contrato.” Afirmó que “no cabe descartar que la Stadt Frankfurt am Main hubiera preferido una oferta diferente de la inicialmente presentada por FES si ésta no hubiera invocado, en relación con la subcontratación de las prestaciones de publicidad, las múltiples cualidades de la demandante (...) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional competente apreciar si el nombre, la reputación y la competencia técnica del subcontratista que FES incluyó en la

El fundamento de esta sentencia constituye una razón más para prohibir la cesión del contrato tal y como se viene conociendo. Pone el acento en una de las causas de incumplimiento contractual más evidentes y generadora de mayores efectos durante la ejecución del contrato como es el descontrol de la subcontratación. Y es que suele ser regla general que por más que se hayan identificado en fase de licitación unos subcontratistas, el contratista lleva a cabo una licitación propia para seleccionar y reemplazar a estos subcontratistas y así conseguir mejores precios y condiciones de pago²²².

Con ello, además de la desnaturalización de la licitación inicial, se produce una pérdida de plazos que en vez de ser destinados a ejecutar el contrato se pierden buscando y renegociando las condiciones originales acordadas entre el contratista y sus subcontratistas originales. Ello sin tener en cuenta que en la situación económica actual, la renegociación de las condiciones del adjudicatario siempre suele llevar aparejada una rebaja de los precios pactados con el subcontratista mayor, o al menos igual, a la baja económica realizada por el contratista en la licitación.

presentación de su oferta han constituido un elemento esencial en el que la Stadt Frankfurt am Main se ha basado para adjudicar la concesión a esta empresa”.

BROWM, A., ve en esta sentencia una reafirmación de la doctrina de la alteración sustancial del contrato que ya identificó la STJUE Pressetext. Además, enfatiza en la transversalidad del concepto de transparencia («Changuing a sub-contractor under a public services concession de Service public, *Public Procurement Law Review*, Nº 9, 2010, pp. 164 – 165). JURGEN, A., «Risiken der Anderungeines Dienstleistungs konzessionsvertrags: Anmerkung zu», *GPR: Zeitschrift fur Gemeinschafts privatrecht*. Nº 7, 2010, pp. 307-310.

²²² SIMON, D., «Obligation de transparence en cas de modification d’une concession de Service public, *Europe – revue mensuelle lexis nexis juris classeur*, Nº 6, 2010, p. 21 -23. MARC STEINER, B., «Man Nehme Eine Prise «pressetext», et was Rechtsschutz in Vergabesachen, relativiere das Ganzedurch den Grundsatz der Verfahrens autonomie der Mitgliedstaaten, und fertigt das Urteil «Wall», *European Law Reporter*. 2010. Nº 6, pp. 207-212.

5.5.- LA STJUE DE 22 DE ABRIL DE 2010.

5.5.1.- Antecedentes.

La Sentencia del TJUE de 22 de abril de 2010, asunto C-423/07, resuelve un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea frente a España.

Se trataba de un contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de las conexiones de la autopista A-6 con Segovia y Ávila, así como para la conservación y explotación del tramo Villalba - Adanero en la misma autopista.

El motivo que fundamentaba el recurso era la no inclusión en el anuncio de licitación, ni en el condicionado de una serie de obras que fueron adjudicadas como parte de la oferta del contratista en concepto de mejoras.

Se hizo público un primer pliego de cláusulas administrativas particulares que fue sustituido por un segundo condicionado, que tenía un objeto similar al primero pero suprimió la referencia a la necesidad de construir la variante de Guadarrama y el cuarto carril en el tramo Madrid - Villalba. La cuestión afecta a la cláusula cinco del condicionado, que se dedicaba al criterio de adjudicación de las mejoras, y sus consecuencias:

“13. Los licitadores manifestarán expresamente en sus ofertas las medidas que se propongan adoptar en relación con los efectos derivados de la concesión sobre la red global de tráfico, el interés turístico de la zona y valoración de monumentos de interés histórico o artístico, así como los referentes a la conservación y mantenimiento del paisaje y la defensa de la naturaleza, todo ello con independencia del cumplimiento de la regulación vigente de estas materias. (...)

16. Los licitadores expondrán las medidas que propondrán adoptar a la Administración para una adecuada gestión del tráfico interurbano del área afectada por la construcción de las vías objeto de concesión, significando de entre ellas las que el licitador se comprometa a llevar a cabo a su cargo. La creatividad y viabilidad de dichas consideraciones será positivamente valorada en la adjudicación del concurso, dado el alto nivel de congestión de las zonas en cuyo tráfico incidirán las vías objeto de concesión”.

El contrato se adjudicó a Iberpistas, incluyendo numerosas obras no contenidas en el proyecto inicial, como mejoras²²³.

La Comisión interpuso un recurso ante el TJUE pues consideraba que esta adjudicación vulneraba los principios de igualdad de trato y no. Se reprochaba que existía desigualdad entre el objeto del anuncio de licitación publicado y el objeto de la concesión efectivamente adjudicada. Afirmaba que el objeto de la concesión, tal como se describe en el anuncio y en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y las obras efectivamente adjudicadas deben coincidir siempre, y en este caso, ni el pliego ni el anuncio mencionaban las obras complementarias a que antes se ha hecho alusión.

5.5.2.- La necesidad de que los pliegos contengan de forma clara el objeto del contrato.

El Tribunal de Justicia anuló la adjudicación y confirmó la importancia del contenido de los anuncios y pliegos de condiciones. Afirmó que el condicionado *“deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular consecuentemente su oferta”*²²⁴.

²²³ Las mejoras eran las siguientes: Construcción de un carril adicional por sentido en el tramo de la A-6 entre Madrid y Villalba, construcción de un carril adicional y de un nuevo túnel en la A-6, en el tramo entre el Valle de los Caídos y San Rafael, al norte de Villalba; y construcción de un carril de circulación adicional por sentido en el tramo de la A-6 entre Villalba y el Valle de los Caídos. La Comisión afirmaba que las obras complementarias no previstas en el condicionado que se incluyeron en la adjudicación tenían un valor del 86% del presupuesto de las obras principales. El Reino de España afirmaba que eran tan solo un 27% más del presupuesto del contrato.

²²⁴ LASOK, Q.C. P., *Changing The Contract Specification during and after the Tender Process*, Monckton Chambers, <http://www.monckton.com/docs/library/Changing%20Contract%20Specs%20in%20Tender%20Process%20-%20PL.pdf>

Sostuvo que en el anuncio de licitación debe figurar tanto el objeto principal como los objetos adicionales del contrato, la descripción y el lugar de las obras de la concesión, y la cantidad o extensión global de éstas.

Esta obligación de publicidad, adquiere relevancia para que sea posible comparar las ofertas y garantizar la existencia de un nivel adecuado de concurrencia. Las obras complementarias se adjudicaron a Iberpistas a pesar de que no estaban comprendidas en el objeto de la concesión de que se trata, cuando era exigible una publicidad apropiada de las mismas como expresión de los principios de igualdad de trato y de transparencia²²⁵.

El Abogado General Sr. Mengozzi puso el acento en que un anuncio de licitación para un contrato público de obras debe contener una descripción completa de todas las obras que deben realizarse. Afirmaba que ello es una consecuencia natural tanto del hecho de que los licitadores deben poder proponer un precio para la realización de las obras y, en consecuencia, conocer de forma precisa el objeto del contrato como del principio de igualdad de trato y prohibición de no discriminación²²⁶.

La sentencia tuvo varias consecuencias. Primero provocó que el Reino de España anulara la licitación. Además, España aprobó el Real Decreto

²²⁵ POULSEN S. T., «The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure», *Public Procurement Law Review*, 2012, Nº 32, p. 175.

²²⁶ CORTES MARTIN J.M., «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», Enero – abril 2010, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año Nº 14, Nº 36, 2010, pp. 581 – 583. El Abogado General afirmó que: “86. Naturalmente, el hecho de imponer que un anuncio de licitación describa de modo completo las obras que deben realizarse no supone que se excluyan la creatividad y la libertad en las ofertas que pueden presentarse. No obstante, el respeto del principio de igualdad de trato exige que, en ese caso, los licitadores potenciales puedan conocer la existencia de ese margen de libertad y de sus límites (...) la Directiva establece expresamente la posibilidad de dejar a los licitadores un cierto grado de libertad a la hora de presentar sus ofertas a través del mecanismo de las variantes. Sin embargo, en la sentencia *Traunfellner*, (...) el Tribunal de Justicia interpretó el mencionado artículo de modo bastante rígido, excluyendo por ejemplo que pueda bastar la remisión a una norma nacional para cumplir el requisito del segundo párrafo del artículo 19 de la Directiva, que exige a los poderes adjudicadores que indiquen en el pliego de cláusulas administrativas particulares las condiciones mínimas que deben reunir las variantes...”.

488/2012, de 5 de marzo, para regular el contenido de las ofertas de los licitadores en lo que se refiere a las mejoras. Se modificó la letra d) de la cláusula 8 del pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por Decreto 215/1973, de 25 de enero²²⁷ para determinar los requisitos que deben reunir las mejoras para ser acordes a los principios generales de la contratación pública²²⁸.

La relación de las mejoras con las modificaciones contractuales es muy relevante. Se trata de garantizar que las condiciones originales se mantienen durante todo el proceso como garantía de que el proceso de licitación no queda desvirtuado. En este caso las nuevas obras tienen lugar con posterioridad a la licitación sin que hubieran sido referenciadas en la licitación inicial. Se vulneran los mismos principios que cuando se produce una modificación sustancial del contrato: igualdad de trato y transparencia.

²²⁷ BOE Nº 56, 6 de marzo de 2012. El artículo reformado dice así: “d) *Las modificaciones o adiciones que supongan una mejora del anteproyecto, cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares lo recoja de manera clara, precisa e inequívoca, y en los términos que establezca. 1. Tales mejoras sólo podrán referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación y a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales, pero no a su ubicación. A estos efectos, exclusivamente se considerarán mejoras en las características estructurales de la obra las que afecten a alguna de las siguientes: 1.ª Parámetros de trazado. 2.ª Tipología de enlaces previstos, sin alterar su ubicación y siempre que se mejore la funcionalidad de los movimientos que incorporan. 3.ª Áreas de servicio y mantenimiento. 2. En ningún caso, se admitirán como mejoras: 1.ª La realización de obras fuera del área de influencia de la autopista. 2.ª La realización de trabajos que, por sí solos, sean susceptibles de constituir contratos públicos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior al de los sujetos a regulación armonizada. 3.ª La realización de obras cuyo valor estimado exceda del 5 por 100 del valor estimado del contrato o para las que sea necesario expropiar una superficie que exceda del 5 por 100 de la prevista en el anteproyecto”.*

²²⁸ Véase el Informe JCCA de Aragón 1/2011, de 12 de enero, sobre valoración de las mejoras.

5.6.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL DE 31 DE ENERO DE 2013.

5.6.1.- Antecedentes.

El TGUE (Sala Octava) pronunció dos sentencias el día 31 de enero de 2013, en relación con los asuntos T- 540/10 y T-235-11. Ambas pretenden la anulación de dos decisiones de la Comisión que reducían en 33,6 millones de euros las ayudas económicas recibidas por España, procedentes de Fondos de Cohesión, para la construcción de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España – AVE –por considerar que se habían producido modificaciones contractuales y obras complementarias contrarias irregulares²²⁹.

Los contratos afectados (obras, redacción de proyectos y dirección de obras relacionadas con la construcción de determinadas líneas ferroviarias en Barcelona) fueron adjudicados estando vigente el TRLCAP que regulaba la posibilidad de modificación del contrato en sus artículos 101, 146 y 212, y las obras complementarias en su artículo 141.

España señalaba que la Comisión había aplicado indebidamente el artículo 20, apartado 2, letra f) de la, entonces vigente, Directiva 93/38 argumentando que *“dado que la contratación de prestaciones complementarias es una figura conceptualmente distinta de la modificación de un contrato en fase de ejecución prevista por la legislación española en materia de contratos públicos, de forma que dicha modificación no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38”*.

La Directiva 93/38 no regulaba la modificación de los contratos sino que, como afirmaba España, se limitaba a regular las fases de licitación y adjudicación. Sí se refería a las obras o entregas complementarias (artículo 20, 1 y 2). Preveía la posibilidad de emplear el procedimiento sin convocatoria de licitación previa para obras o trabajos adicionales no incluidos en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado, pero que, por circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la ejecución de dicho contrato, siempre que la adjudicación se haga al contratista o prestador de

²²⁹ Decisión de la Comisión C 20111 – 1023 final, de 18 de febrero de 2011 (Asunto T-235/11), y C (2010) 6154, de 13 de septiembre de 2010 (Asunto T-540/10).

servicios que ejecute el contrato inicial. Exigía que dichas obras o servicios adicionales no pudieran separarse técnica o financieramente del contrato principal sin grave inconveniente para las entidades contratantes, o que dichas obras o servicios adicionales, aunque separables de la ejecución del contrato inicial, resulten estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.

La Comisión consideraba aplicable a las modificaciones de los contratos el precepto de la Directiva que regula los contratos complementarios y calificaba de irregulares las modificaciones realizadas. España rechazaba que hubieran existido contratos complementarios sino modificaciones, lo que conllevaba el mantenimiento del contrato inicial y la inexigencia de una nueva licitación²³⁰.

5.6.2.- Excepcionalidad de los modificados. Equiparación de los modificados a nuevas adjudicaciones.

El Tribunal de Justicia puso énfasis en que el principio de igualdad de trato es la base de las directivas e implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento²³¹.

Tildó de excepcional la adjudicación de nuevos trabajos al contratista inicial, con apoyo, por primera vez en las previsiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta. Puso de relieve la importancia del principio de igualdad de trato, y la consiguiente obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento, para favorecer una competencia sana y efectiva, exigiendo que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas y que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores.

²³⁰ España adujo que la regulación europea se dedicaba solo a la fase de adjudicación, y en particular, solo a las prestaciones adicionales o complementarias pero no a las modificaciones contractuales (artículo 20.2 de la Directiva 93/38).

²³¹ SSTJUE de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99 apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, apartado 38).

El Tribunal considera aplicable la regulación de los contratos complementarios²³², aunque no justifica si existe o no diferencia entre un contrato complementario y una modificación del contrato. Al contrario, afirma que la normativa sobre obras complementarias es de aplicación a las modificaciones contractuales. Efectúa, con ello, una clara identificación de las modificaciones contractuales como contrato nuevo.

Ante la inexistencia de regulación sobre modificaciones contractuales en las Directivas, la sentencia relaciona esta institución directamente con las adjudicaciones sin publicidad, y en particular con las obras complementarias. Con ello se desestima el argumento de España basado en que había cumplido lo dispuesto en los artículos 101 y 146 del TRLCAP, relativos a las modificaciones de los contratos de obras²³³.

El Tribunal critica que la legislación española permitiera en el TRLCAP la modificación por necesidades nuevas, afirmando que *“el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación”*.

La sentencia confirma la corrección financiera sobre la falta de acreditación de que existió imprevisibilidad en las modificaciones contractuales que España llevo a cabo. Aclara que solo podía modificarse el contrato si se

²³² Correspondientes a los apartados 109 y 110 de la STJUE de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta.

²³³*“54 Ante todo, debe subrayarse que las únicas excepciones lícitas a la aplicación de la Directiva 93/38 son las que están expresamente mencionadas en ella (...)*

55 En segundo término, según reiterada jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta. Los Estados miembros no pueden, so pena de privar a la Directiva 93/38 de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en la citada Directiva ni dotar a los supuestos expresamente previstos por ésta de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento (...)

56 Por último, un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (...)”.

cumple el requisito de la imprevisibilidad (lo que para la Comisión y el TJUE es equivalente a realizar una nueva adjudicación complementaria del contrato inicial).

Según la sentencia, no había imprevisibilidad en efectuar nuevas construcciones para evitar ruidos frente a los que los residentes en localidades cercanas efectuaron protestas (argumentando la sentencia que la diligencia aconsejaba haber puesto de manifiesto todas estas cuestiones antes de licitar el contrato²³⁴), o la insuficiente prueba de aumentos de mediciones sin realizar los controles técnicos oportunos (se presentaba un informe del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos para justificar desvíos de mediciones pero no se acreditaban el número y adecuación de los estudios realizados del terreno para redactar el proyecto). En el mismo sentido se pronuncia sobre los cambios producidos por las peticiones por parte de distintas Administraciones para modificar el proyecto, en función de los trastornos que éste podría causar al interés público, o de la aprobación de Planes Generales de Ordenación de diferentes municipios. Considera el Tribunal que España no aporta pruebas de que efectuó consultas ni obtuvo un consenso previo con los municipios afectados.

El Tribunal observa la falta de diligencia en la redacción del proyecto en la parte que atañe a la comprobación previa del estado del terreno. Frente a ello España había alegado que no podía conocer el estado del terreno hasta actuar en él. A tal fin aportaba una nota del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos que el Tribunal estimó insuficiente, porque no acreditaba qué estudios se hicieron del terreno en fase de proyecto.

El Reino de España mantuvo que las modificaciones no son sustanciales. Sin embargo, el Tribunal afirmó que las especificaciones técnicas que se modificaron no pueden considerarse accesorias, sino que revisten una importancia mayor, en la medida en que versan sobre la ejecución de obras importantes (ejecución de falsos túneles, de un viaducto, profundización de cimientos, refuerzo de las armaduras de los bloques técnicos, ampliación de las

²³⁴ Por ejemplo, se dice que aportó el Manifiesto de Poblet, pero el Tribunal observa que el mismo es anterior a la fecha de publicación y adjudicación del contrato.

obras de desagüe, etc.), sin que quepa que se alegue que la obra que se ha de ejecutar continúa siendo la inicialmente prevista, es decir, la línea de ferrocarril de alta velocidad, ni que las prestaciones objeto del contrato inicialmente celebrado se mantuvieron sin alteración esencial.

El Tribunal afirma que *“las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación del contrato cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (...)”*.

Alude claramente a la Sentencia Pressetext al afirmar que *“la modificación de un contrato público en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, una modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a obras inicialmente no previstas....Además, las especificaciones técnicas que se modificaron no pueden considerarse accesorias, sino que revisten una importancia mayor, en la medida en que versan, en particular, sobre la ejecución de falsos túneles y de un viaducto. Por tanto, el Reino de España no puede alegar que la obra que se ha de ejecutar continúa siendo la inicialmente prevista, es decir, la línea de ferrocarril de alta velocidad, ni que las prestaciones objeto del contrato inicialmente celebrado se mantuvieron sin alteración esencial”*.

Las sentencias desestiman todas las pretensiones del Reino de España, pero fueron objeto de recurso de casación (artículo 256.2 del TFUE) ante el TJUE que fue resuelto mediante sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2014 (Asuntos C-192/13 y T-235/11) que la anula, sobre la base no ya de la adecuación a Derecho de las modificaciones y contratos complementarios llevados a cabo, sino de la comisión de errores de Derecho por parte de la Comisión. Fundamentalmente que el Anexo II del Reglamento 1164 imponía un plazo de tres meses a la Comisión para adoptar la decisión de adoptar una

corrección financiera sobre las ayudas del Fondo de Cohesión que subvencionaban el contrato, sobre la base del principio de seguridad jurídica²³⁵.

5.7.- LA SENTENCIA DEL TJUE DE 8 DE MAYO DE 2014.

5.7.1.- Antecedentes.

La Sentencia del TJUE (Sala Quinta), *Idrodinamica Spurgo Velox srl y otros contra Acquedotto Pugliese SpA*, de 8 de mayo de 2014, asunto C-161/13, enjuicia una cuestión prejudicial planteada por el Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italia) sobre la decisión de Acquedotto Pugliese (empresa pública italiana) por la que se autorizaba la alteración subjetiva del contrato del servicio de tratamiento de las aguas residuales, de las obras de mantenimiento ordinario y extraordinario de la red de abastecimiento de agua y alcantarillado y de la realización de acometidas individuales y colocación de tramos de tuberías en las zonas de su ámbito territorial.

El contrato se adjudicó a una unión temporal de empresas que antes de formalizar el contrato, comunicó al poder adjudicador la separación de una de las empresas que componía la unión y su voluntad de continuarlo. El poder

²³⁵ “82 En consecuencia, ha lugar a considerar que, a partir del año 2000, la Comisión estaba obligada a respetar un plazo legal para adoptar una decisión de corrección financiera. (...)

86 Al contrario, como se deduce del considerando 5 del Reglamento nº 1265/99, el procedimiento que ha establecido el legislador de la Unión en materia de correcciones financieras se fundamenta en una cooperación entre el Estado miembro de que se trata y la Comisión, que ha de basarse en el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes. Ahora bien, en estas circunstancias sería contrario a este requisito de equilibrio de los derechos y las obligaciones de las partes que, en el marco de este procedimiento, el Estado miembro estuviera obligado a respetar determinados plazos, mientras que éste no sería el caso de la Comisión.

87 En efecto, según reiterada jurisprudencia el principio de cooperación leal no sólo obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho de la Unión, sino que impone también a las instituciones un deber recíproco de cooperación leal con los Estados miembros (véase, en este sentido, el auto *Zwartveld y otros*, C-2/88 IMM, EU:C:1990:315, apartado 10)”.

adjudicador autorizó esta modificación subjetiva mediante decisión de 28 de marzo de 2012, y el 17 de abril de 2012 se formalizó el contrato.

Idroinamica, licitadora clasificada en tercer lugar, interpuso un recurso ante el Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italia) *“contra los actos del procedimiento de adjudicación”* solicitando, entre otras cuestiones, la anulación de la autorización de separación de la empresa de la unión temporal.

El Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Italia) consideraba que debía inadmitirse el recurso por extemporaneidad, dado que había transcurrido el plazo establecido para recurrir la adjudicación, pero plantea la cuestión prejudicial al TJUE preguntándose acerca de si *“el objetivo de celeridad perseguido por las normas sobre el recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos no permite a los Estados miembros prescindir del principio de efectividad de la protección jurisdiccional, de acuerdo con el cual las normas de aplicación de los plazos de caducidad nacionales no deben hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos de los interesados al amparo del Derecho de la Unión”*.

Asimismo, el Tribunal italiano se cuestiona sobre el plazo para recurrir una adjudicación *“cuando una eventual irregularidad de procedimiento haya acaecido tras la adopción formal de una decisión de adjudicación definitiva”*.

Además, interroga al TJUE sobre *“si las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión pueden interpretarse en el sentido de que el plazo de caducidad para interponer recursos previsto por las normas nacionales empieza a correr a partir del momento en que el interesado conoce realmente o tiene la posibilidad de conocer, actuando con una diligencia normal, la existencia de una irregularidad, y no a partir de la fecha en la que se comunica la decisión de adjudicación definitiva del contrato”*. Con ello se alude claramente a la modificación del contrato. Se incide en la idea de que una irregularidad (modificado irregular) atañe al acto de adjudicación y se cuestiona sobre si debe existir un nuevo plazo de recurso²³⁶.

²³⁶ “1) ¿Deben interpretarse los artículos 1, 2 bis, 2 quater y 2 septies de la Directiva [92/13] en el sentido de que el plazo para interponer un recurso para que se declare la existencia de una infracción a la normativa en materia de adjudicación de contratos públicos,

5.7.2.- La legitimación de la recurrente.

Tanto la UTE adjudicataria, como el gobierno italiano consideraban que el recurso de Idroinamica debe ser inadmitido por falta de legitimación. Alegaban, que al dirigirse el recurso frente a la autorización de la composición de la UTE y no frente a la adjudicación, el único efecto sería la desaparición del contrato con la UTE en su composición reducida sin que la UTE originaria perdiese su condición de adjudicataria.

El Tribunal considera que existe interés directo por parte de la recurrente porque si el TJUE acepta que la decisión de reducir el número de empresas de la UTE es irregular podría anularse el acuerdo de adjudicación. Además, la recurrente alegaba que una de las empresas de la UTE debió ser excluida, lo que podría provocar, según el TJUE, el aumento de las posibilidades de que el contrato se adjudicara a la recurrente.

5.7.3.- Con los modificados se reabre el plazo de recurso frente a la adjudicación.

El TJUE pone de manifiesto que la modificación subjetiva del contrato se produjo después del plazo que el derecho italiano otorga para recurrir la adjudicación y que por ello, la recurrente no podía conocer esos hechos.

Considera que solo se garantiza la existencia de un recurso eficaz contra “*las disposiciones en materia de adjudicación de los contratos públicos*” si el

empieza a correr desde la fecha en la que el recurrente ha conocido o debería haber conocido, actuando con una diligencia normal, la existencia de la citada infracción?

2) *¿Se oponen los artículos 1, 2 bis, 2 quater y 2 septies de la Directiva [92/13] a disposiciones procesales nacionales o a interpretaciones, como las enunciadas en el asunto principal, que permiten al juez declarar inadmisibile un recurso para que se declare la existencia de una infracción a la normativa en materia de adjudicación de contratos públicos, cuando, por una conducta imputable a la entidad adjudicadora, el recurrente tuvo conocimiento de la infracción después de la comunicación formal de los elementos esenciales de la resolución de adjudicación definitiva?”.*

plazo comienza a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones²³⁷.

De esta argumentación se desprende que las modificaciones contractuales deben estar amparadas por las mismas garantías que protegen contra las adjudicaciones ilegales. A partir de esta sentencia puede afirmarse que existe una identidad, no sólo de fondo sino también de forma, en la consideración de la modificación del contrato como una adjudicación.

Por ello, considera que el principio de seguridad jurídica no se opone a reabrir el plazo de recurso en estas circunstancias:

“debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, apartados 38, 39, 42 y 43)”.

Concluye que *“el plazo de 30 días establecido por la normativa nacional para interponer recurso contra la decisión de adjudicación del contrato debe correr de nuevo para permitir comprobar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora por la que se autorizó la modificación de la composición de la unión adjudicataria, que puede incidir en la legalidad de la decisión de adjudicación del contrato. Dicho plazo empieza a correr a partir de la fecha en la que el licitador recibió la notificación de la decisión por la que se autorizaba la modificación de la composición de la unión adjudicataria o en la que tuvo conocimiento de la misma”.*

²³⁷ Se apoya para ello en la sentencia Uniplex (UK), EU:C:2010:45, apartado 32.

5.8.- OTROS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES DE INTERÉS.

5.8.1.- La STJUE de 22 de junio de 1993.

La STJUE de 22 de junio de 1993, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Dinamarca, asunto C-243/89, resuelve el recurso de incumplimiento planteado por la Comisión frente a dicho Estado.

El recurso se relaciona con la adjudicación de un contrato para la construcción del puente sobre el canal Oeste del Gran Belt adjudicado al European Storebælt Group, del que la Comisión cuestiona diversos aspectos, interesando aquí que las negociaciones con el grupo de empresas seleccionado tuvieron lugar en base a una proposición no ajustada al pliego de cláusulas administrativas particulares. Este segundo apartado es el que centra nuestro interés porque existió una modificación de las condiciones del contrato inicial con posterioridad a la licitación²³⁸.

La Comisión evidenció que la entidad contratante desarrolló negociaciones con la adjudicataria, conteniendo el contrato modificaciones respecto a los requisitos del anuncio de licitación en favor únicamente de dicho licitador, que había incumplido las prescripciones respecto del modo de presentar su oferta, siendo ello contrario al principio de igualdad de trato, porque la empresa debió ser excluida por tal motivo²³⁹. El Tribunal puso de

²³⁸ La Comisión consideró por ello que se habían los artículos 30, 48 y 59 del Tratado así como de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

²³⁹ En este sentido, las Conclusiones del Abogado General Sr. Tesouro manifestaban que *“las condiciones de licitación, tal como estaban fijadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (y en lo que importa para el presente caso en el apartado 3 del artículo 3), fueron modificadas en favor de un único licitador.(...)”*“En definitiva, se sigue de ello que las condiciones de concurrencia entre licitadores fueron así falseadas, de modo que el principio de igualdad de trato entre ellos fue violado. (...) en el marco de una licitación de contrato público, precisamente porque se trata de un procedimiento que llama a la concurrencia, será preciso necesariamente garantizar la igualdad de todos los participantes en dicho procedimiento: de no ser así, no se trataría de una licitación sino antes bien de una negociación ... privada. En suma, la igualdad de trato está en la base de toda regulación de los

manifiesto que si no existe igualdad en la presentación de ofertas no puede existir igualdad en las valoraciones²⁴⁰.

La nueva Directiva 2014/24 sobre contratación pública ha recogido la doctrina de esta sentencia en el Considerando 81. No se trata de un verdadero supuesto de modificación contractual sino de la variación de los pliegos de condiciones y sus efectos. Se pretende garantizar que los operadores económicos dispongan de suficiente tiempo para elaborar ofertas admisibles, lo que puede conllevar que los plazos fijados inicialmente tengan que prorrogarse, especialmente cuando se introducen cambios importantes.

La sentencia califica de sustanciales las que hubieran podido atraer otros candidatos:

“No obstante, es preciso aclarar que dichas modificaciones no deben ser tan sustanciales que hubieran podido permitir la admisión de otros candidatos que los inicialmente seleccionados o que hubieran podido atraer a otros participantes al procedimiento de contratación; de ser así, las modificaciones convertirían el contrato o el acuerdo marco en materialmente diferente en cuanto a carácter del inicialmente establecido en los pliegos de la contratación”.

5.8.2.- La STJUE de 5 de octubre de 2000.

La STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa (asunto C-337/98), tiene por objeto un recurso por incumplimiento. En él se sostiene que las autoridades francesas incumplieron las normas comunitarias que regulan la utilización de procedimientos negociados para la adjudicación de contratos por entidades que operan en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones en un caso concreto en que se siguió un procedimiento negociado sin convocatoria de licitación previa.

procedimientos de licitación de contratos públicos en la medida en que constituye su misma esencia”.

²⁴⁰ POULSEN, S. T., « The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure », op. cit., *Public Procurement Law Review*, 2012, Nº 32, p.176.

Se dilucidaba si era de aplicación de la Directiva 93/38 al caso, y en lo que afecta a las modificaciones contractuales la sentencia sirve para aclarar cuando estamos ante contratos sustancialmente diferentes. Ofrece pautas para conocer cuándo el objeto se altera sustancialmente, que sirven para conocer cuándo debe procederse a una nueva licitación.

Los hechos se refieren al contrato de ejecución integral de transporte público en el área metropolitana de Rennes (Francia). Este contrato se adjudicó inicialmente a una empresa y luego se revocó por haber quedado sin objeto. Lo cuestionado es que una vez revocada la adjudicación, no se acudió a un procedimiento de licitación público sino que se renegó el contrato con el adjudicatario inicial.

El asunto enjuiciado no se refiere directamente a las modificaciones de contratos en ejecución. Se refiere a cambios realizados durante la licitación y a la necesidad o no de licitar un contrato en condiciones sustancialmente distintas. Condiciones nuevas que hubieran supuesto la posible participación de otros candidatos que el seleccionado por el gobierno francés. Ello ocurre del mismo modo en las modificaciones contractuales, donde se licita por un procedimiento que se adjudica conforme al condicionado, pero que sin embargo, en ejecución se desnaturaliza porque se añaden aspectos, obras, nuevas especificaciones,... que dan lugar a un objeto distinto y como tal debieran conllevar un nuevo procedimiento de adjudicación.

El TJUE anuló la adjudicación y consideró que si se hubieran llevado a cabo las negociaciones después de la entrada en la Directiva 93/38²⁴¹, al ser las condiciones contractuales sustancialmente diferentes a las iniciales, existiría una alteración sustancial del contrato inicial por la intención de las partes de renegociar las condiciones esenciales del contrato.

²⁴¹ DISCHENDORFER, M.; «The Scope of Application of the E.C. Procurement Directives Rationae Temporis», *Public Procurement Law Review*, 2001, pp.20 –23; DI COMITE, V.: «Sull'applicabilità nel tempo delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 334-339.

5.8.3.- La STJUE de 13 de enero de 2005.

La Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005, Comisión Europea contra España (asunto C-84/03), enjuicia el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión en el que se solicita que se declare por el TJUE que España no ha incorporado adecuadamente la Directiva 93/36/CEE y la Directiva 93/37/CEE, al permitir que se recurra al procedimiento negociado en dos casos no contemplados por las mencionadas Directivas²⁴².

Lo que se cuestiona es la posibilidad prevista en el TRLCAP de permitir el aumento del precio base de licitación hasta un 10% respecto del procedimiento abierto o restringido previo. La Comisión considera que con ello se está permitiendo *“una modificación sustancial de una de las condiciones originales del contrato: el precio”*.

La Comisión alega que la enumeración de los supuestos en los que cabe recurrir al procedimiento negociado tiene carácter taxativo. Concluye de ello que la interpretación del concepto de «modificación no sustancial» debe ser restrictiva.

Esta sentencia tiene como relevante la determinación de que un aumento del 10% del precio es sustancial, y que en consecuencia no cabe alterar el precio conforme preveía el TRLCAP.

Ello podría tener influencia a la hora de decidir si una modificación de contrato puede superar ese importe de alteración. De hecho, la limitación actualmente existente para las modificaciones de contrato no previstas en el contrato es del 10% y podría pensarse que el basamento está en esta sentencia. Sin embargo, no considero que sea así, como han puesto de manifiesto las nuevas directivas que mantienen el límite de alteración del contrato inicial del 50%.

²⁴² Analizan esta sentencia BERNAL BLAY, M.A. «Acerca de la transposición de la Directivas comunitarias sobre contratación pública», *Revista de Administración Pública*, 2005, Nº 168, pp.167-185, y DE FALCO, V., « Gliappalti pubblici in Spagna e le dissonanze con l'ordinamento comunitario alla luce del principio giurisprudenziale dell' effettoutile», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, pp .829-833.

5.8.4.- La STJUE de 13 de septiembre de 2007.

La STJUE de 13 de septiembre de 2007, Comisión contra Italia (asunto C-260/04), resuelve un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea relacionado con la renovación de 329 licencias de apuestas hípcas sin licitación previa en 1999, por las autoridades italianas. El acto controvertido es la adopción mediante un Decreto ministerial de un aumento de 329 a 1.000 en el número de casas de apuestas en Italia.

La Comisión solicitaba que se declarase que Italia infringió los requisitos de transparencia y publicidad derivados de las disposiciones del Tratado sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y el TJUE estimó la petición y condenó a Italia por el incumplimiento.

La sentencia es relevante porque se aplican los principios rectores de la contratación pública a negocios no cubiertos directamente por la Directiva²⁴³ y especialmente por el estudio del empleo del procedimiento de otorgamiento de licencias sin licitación que conllevaron la concesión de prórrogas no previstas en el contrato. El Tribunal concluyó que el otorgamiento de estas prórrogas no previstas supone una modificación esencial del contrato²⁴⁴.

²⁴³ Véase al respecto las Conclusiones del Abogado General Sra. E. Sharpston presentadas el 29 de marzo de 2007.

²⁴⁴ Puede verse un estudio de esta sentencia en GALLEGO CÓRCOLES, I, «¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?» *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 110, Julio, 2011. Los apartados 24 y 25 de la sentencia analizada son ilustrativos de todo ello “24 (...) los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, (...) una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Telaustria* y *Telefonadress*, apartados 61 y 62, y *Parking Brixen*, apartado 49). (...) 25 (...) la ausencia absoluta de licitación a efectos de la adjudicación de las concesiones para la gestión de las apuestas hípcas (...) viola el principio general de transparencia, así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado. En efecto, la renovación de las 329 antiguas

El Tribunal concluía que, sólo si existe una normativa que se justifica en “*un interés esencial en el sentido de los artículos 45 CE y 46 CE o a una exigencia imperiosa de interés general consagrada por la jurisprudencia y, por otro lado, que dicha normativa es conforme al principio de proporcionalidad*”, cabe excepcionar los principios de publicidad y transparencia.

Estos conceptos tienen buena cabida dentro de los presupuestos para modificar un contrato. Especialmente el de “*exigencia imperiosa de interés general*”, a través del cual se pone de relieve el carácter inaplazable y, en definitiva, obligatorio de las modificaciones contractuales. Se trataría de uno de los requisitos que habría que entender aplicables al régimen de modificaciones contractuales como es su necesidad imperiosa. Esto es tanto como decir que no cabrá una modificación contractual si el contrato puede ser ejecutado en sus términos aunque con inconvenientes. La exigencia inaplazable o imperiosa es un paso más. Comporta que ante la falta de adopción de la medida el contrato no pueda continuar.

5.8.5.- La STJUE de 4 de junio de 2009.

La STJUE de 4 de junio de 2009, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica (asunto C-250/07), resuelve un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea sobre la adjudicación de un contrato público en relación con una central eléctrica en la isla de Creta. La Comisión sostiene que al no publicar un anuncio de licitación y no motivar el rechazo de la oferta de uno de los licitadores en tiempo oportuno, la entidad adjudicadora ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/38/CEE.

En lo que afecta al estudio de las modificaciones contractuales, se trata de un supuesto en que interesa apreciar si el nuevo procedimiento adjudicado era sustancialmente distinto al inicial.

La empresa pública de energía eléctrica de Grecia publicó un anuncio de licitación para la compra e instalación de dos unidades de producción de

concesiones sin licitación impide que dichas concesiones estén sometidas a la competencia y al control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación”.

energía eléctrica para una central que paralizó por que las ofertas incumplían el condicionado. Publicó un nuevo anuncio similar y las ofertas también fueron excluidas. Más tarde, sin publicar un nuevo anuncio de licitación dirigió un escrito a los cinco licitadores que habían participado en la segunda licitación solicitando que presentaran sus ofertas económicas finales en las que debían corregir cualesquiera discrepancias, en particular las de carácter técnico, entre sus ofertas anteriores y las especificaciones del proyecto.

Ante la denuncia de un licitador excluido del proceso la Comisión interpuso un recurso de incumplimiento por considerar que se vulneraba, en lo que aquí interesa, el artículo 20, apartado 2, letra a), relativo a la utilización de un procedimiento de adjudicación sin convocatoria de licitación previa de la Directiva 93/38. La Comisión consideraba que había existido una modificación sustancial en el tercer anuncio de licitación respecto del segundo que impedía hacer uso del procedimiento negociado sin publicidad²⁴⁵.

El Abogado General Sr. Poiares Maduro avaló el argumento de la Comisión de que existió una *“una modificación sustancial de los términos originales”*.

Sin embargo, el TJUE no consideró probado que en el tercer procedimiento de licitación la entidad adjudicadora hubiera modificado sustancialmente las condiciones del contrato, por lo que algunas ofertas se convirtieron en irregulares.

²⁴⁵ *“De la formulación del segundo anuncio de licitación se desprende que, si bien no se autorizaban diferencias comerciales y económicas con el anuncio de licitación, las diferencias técnicas debidas a particularidades de construcción o a particularidades técnicas del equipo presentado eran, en determinadas circunstancias, aceptables sin que su corrección conllevara un perjuicio económico para el licitador. Por el contrario, del escrito de 14 de diciembre resulta que, en el tercer procedimiento de licitación los participantes tenían que corregir todas las diferencias y cargar con el coste de dicha corrección. Además, para garantizar el cumplimiento de dicho requisito, los participantes tenían que firmar una declaración jurada relativa a la corrección de las diferencias técnicas contenidas en sus ofertas. Dicha modificación de las condiciones del contrato convirtió en irregulares las ofertas de determinados licitadores a los efectos de ese tercer procedimiento mientras que hubieran sido válidas en el segundo procedimiento”*.

El TJUE alude como elemento determinante para conocer si existe o no alteración sustancial a la Sentencia del TJUE Pressetext. Señala que hubiera existido cambio sustancial de haber permitido *“considerar adecuadas las ofertas presentadas en el marco del procedimiento con publicación previa o hubiera permitido presentar ofertas a licitadores distintos de los participantes en el procedimiento inicial”*.

La sentencia aborda también el criterio de imprevisibilidad requerido para modificar un contrato. Emplea el concepto de *“inesperado”* y de *“hechos imprevisibles”*:

“En segundo lugar, por lo que respecta al artículo 20, apartado 2, letra d), de la Directiva 93/38, disposición en la que, según la Comisión, la entidad adjudicadora se basó para justificar su recurso al procedimiento de licitación sin convocatoria previa, la Comisión recuerda que la aplicación de dicha disposición está supeditada a la existencia de una «razón de extrema urgencia resultante de hechos imprevisibles para las entidades contratantes». Ahora bien, en el caso de autos, la entidad adjudicadora no ha demostrado la existencia de tal razón de extrema urgencia ni de hechos imprevisibles. A este respecto, la Comisión señala en particular que no cabe considerar que los hechos de que el momento de integración e instalación de las unidades se conociera antes de la publicación de la primera convocatoria de licitación, de que el incremento en las necesidades de electricidad en la isla de Creta no fuera inesperado y de que se hubieran retirado dos procedimientos constituyan hechos imprevisibles para la entidad adjudicadora” (apartado 23).

Pese a todo, el Tribunal sólo condenó a la República Helénica al haberse retrasado, sin que existiera justificación, en dar respuesta a la solicitud de un licitador mediante la que éste pedía que se precisasen las razones del rechazo de su oferta, pero desestimó el recurso en todo lo demás.

5.8.6.- La STJUE de 15 de octubre de 2009.

La STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset (asunto C-196/08), resuelve una petición de decisión prejudicial remitida por el Tribunal Administrativo Regional de Sicilia en relación con el procedimiento de licitación para la selección del socio privado minoritario en la sociedad de economía

mixta adjudicataria directa del servicio integrado de aguas en Ragusa (Italia). En esta sentencia el Tribunal de Justicia analiza el régimen jurídico de los mecanismos de colaboración público-privada, en el ámbito de la gestión de los servicios públicos, y su compatibilidad con los artículos 43 TCE, 49 TCE y 86 TCE. En lo que afecta a la modificación del contrato destaca la definición del concepto de alteración sustancial.

La STJUE pone el acento en que las libertades fundamentales del Tratado *“reivindican que la transparencia y la interdicción de la discriminación se prevengan al tiempo de la licitación pública del socio privado de la entidad, cuyo destino, sin perjuicio de algunas alteraciones no sustanciales, queda ligado a la gestión del servicio, correspondiendo a la sociedad mixta la titularidad formal de esa atribución y a la empresa privada la operacional”*²⁴⁶.

Aborda la consecuencia de que una modificación sustancial del contrato exige la necesidad de proceder a una nueva licitación y, con cita de la sentencia *Pressetext* considera necesario que *“una sociedad de capital mixto, público y privado, como la que se contempla el litigio principal, debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo que dure la concesión, y que toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación”*²⁴⁷.

²⁴⁶ Las Conclusiones del Abogado General Sr. Dámaso Ruiz - Jarabo Colomer presentadas no tratan el tema que interesa sino que se ciñen a pronunciarse sobre la posibilidad de atribución directa de un servicio público que entrañe la realización previa de unas obras a una sociedad de economía mixta constituida específicamente para ese fin.

²⁴⁷ Es de interés traer aquí a colación la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02). Según la Comisión, el principio de transparencia impone que se indique claramente en la documentación del anuncio de licitación las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la entidad de capital mixto, e indicar las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones. La información así ofrecida debe ser lo bastante detallada para garantizar una apertura a la competencia equitativa y eficaz. Cualquier modificación de los términos esenciales del contrato que no se haya previsto en el pliego de condiciones exige un nuevo procedimiento de licitación.

El TJUE considera que un término es esencial, en particular, cuando se trata de una estipulación que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta.

Cita como ejemplo de términos esenciales del contrato, el objeto de las obras o los servicios que ha de prestar el adjudicatario, o los cánones impuestos a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario. Recuerda, asimismo, que por lo que se refiere a los contratos públicos enteramente cubiertos por las directivas y las concesiones de obras, el Derecho derivado especifica las situaciones excepcionales en las que está permitida la adjudicación directa y sin apertura a la competencia de obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto inicialmente considerado.

5.8.7.- La STJUE de 29 de abril de 2010.

La STJUE de 29 de abril de 2010, Comisión Europea contra República Federal de Alemania (asunto C-160/08), enjuicia el recurso por incumplimiento al no publicar la República Federal de Alemania ningún anuncio de los contratos adjudicados y al adjudicar contratos de servicios en el ámbito del servicio público de socorro sin licitación pública y de forma no transparente.

La Comisión argumentaba que la adjudicación de contrato por el distrito de Uelzen (Baja Sajonia) fue modificada sustancialmente, lo que constituye “*una nueva adjudicación*”. Ello conllevaba, según la Comisión, el incumplimiento del artículo 16 la Directiva 92/50. Alegaba, también, que en el marco de esta nueva adjudicación se vulneraron el principio de no discriminación y la obligación de transparencia inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

En su defensa, Alemania contrapuso sin éxito que la modificación del contrato se debió a que el distrito de Uelzen había adjudicado a la asociación de municipios de Bevensen los servicios de socorro en la demarcación y que más tarde, con motivo de la transmisión de la empresa, otra entidad pública asumió la prestación de todos los servicios de socorro que habían sido encomendados a esta asociación, existiendo una subrogación en la posición de contratista.

La ampliación del objeto del contrato representó alrededor de un 25% de la superficie total del distrito y un incremento del valor del contrato en un porcentaje no inferior al 15 %, lo que para Alemania constituían ampliaciones no tan esenciales como para considerarse un nuevo contrato.

La Abogado General Sra. Verica Trstenjak enfatizó en la doctrina fijada por la sentencia *Pressetext* como parámetro de control para conocer qué modificaciones de un contrato existente constituyen una nueva adjudicación. En particular, afirmó que son aquellas que *“presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato y cuando la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos”*. Por tanto, ampliar un 25% la superficie a mantener y un 15% el precio del contrato debe considerarse esencial, por lo tanto, estas actuaciones *“constituyeron una nueva adjudicación de los servicios públicos de socorro en todo el distrito”*.

La STJUE estimó el recurso, avalando las manifestaciones de la Comisión y de la Abogado General. Consideró sustanciales las modificaciones contractuales llevadas a cabo, concluyendo que, en consecuencia, se había producido una nueva adjudicación del contrato sin respetar el Derecho de la Unión relativo a los contratos públicos.

5.8.8.- La STJUE de 27 de octubre de 2011.

La STJUE de 27 de octubre de 2011, resuelve un recurso de incumplimiento de la Comisión Europea contra la República Helénica (asunto C-601/10), a quien condena por haber adjudicado una serie de trabajos complementarios en el marco del contrato de registro en el catastro y de trazado urbanístico, no incluidos en el contrato inicial.

La Comisión alegaba que no existieron circunstancias imprevistas que motivaran acudir a la adjudicación de contratos complementarios a favor del adjudicatario inicial; y que no quedaba acreditado que los nuevos trabajos no pudieran ser contratados mediante un procedimiento ordinario con la publicidad debida.

La STJUE afirma la necesidad de prever en el condicionado las necesidades correspondientes a los nuevos servicios adicionales. Afirmó que si no era posible estimar o determinar con precisión el objeto físico y el alcance de los nuevos trabajos en el contrato original lo apropiado sería adjudicar los servicios adicionales mediante contratos separados, para respetar los principios de igualdad de trato y transparencia.

5.8.9.- La STJUE de 5 de diciembre de 2013.

La Sentencia del TJUE de 5 de diciembre de 2013, Nordecon (asunto C-561/12). La Riigikohus, tribunal nacional, planteó una cuestión prejudicial en relación con un contrato de un procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación titulado *“Concepción y construcción del tramo de carretera Aruvalla-Kose de la E263”*. Entre otras cuestiones, preguntaba al TJUE si es posible negociar con licitadores que no reúnen los requisitos establecidos en las especificaciones técnicas obligatorias del contrato; y en caso afirmativo, si *“¿debe interpretarse el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2004/18 en el sentido de que es contraria a dicha disposición una norma que prohíbe modificar los requisitos obligatorios de las especificaciones técnicas durante las negociaciones posteriores a la apertura de las ofertas?”*.

La STJUE recuerda que las entidades adjudicadoras deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia.

Conviene traer aquí a colación esta sentencia porque en ella se pone de manifiesto la necesidad de rechazar la oferta que proponía una solución alternativa no permitida por el anuncio de licitación y que proscribía una negociación en contra de prescripciones que figuraban de forma clara y precisa en el condicionado.

En lo que atañe a las modificaciones contractuales podemos extraer la misma conclusión. Si las previsiones de modificación son claras se puede modificar el contrato. En otro caso, en principio no cabrá introducir modificaciones. Sería equivalente a admitir alternativas no previstas en la licitación inicial.

Si los principios de igualdad de trato y transparencia son transversales y no solo se aplican a la fase de adjudicación, la consecuencia de una modificación de contrato, debe ser la imposibilidad de adopción de la misma.

5.9.- EL TRASLADO DE LA DOCTRINA DEL TJUE A LAS NUEVAS DIRECTIVAS.

De la jurisprudencia analizada se pone de relieve la importancia del principio de transparencia, como principio fundamental rector de la contratación pública, entendido en el sentido de que el poder adjudicador tiene el deber de garantizar que la prestación ejecutada coincide con las condiciones pactadas en el contrato originario.

El pronunciamiento más relevante tiene lugar por la sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Cas Succhi di Frutta. Exige que si se desean alterar las condiciones iniciales deben figurar en el contrato inicial para permitir que los licitadores razonablemente informados presenten una oferta conociendo el objeto del contrato cierto y sus posibilidades. De otro modo realizar una oferta certera es imposible. Consiente sólo las modificaciones no previstas en el condicionado cuando sean imprevisibles para un poder adjudicador diligente y no sean sustanciales.

Además la imprevisibilidad no debe ser imputable al órgano de contratación. Sólo es imprevisible aquello que un poder adjudicador diligente no pudo prever conforme las buenas prácticas establecidas al efecto (STGUE de 31 de enero de 2013).

La alteración sustancial tiene lugar cuando la intención de las partes es renegociar el contrato, incluyendo el cambio de subcontratista, como pusieron de relieve las SSTJUE de 19 de junio de 2008, Pressetext , de 13 de abril de 2010, Wall, de 29 de abril de 2010, de 13 de septiembre de 2007, o de 4 de junio de 2009.

El principio de transparencia, junto con el de igualdad de trato, impiden que se renegocien las condiciones iniciales del contrato sólo con uno de los candidatos cuando lo procedente es acudir a un nuevo procedimiento de licitación independiente, como ponen de relieve las SSTJUE de 22 de junio de 1993, de 13 de enero de 2005, o de 5 de octubre de 2000.

Además, la STJUE de 8 de mayo de 2014 pone de manifiesto que a los efectos de recurso una modificación del contrato es una nueva adjudicación.

La jurisprudencia europea sentó las bases de la futura regulación de la Unión Europea. Ello hasta el punto que las nuevas directivas al regular las modificaciones contractuales debieran haber compendiado toda la doctrina existente sin mayores innovaciones. Pero como he adelantado, ello no fue así. Las innovaciones introducidas en las nuevas directivas desvirtúan la doctrina hasta entonces existente en la materia.

6.- ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS.

6.1.- REQUERIMIENTOS DE LA COMISION A LOS ESTADOS. EN PARTICULAR REQUERIMIENTO A ESPAÑA.

Tras el dictado de la tercera generación de Directivas la Comisión Europea vislumbraba que las modificaciones del contrato eran un problema. Ante la falta de regulación al respecto, la vía de actuación fue llevar a cabo un único recurso de incumplimiento contra un estado, España, para que modificara su legislación sobre modificaciones contractuales. No obstante, el gran impacto en esta materia provino de las correcciones financieras que se practicaron respecto de contratos subvencionados mediante el Fondo de Cohesión – el ejemplo más cercano es la corrección financiera de más de 33 millones de euros en las obras de construcción del AVE –.

Sin perjuicio de esta loable intención, sorprende que solo España fuera el receptor de estos requerimientos. De los datos facilitados por los servicios jurídicos de la Comisión Europea para este trabajo no consta que ésta haya cuestionado la legislación de ningún otro Estado europeo que no sea España.

En todos los supuestos estudiados lo más que se observa es que la Comisión cuestiona la aplicación de los criterios de imprevisibilidad a contratos concretos o la aplicación del principio de transparencia e igualdad en la contratación, pero no combate directamente la legislación en materia de modificaciones contractuales (SSTJUE de 22 de junio de 1993, contra Dinamarca, de 5 de octubre de 2000, contra Francia, de 13 de septiembre de

2007, contra Italia, de 29 de abril de 2010, contra Alemania, y de 27 de octubre de 2001, contra República Helénica).

La Comisión abrió un procedimiento de infracción a España el 27 de noviembre de 2008. En esta fecha la Comisión Europea remitió un dictamen motivado a España en relación con las normas contenidas en la LCSP sobre la modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación (en su primera versión).

La Comisión consideraba que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación no está en consonancia con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE sobre contratos públicos y de los artículos 12, 43 y 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

El argumento empleado por la Comisión fue la vulneración de los principios rectores de la contratación pública. La Comisión se refiere a los principios rectores para controlar la legislación de los Estados en materia de contratación pública, ante la inexistente regulación al respecto en las Directivas vigentes en dicho momento. Afirmaba que existía incompatibilidad de diversos artículos de la LCSP, con los artículos 10 y 40 de la Directiva 2004/17/CE, y con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia que se derivan del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE y de los artículos 12, 43 y 49 del TCE.

España se apoyaba en que las directivas de contratación pública no se aplican a la fase de ejecución del contrato; que las normas de la Unión Europea sobre modificaciones de los contratos se derivan de los principios del TCE y no de los principios de la Directiva 2004/18/CE; que el *ius variandi* de la Administración Pública es una característica esencial del contrato administrativo; que el recurso a disposiciones sobre obras o servicios complementarios no puede ser una alternativa adecuada para tratar los aspectos que el régimen de modificaciones se propone abordar; que el concepto de causas imprevistas recogido en el artículo 202.1 de la LCSP estaba fuera del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública de la Unión Europea ya que se añade a los requisitos de la sentencia *Succhi di Frutta*; que el concepto de condiciones esenciales del contrato mencionado en

el párrafo primero del artículo 202.1 de la LCPS se refiere, al menos, a “*condiciones esenciales de la adjudicación*” que la interpretación por la Comisión del artículo 202.2 de la LCSP es contraria a su redacción literal; que el párrafo primero del artículo 202.1 *in fine* impide que las modificaciones introducidas después de la adjudicación afecten a las condiciones esenciales del contrato y que el régimen de modificaciones previsto en la Ley 30/2007 no se extiende a los contratos regulados por la Ley 31/2007, entre otras.

Sin embargo, la Comisión persistió en la incompatibilidad del régimen normativo español con apoyo en la jurisprudencia del TJUE en la materia para salvaguardar el principio de igualdad de trato entre los licitadores y el principio de transparencia.

En su opinión, las “*causas imprevistas*” contempladas en el artículo 202.1 de la LCSP no sólo incluían las circunstancias de carácter imprevisible, como los desastres o catástrofes naturales o provocados por el hombre (fuerza mayor), sino también las circunstancias que los poderes adjudicadores no hayan previsto en el momento de la adjudicación del contrato. Sin embargo, al evaluar estas últimas, debe tenerse en cuenta lo que un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto.

Las “*condiciones esenciales del contrato*” mencionadas en el artículo 202.1, por su parte, deberían comprender, aunque no limitarse a ello, el objeto de la licitación, los criterios de selección y adjudicación, y cualquier otra cláusula que, de haberse incluido en el procedimiento de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta.

Afirmaba igualmente que “*las modificaciones del contrato deben atenerse a las condición esenciales para su adjudicación y no, como se establece erróneamente en el artículo 202.1, párrafo primero, de la LCSP, a las condiciones del contrato (véase la sentencia Succhi di Frutta, apartados. 116-118). La Comisión desea poner de relieve que las condiciones esenciales del contrato pueden diferir de las condiciones esenciales para la adjudicación del contrato, en concreto si se han producido irregularidades durante el procedimiento de adjudicación*”.

Por otra parte, respecto del párrafo segundo del artículo 202.1 de la LCSP, la Comisión sostenía que “*la ampliación del objeto del contrato, aun en*

el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación”.

Sobre las posibilidades que la LCSP ofrecía para modificar los contratos, la Comisión señalaba que *“estas disposiciones otorgan a los poderes adjudicadores una facultad ilimitada para modificar los contratos celebrados, sin restricción alguna del valor de las modificaciones y con independencia de que las modificaciones alteren o no sustancialmente el objeto del contrato o cualquier otra de las condiciones esenciales de la adjudicación del contrato”.* En este sentido admitía que las modificaciones pueden representar el 50%, el 100% o, incluso, un tanto por ciento superior del precio del contrato inicial.

La Comisión cuestionaba, también, la remisión que se hacía a la posibilidad de adjudicar mediante el mecanismo de las obras complementarias los modificados que no tuvieran cabida por no reunir los requisitos señalados en la LCSP. Consideraba que se estaba creando un nuevo supuesto de procedimiento negociado sin publicidad no regula en la Directiva 2004/18/CE, para ello se apoyaba en la STJUE de 13 de enero de 2005.

Estas afirmaciones las realiza la Comisión para todos los contratos. Para las concesiones llama la atención la apreciación por la Comisión de un nuevo riesgo: que una concesión se transforme en un contrato de obras por efecto de las modificaciones contractuales:

“Además en aquellos casos en que el riesgo inherente a la explotación de la obra esté vinculado a la amortización de los correspondientes activos, que el concesionario ha financiado, la prórroga del plazo concesional puede incidir en el riesgo asumido por el concesionario y alterar la consideración del contrato, que de contrato de concesión de obra pasaría a contrato de obras”.

La Comisión concluía que la Directiva 2004/18/CE no prohíbe a los Estados miembros regular las modificaciones de los contratos dentro de su contexto nacional particular, ni tampoco les impide proteger los derechos e intereses de los adjudicatarios y de la propia Administración. Pero matizaba que esa regulación debe ajustarse plenamente a las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE y especialmente a los principios que se consagran en el

TCE, en la interpretación que se hace en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En particular, entendía que solo cabe modificar el contrato cuando se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes: 1) que la modificación no afecte a ninguna condición esencial o importante de la licitación; o 2) que la posibilidad de aportar una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación.

Este dictamen motivado fue retirado por la Comisión con fecha 6 de abril de 2011 a raíz del dictado de la LES que modificó la LCSP profundamente en materia de modificaciones contractuales.

Sin perjuicio de ello, nuevamente, los Servicios de la Comisión Europea se dirigieron a España exponiendo la situación que apreciaban en relación con la interpretación que consideran procedente del nuevo régimen de modificaciones de los contratos públicos que se contiene dentro del actual artículo 107 del TRLCSP e instaba a la realización de precisiones para la interpretación correcta.

La regulación de este precepto encuentra su origen dentro de la disposición final decimosexta de la LES, que reformaba el régimen de las modificaciones de los contratos públicos contenido en el artículo 92 *quater* de la LCSP. El precepto obedece a la regulación de las modificaciones imprevistas en el condicionado y obligó a que la JCCA emitiera una Recomendación – no incorporada al TRLCSP pese a sus muchas modificaciones legislativas –.

La Recomendación de 1 de marzo de 2012 fue publicitada mediante Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado²⁴⁸. Su finalidad es recoger el modo en que deben ser aplicados algunos aspectos del régimen legal de las modificaciones contractuales conforme a la doctrina del TJUE en materia de modificación de contratos.

Sobre los errores u omisiones de proyecto señala que solo cabe modificar el contrato por ellos cuando no fuesen previsibles con anterioridad a la adjudicación del contrato, y siempre que se haya respetado la diligencia

²⁴⁸ Ver BOE Nº 86 de 10 de abril de 2012.

requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas. Diligencia que también debe acreditarse cuando la causa del modificado es un cambio normativo, cuando su condición de poder adjudicador recae en quien además tiene la facultad de dictar dichas normas.

Se refiere también al hecho de que existan modificaciones que no superen el 10% aclarando que pueden ser también modificaciones esenciales.

Concluye que las modificaciones deben limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

6.2.- LIBRO VERDE SOBRE LA MODERNIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “*Acta Del Mercado Único Doce Prioridades Para estimular el crecimiento y reforzar la confianza «Juntos por un nuevo crecimiento»*” incluía en su apartado 2.12 la necesidad de una revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos “*para llegar a una política equilibrada que preste su apoyo a una demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos del medio ambiente, socialmente responsables e innovadores*”. Entre sus objetivos se encontraban la simplificación de procedimientos de adjudicación, la necesaria regulación de las concesiones o la facilitación de la participación en contratos públicos a las PYMES y empresas sociales. Ni una referencia a la ejecución del contrato ni por lo tanto a las modificaciones contractuales. Terminaba el documento afirmando, entre otras cuestiones, que en el cuarto trimestre debería llevarse a cabo la revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos.

El 27 de enero de 2011 se publicó el “*El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente*”, COM (2011) 15

final²⁴⁹. Con él lanzó una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que se podrían introducir para facilitar y agilizar la adquisición y permitir un mejor uso de la contratación pública en apoyo de otras políticas. Examinó de forma expresa, y por primera vez, con carácter general, la materia de las modificaciones contractuales.²⁵⁰

Como punto de partida, el Libro Verde reconoce que *“las Directivas actuales no regulan la ejecución del contrato”* pero enfatiza en que *“algunos problemas que pueden plantearse durante la fase de ejecución pueden afectar gravemente a la no discriminación entre licitadores y a la solidez de la contratación pública en general”*.

²⁴⁹ Un análisis certero de los fundamentos del Libro Verde pueden verse en LÓPEZ IBOR MAYOR, V., «Contratación Pública: una reflexión europea», *Observatorio de Contratación Pública*, 18 de octubre de 2011, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.27/chk.be988a6f65e63884ef11c642226aa625> ; COLÓN DE CARVAJAL, B., «Hacia una nueva Directiva de Contratos Públicos», Mayo 2012, *Noticias Jurídicas*. http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/20120511-hacia_una_nueva_directiva_de_contratacion_publica.html

²⁵⁰ Pregunta 39. ¿Deberían las Directivas sobre contratación pública regular la cuestión de las modificaciones sustanciales de un contrato durante su período de validez? En tal caso, ¿qué elementos de aclaración propondría?

Pregunta 40. Cuando deba organizarse un nuevo procedimiento de licitación a raíz de la modificación de una o más condiciones esenciales, ¿estaría justificada la aplicación de un procedimiento más flexible? ¿De qué procedimiento podría tratarse?

Pregunta 41. ¿Piensa que disponer de normas de la UE sobre los cambios en el contexto de la ejecución de los contratos aportaría un valor añadido? En tal caso, ¿cuál sería el valor añadido de unas normas al nivel de la UE? En particular, ¿deberían las normas de la UE disponer explícitamente la obligación o el derecho de los poderes adjudicadores de cambiar de proveedor/poner término al contrato en determinadas circunstancias? En caso afirmativo, ¿en qué circunstancias? ¿Debería la UE establecer también procedimientos específicos sobre cómo se debe o se puede elegir al nuevo proveedor?

Pregunta 42. ¿Está de acuerdo en que las Directivas de la UE sobre contratación pública deben exigir a los Estados miembros que prevean en su legislación nacional el derecho a cancelar contratos cuya adjudicación haya infringido la legislación sobre contratación pública?

Califica a las modificaciones contractuales como *“una cuestión particularmente compleja”*. Apela a la jurisprudencia del TJUE para definir su línea principal de su concepción: *“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”*²⁵¹.

Concreta qué modificaciones son sustanciales con apoyo en dicha jurisprudencia. Identifica como tales aquellas que *“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”* (apartados 35 – 37).

Considera necesario consultar sobre esta materia porque a algunos poderes adjudicadores no les queda suficientemente claro cuándo una modificación requiere un nuevo procedimiento de adjudicación. Por eso interroga sobre si *“hace falta una aclaración jurídica al nivel de la UE para establecer las condiciones en las que la modificación de un contrato exige un nuevo procedimiento de adjudicación”*. Además, pregunta si sería posible proporcionar un procedimiento de contratación más sencillo para el caso de que se precisara una licitación. Afirma expresamente que *“en el artículo 31, apartado 4, de la Directiva 2004/18/CE, se ofrece ya una solución para algunos cambios específicos, al permitirse la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación para la ejecución de obras o servicios adicionales en determinadas circunstancias”*. La principal idea es que un modificado es un nuevo contrato sin publicidad.

Aborda con especial importancia la modificación de sujeto contratista como modificación sustancial y sus efectos en clara referencia a la STJUE Pressetext²⁵².

²⁵¹ SSTJUE de 5 de octubre de 2000, asunto C-337/98, Comisión/Francia, apartados 44 y 46; de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur, apartados 34-37; y de 13.4.2010 en el asunto C-91/08, Wall AG, apartado 37.

²⁵² Afirma que *“la sustitución por un nuevo socio contractual de aquel al que el poder adjudicador había adjudicado inicialmente el contrato constituye una modificación sustancial, y*

Sobre la alteración subjetiva se plantea si es necesario un instrumento jurídico que ayude los poderes adjudicadores a tratar de manera adecuada estas situaciones, *“por ejemplo, el derecho de los poderes adjudicadores de poner fin al contrato en caso de cambios importantes relacionados con el contratista, o un nuevo procedimiento simplificado para sustituir al antiguo contratista en esos casos”*. Dentro del mismo apartado incluye las modificaciones del subcontratista incluido inicialmente en la oferta en clara referencia a la STJUE Wall.

Esta consulta pública obtuvo multitud de respuestas²⁵³, aunque la gran mayoría de los consultados no respondió a las preguntas relacionadas con las modificaciones contractuales. Sin embargo, del examen de aquellos que respondieron puede concluirse la necesidad de que las Directivas regulen las modificaciones contractuales, si bien no existía consenso entre los consultados sobre algunas cuestiones²⁵⁴.

Un buen número de consultados afirmó que no procedía llevar a cabo una regulación de las modificaciones contractuales, fundamentalmente porque la regulación de las derogadas directivas ya incluía una regulación suficiente. Entre ellos, destaca Portugal, que afirmaba que el ámbito de las Directivas debía seguir siendo la licitación y la adjudicación. En el mismo sentido la ciudad de Gotemburgo (Suecia) o la ciudad de Glasglow (Escocia, Reino Unido) consideraban que la Directiva no debía regular aspectos de la ejecución del contrato. La Commission belge des marches publics justificaba la innecesariedad de regulación al preverse ya una limitación en el artículo 31 de la Directiva 2004/18 para los contratos complementarios. La Ireland – National

exige por tanto una nueva adjudicación, a menos que esa sustitución estuviera prevista en las condiciones del contrato inicial, por ejemplo mediante una disposición sobre subcontratación. Sin embargo, esto no se aplica en los casos en que un contrato es transferido a otro contratista perteneciente al mismo grupo como parte de una reorganización interna”.

²⁵³ <https://circabc.europa.eu/faces/jsp/extension/wai/navigation/container.jsp>

²⁵⁴ Una gran parte de los consultados no respondieron a las cuestiones sobre modificaciones contractuales. Es llamativa las respuestas de algunos colectivos como la Austrian Federal Chamber of Architects and Chartered Engineering Consultants, que consideraba muy importante limitar las modificaciones contractuales.

Public Procurement Policy and National Procurement Service afirmaba que si bien ya existe la regulación mentada sería conveniente ampliarla.

Merece especial atención la opinión del Observatorio de Contratación Pública de España²⁵⁵. Planteaba la necesidad de que las futuras directivas regularan la ejecución del contrato para garantizar la aplicación transversal de los principios rectores de la contratación pública y apuntaban la necesidad de aclarar una serie de cuestiones como: si son admisibles las modificaciones sustanciales cuando han sido previstas en la documentación del contrato; si es admisible que las normas nacionales sobre contratos públicos admitan algunos concretos supuestos de modificación; si las modificaciones producidas por errores u omisiones en proyectos o especificaciones técnicas exigen depurar responsabilidades antes de tramitar un modificado; si son esenciales las modificaciones que supongan una reducción del precio de adjudicación del contrato, o si debe publicarse la intención de modificar un contrato para que cualquier interesado tenga conocimiento de ello y pueda, en su caso, plantear los recursos pertinentes. Finalmente, Consideraba que no debía promoverse un nuevo procedimiento más flexible para tramitar las modificaciones contractuales.

La Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. (BDI) era de la misma opinión y afirmaba que un procedimiento más flexible conllevaría una reducción de la competencia. La Bundesverband der Dienstleistungswirtschaft (BDWi) tenía una opinión intermedia y afirmaba que el procedimiento debía ser más flexible garantizando que ningún potencial empresario interesado quedaría excluido de ese procedimiento. En contra de esa opinión, la Autorita per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (Avcp), la Autoridad Federal Belga o el Birmingham City Council abogaban por permitir para estos casos el empleo del procedimiento negociado sin publicidad. Igualmente, Automobile Industry

²⁵⁵ Contribuciones al Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea del Observatorio de Contratación Pública, http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_RESPUESTA_LIBRO_VERDE_PROYECTO_MEC_20e8ddf3%232E%23pdf/chk.1b6ffd84d9848ba2567ce74b148cabca

Association consideraba que era necesario un procedimiento más flexible en documentación y en plazos para las nuevas prestaciones para compatibilizar la imposibilidad de continuar con el contrato con la necesidad de contratar rápidamente la nueva prestación. La República Checa y la Valsts reģionālās attīstības aģentūra (VRAA) se mostraban a favor del acortamiento de plazos para adjudicar las modificaciones.

En relación con la sustitución del contratista, el Observatorio de Contratación Pública entendía oportuno que para la selección del nuevo proveedor podría admitirse la elaboración de “*listas de reserva*” que permitiesen una adjudicación automática al licitador que hubiese presentado la segunda oferta económicamente más ventajosa en el procedimiento de adjudicación, siempre que continúe interesado en la ejecución del contrato. En el mismo sentido, el Ministerio de Interior de Baviera consideraba que en un supuesto de alteración subjetiva por insolvencia debía permitirse al segundo licitador seleccionado ser el adjudicatario.

Algunos consultados se manifestaron a favor de prohibir toda clase de modificaciones contractuales. Fue el caso de Deutsche Post DHL, que afirmaba que una vez adjudicado el contrato no se debe permitir ningún cambio y que lo procedente es llevar a cabo una nueva licitación para dar a todos los licitantes potenciales la oportunidad de pujar en las nuevas condiciones.

Respecto de la publicidad de las modificaciones contractuales es interesante la posición de la Región Danesa, que siendo consciente de las repercusiones negativas de los modificados, defendía cierta flexibilidad para permitir la continuación del contrato con el licitador que presentó la oferta más ventajosa. La novedad de esta propuesta se centra en crear un periodo de espera, similar al previsto para la adjudicación del contrato y posibilitar el recurso frente a los modificados en caso de que los interesados consideraran que los cambios podían ser sustanciales.

Finalmente, me referiré a las aportaciones que realicé al respecto²⁵⁶. Pretendía poner de manifiesto que los principios rectores de la contratación pública son también aplicables a la ejecución del contrato y por ello es necesario que las nuevas Directivas regularan las modificaciones contractuales. Consideraba que las nuevas directivas debían aclarar que es posible modificar un contrato cuando concurren circunstancias imprevisibles o imprevistas para un poder adjudicador diligente, razonable y sensato, que se vinculan al sector del tráfico o de la vida social cualificadas por la clase de actividad a enjuiciar y no afecten a condiciones esenciales.

En contra de la regulación practicada por la nueva Directiva, entendía que las modificaciones debían limitarse cuantitativamente ya fueran previstas o imprevistas. La limitación que proponía era del 50% del valor inicial del contrato, por ser el límite del artículo 31 de la Directiva 2004/18.

Asimismo, señalaba la necesidad de que se exigiera que las modificaciones previstas no fueran genéricas sino que se delimitaran los supuestos de forma precisa, clara e inequívoca, integrando, en su caso, en el valor estimado del contrato el importe de las posibles variaciones del contrato desde el inicio.

Cuestionaba asimismo si es posible que el contratista ceda el contrato a un tercero de acuerdo con lo previsto en la STJUE de 19 de junio de 2008, *Presstext*.

Creía conveniente que se especificara que un modificado que no respete los principios generales de la contratación pública es una nueva adjudicación ilegal nula.

Finalmente, proponía que se aclarase qué causas permiten modificar un contrato. Más en concreto planteaba que las nuevas necesidades no pueden justificar una modificación lícita pero sí aquellas circunstancias que surgidas fuera del contrato inciden en él y determinan la imposibilidad de continuar con su ejecución en el modo previsto, siempre que ello no sea imputable al poder

256

https://circabc.europa.eu/sd/d/8ecfbdbd-7020-4a40-b5c4-06c9804fe796/vazquez_en.pdf; https://circabc.europa.eu/sd/d/e5505e09-7e11-44b0-83ec-f95e4685ee5c/vazquez_es.pdf

adjudicador, pues en otro caso podrían esconderse prácticas restrictivas de la competencia.

El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE — Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente» COM (2011) 15 final (2011/C 318/19)²⁵⁷ se refiere a las modificaciones contractuales afirmando que en los contratos de larga duración intervienen circunstancias que exigen la modificación de alguna de las disposiciones contractuales. Aluden principalmente al riesgo de corrupción y a la falta de seguridad contractual que puede generar una flexibilización general de las normas sobre modificaciones contractuales, y sostienen que la Directiva debiera reflejar esta cuestión²⁵⁸.

7. LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA LIMITACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES.

7.1.- LAS PROPUESTAS DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La contratación pública se ha identificado como una de las actividades gubernamentales más vulnerable a la corrupción²⁵⁹. Un contrato que es modificado ocasiona la falta de integridad de la actuación administrativa. El

²⁵⁷ Ponente: Joost van IERSEL. Coponente: Miguel Ángel CABRA DE LUNA. El dictamen fue publicado en el DOUE el 29 de octubre de 2011.

²⁵⁸ GIMENO FELIU, J.M., «La Ley de Contratos del Sector Público: una norma en movimiento», *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 799, 2010, p. 13. «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 147, 2010, pp. 517-535.

²⁵⁹ Ver *Integrity in public procurement*, OECD, 2009. Transparency International – the global coalition against corruption (2006), *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*,

http://www.transparency.org/global_priorities/public_contracting/tools_public_contracting).

GIMENO FELIU, J.M., «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», op. cit., pp. 518 y ss.

riesgo de favoritismo por parte del contratista, que rara vez cuestiona un modificado - a menos que sea a la baja - no es sólo un riesgo moral. Sobre todo supone la desnaturalización del procedimiento de adjudicación original.

En este sentido, TINA SØREIDE ha señalado que *“una explicación podrían ser los incentivos del contratista para manipular las decisiones relativas a las modificaciones o adiciones al proyecto original, ya que este tipo de trabajo suele aumentar las ganancias de las empresas. Por lo tanto, la inadecuación de los funcionarios públicos a cargo del proyecto puede ser mal utilizada por la empresa ejecutora. La capacidad de la empresa para entender las deficiencias del proyecto inicial y predecir la naturaleza y la dimensión de los cambios tanto, puede ser, en general, muy importante para ganar contratos públicos. Los sobornos se pagan en este contexto para obtener promesas de cambios y adiciones de la obra, de modo que la empresa puede ganar la licitación con una oferta inferior”*²⁶⁰.

En definitiva, debe evitarse el favoritismo hacia el contratista en contra de los demás licitadores. Sólo entonces estaremos convencidos de que la oferta que hemos escogido es realmente la más eficiente. Al variar el contenido de la oferta adjudicataria ya no es posible comparar la oferta que finalmente se ejecuta con las del resto de licitadores. Entonces el proceso de licitación no sirve de nada, se desnaturaliza y distorsiona.

La profesora RACCA indica a este respecto que *“la competencia justa y abierta se debe garantizar a todos los licitadores, para obtener la evaluación de su oferta, de conformidad con los criterios de adjudicación. Este derecho no se agota en el procedimiento de adjudicación, sino que debe ser salvaguardado en la ejecución. Al cambiar las condiciones de adjudicación el principio de la competencia se ve socavado por debajo de lo prometido por el adjudicatario. Tal desempeño de baja calidad puede cubrir un acuerdo corrupto también. El*

²⁶⁰ SØREIDE, T., *Corruption in public procurement Causes, consequences and cures*, Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, Norway, 2002, p. 16. En el mismo sentido ver CIBINIC, J., NASH JR. R.C., NAGLE J.F., *Administration of Government Contracts*, The George Washington University Law School, Washington, Wolters Kluwers, 2006, pp. 298 – 310.

*papel del postor perdedor puede ser fundamental en la prevención de la corrupción debido a su profundo conocimiento del objeto del contrato y de las condiciones ganadoras*²⁶¹.

Los principios que se utilizan para la licitación deben estar presentes en todo el proceso. Por eso la Unión Europea ha visto necesario abandonar la idea de regular exclusivamente la licitación y adjudicación del contrato y ha entrado en la ejecución. La modificación del contrato conlleva una clara alteración de las reglas de la licitación y puede llegar a vulnerar la competencia y con ello las libertades fundamentales de la Unión Europea²⁶².

La propuesta de directiva sobre contratos públicos (actual Directiva 2014/24)²⁶³ ya planteaba la necesidad de aclarar cuando la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación (Considerando 45). Ello es necesario cuando existan modificaciones fundamentales que demuestren la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato y que hubieran influido en el resultado del procedimiento²⁶⁴.

Por su parte, su Considerando 46 admitía la necesidad de cierto grado de flexibilidad pero reconociendo que solo cabe modificar un contrato – adjudicación sin publicidad - cuando acontezcan *“circunstancias externas imposibles de prever cuando se adjudicó el contrato”*.

²⁶¹ Seminario “Integrity and efficiency in sustainable public contracts, Corruption, conflicts of interest, favoritism and inclusion of non-economic criteria in the award and execution of public contracts”, network “Public Contracts in Legal Globalization”, Turin, June 8, 2012.

²⁶² Al respecto de esta cuestión puede verse HARTLEV, K., WAHL LIJENBOL, M., «Changes to existing contracts under de EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender», op. cit., p. 53.

²⁶³ Las propuestas de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2011 relativas a contratación pública, contratación en sectores especiales y concesiones redactadas por la Comisión Europea fueron publicadas el pasado 5 de abril el Diario Oficial de la Unión Europea.

²⁶⁴ MORENO MOLINA, J.A., «La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, en GIMENO FELIU, J.M. (Dir.), BERNAL BLAY, M.A. (Coord.), Editorial Aranzadi S.A., p. 163 efectúa un estudio de las novedades contenidas al respecto en la propuesta de Directiva.

Para ello definía el concepto de circunstancias imprevisibles como aquellas *“circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. Sin embargo, no puede aplicarse en los casos en que una modificación tiene como resultado una alteración de la naturaleza de la contratación global, por ejemplo si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado”*.

El Considerando 47 prohíbe la sustitución del contrato salvo supuestos de reorganización empresarial como luego se analizarán en profundidad.

La regulación fundamental de las modificaciones se realizaba en el artículo 72 de la propuesta. Dicho precepto comenzaba mencionando una cuestión de extrema relevancia pero que se ha suprimido en el proceso legislativo. Equiparaba expresamente las modificaciones contractuales sustanciales a las adjudicaciones, y requería para ellas un nuevo procedimiento de adjudicación²⁶⁵.

Entendía por modificación sustancial aquella que tenga como resultado un contrato sustancialmente diferente del celebrado en un principio (apartado 2 del artículo 72). Ilustraba qué se considera sustancial del siguiente modo: *“(a) 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 adjudicación del contrato a otro licitador; (b) que la modificación altere el equilibrio económico*

²⁶⁵ El artículo 72. 1 decía así: *“una modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público durante su período de vigencia se considerará una nueva adjudicación a efectos de la presente Directiva y requerirá un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con ella.”*

del contrato en beneficio del contratista; (c) que la modificación amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente”.

El apartado 3 regulaba la sustitución del contratista, aspecto que no ha sufrido cambios significativos en el texto final.

Sin embargo, el apartado 4 ha sido objeto de una gran reforma. Se consideraba que un modificado no sería sustancial cuando su valor no superase los umbrales fijados en el artículo 4 y fuera inferior al 5 % del precio del contrato inicial, siempre que la modificación no altere la naturaleza global del contrato. El texto final de la Directiva permite modificar sin justificación hasta un 15% del precio del contrato cuando se trate de obras y un 10% en el resto de contratos.

El apartado 5 concluía que las modificaciones de un contrato no se considerarán sustanciales cuando hayan sido previstas en la documentación de la contratación, en opciones o cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. Al mismo tiempo, el apartado 6 dejaba opción a las modificaciones imprevistas al considerarlas sustanciales, pero excepcionando el requerimiento de un nuevo procedimiento de adjudicación cuando se cumplan todas las condiciones señaladas en dicho apartado. Asimismo exigía la publicación de estas modificaciones no previstas en el DOUE.

Finalmente, el apartado 7 prohibía recurrir a modificaciones del contrato en diferentes supuestos.

En su tramitación legislativa se han emitido diferentes informes o dictámenes. El Dictamen del Comité de las Regiones sobre el paquete normativo en materia de contratación pública²⁶⁶, sostenía que ni la subcontratación ni la modificación de los contratos son aspectos que deban regularse en las Directivas. Propone como alternativa abordarlas en documentos interpretativos y dejarlas al Derecho contractual a nivel nacional, y considera que la propuesta contraviene el derecho de los Estados miembros a organizar su propia administración y el principio de subsidiariedad. Afirma asimismo que la regulación sobre modificaciones contractuales “supondría

²⁶⁶ Publicado en DOUE del 18 de diciembre de 2012.

cargas administrativas innecesarias para los poderes adjudicadores y reduciría la flexibilidad”.

El Comité de Representantes Permanentes (COREPER) aprobó, el 17 de julio de 2013, el acuerdo alcanzado el mes de junio de 2013 entre la Presidencia del Consejo y los representantes del Parlamento Europeo en la modernización de la contratación pública en la Unión Europea. Este texto es sustancialmente diferente al original, puesto que flexibiliza el régimen de modificaciones contractuales.

El balance del proceso legislativo es negativo. Las propuestas de directiva trataban de forma bastante destacable la modificación de los contratos pero la flexibilización llevada a cabo en el procedimiento legislativo ha devaluado tan loable intención.

Quizás hubiera sido más apropiado que primero la Comisión hubiera aprobado una Comunicación interpretativa recogiendo la doctrina del TJUE sobre modificaciones contractuales. La intensidad con la que actuó contra España, quizás desmedida visto el resultado del proceso legislativo, ha constituido un claro fracaso de la acción europea y permite ahora a los Estados modificar un contrato con más permisividad que la que el TJUE y la propia Comisión habían permitido con apoyo en las anteriores Directivas y su interpretación de los principios de igualdad de trato y transparencia.

7.2.- LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El 15 de enero y el 11 de febrero el Parlamento Europeo y el Consejo, respectivamente, aprobaron el paquete legislativo compuesto de tres directivas: Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, y la Directiva 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. El plazo de trasposición es de 2 años²⁶⁷.

²⁶⁷ GIMENO FELIU, J.M, «Las nuevas directivas-cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 159, 2013, pp. 39-106.

Estas Directivas efectúan una regulación específica sobre la ejecución de los contratos por primera vez²⁶⁸. Hasta el momento no existía una regulación europea referida a la modificación contractual, más allá de la clarificadora jurisprudencia del TJUE. Ahora con este nuevo paquete de Directivas, que tienen una regulación similar, tenemos un verdadero derecho europeo positivo que regula el *ius variandi*.

A continuación analizará de forma amplia la regulación de las modificaciones contractuales de la directiva clásica (Directiva 2014/24/UE), y respecto de las otras dos directivas me detendré exclusivamente en las especialidades que presenten en esta materia.

7.3.- LA DIRECTIVA 2014/24, SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

7.3.1.-Introducción.

La Directiva 2014/24 regula las modificaciones contractuales en su Título II, denominado “*Normas aplicables a los contratos*”. En particular, en el capítulo IV “*ejecución del contrato*”, integrado por cuatro artículos: el artículo 70 dedicado a las condiciones de ejecución del contrato, el 71 a la subcontratación, el 72 a la modificación de los contratos durante su vigencia – que es el que recoge toda la regulación sobre esta materia – y el 73 a la rescisión de contratos.

Se muestra, en primer término y por primera vez, la voluntad decidida de regular sin tapujos la ejecución de los contratos dedicando un título a ello. Sin embargo, basta ver que solo se dedican cuatro preceptos, para concluir que la regulación es muy parcial. Debe valorarse, no obstante, que las materias escogidas son fundamentales en la ejecución del contrato. Particularmente, las modificaciones contractuales y la subcontratación son las materias más críticas. El uso inadecuado de ambas son el origen de la mayor parte de los

²⁶⁸ PUERTA SEGUIDO, F., PUNZÓN MORALEDA, J. y DOMÍNGUEZ ALONSO, A.P., «La nueva regulación en la Directiva de la fase de ejecución de los contratos y la repercusión de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificación de los contratos», *Contratación administrativa práctica*, Nº 129, enero – febrero, 2014, pp. 22– 129.

conflictos en los contratos, y por ello, su control adecuado es garantía de éxito en la ejecución del contrato.

Aquí voy a examinar únicamente el artículo 72. Este precepto prevé la posibilidad de modificar un contrato cuando acontezcan circunstancias imprevisibles, tanto si figuran previstas en el condicionado, como si no figurando en él no suponen una alteración sustancial del contrato (artículo 72.1).

La justificación de la regulación de la Directiva, aparece en los Considerandos 107 a 110 de la Directiva. El artículo 107 pone el acento en que determinadas modificaciones exigen un nuevo procedimiento de contratación. Además, es sustancialmente importante para la transposición que para determinar cuándo una modificación es sustancial este Considerando obliga a tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE, que es fuente del Derecho. El Considerando posibilita efectuar modificaciones del contrato que representen “un cambio menor”, justificando incluso un umbral de minimis, por debajo del cual no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación.

El Considerando 108 resalta la necesidad de proteger al poder adjudicador de situaciones en las que resulten necesarias obras, suministros o servicios adicionales, permitiendo en estos casos modificar el contrato inicial y, en consecuencia, encargar directamente estos nuevos trabajos al contratista originario sin nuevo procedimiento de adjudicación²⁶⁹. El Considerando 109, alude a la larga duración de los contratos y la necesidad de flexibilizar la ejecución ante las incertidumbres futuras para adaptar el contrato a esas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación.

En las propuestas de Directiva se ponía el acento en que un modificación sustancial debe ser considerado como una nueva adjudicación, y determinaba

²⁶⁹ Pormenoriza que las modificaciones deben estar permitidas cuando las entregas adicionales constituyan, bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue al poder adjudicador a adquirir material, obras o servicios con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas.

en qué supuestos cabía modificar un contrato. En la redacción final del artículo 72 lo que se plantea es en qué supuestos cabe modificar un contrato sin iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación²⁷⁰. Así, puede observarse que se ha flexibilizado la Directiva respecto de la propuesta de la Comisión. La presentación del contrato como una posibilidad y no como una excepción resulta muy negativa. No obstante, debe tenerse en cuenta que los supuestos en que la Directiva permite modificar el contrato deben ponerse en relación con la jurisprudencia del TJUE, visto lo señalado en el Considerando 107 de la Directiva.

7.3.2.- Las modificaciones previstas en el contrato.

La letra b) del artículo 72.1 regula la posibilidad de modificar el contrato por *“modificados previstos en el contrato inicial”*.

La posibilidad de modificar un contrato cuando las posibles modificaciones están previstas en el condicionado obedece a la necesidad de que todas las condiciones que puedan afectar a la ejecución del contrato se encuentren previstas desde el inicio para que ello pueda ser tenido en cuenta en la preparación de la oferta, como ponía de manifiesto la STJUE Succhi di Frutta.

El precepto obliga a que los modificados previstos se lleven a cabo mediante la previsión en los pliegos de forma clara, precisa e inequívoca. No cabrán cláusulas genéricas. En definitiva, es muy probable que no sea posible incluir la previsión de modificación, pues no se tendrán los elementos de juicio suficientes para considerar qué y cómo puede ocurrir, pues es necesario precisar las condiciones en que pueden utilizarse. El precepto pone como ejemplo de modificación prevista las revisiones de precios y las opciones.

El Considerando 111 de la Directiva se refiere a diversas situaciones con carácter ejemplificativo: indexaciones de precios o garantizar que equipos de telecomunicaciones que deban entregarse durante un período determinado sigan siendo idóneos, incluso en caso de modificación de protocolos de

²⁷⁰ A este respecto puede verse el actual Considerando 107 – heredero del antiguo Considerando 45 de la propuesta de directiva –.

comunicación u otros cambios tecnológicos, y la adaptación del contrato a las dificultades técnicas que hayan surgido durante el contrato.

La fundamental novedad respecto de la regulación del TRLCSP es que la Directiva permite su introducción con independencia de su valor pecuniario, lo que no parece muy apropiado. Por más que figure en el contrato, una modificación cuantitativamente relevante genera un contrato distinto. El único límite que se impone consiste en la imposibilidad de establecer modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco.

La definición de este concepto no figura en ninguna de las Directivas. Tan solo el Considerando 109 ofrece algunos ejemplos para ayudar a su comprensión. En particular, se producirá *“si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado”*.

7.3.3.- Los contratos complementarios.

El segundo supuesto en que es posible modificar el contrato son los contratos complementarios, figura prevista en la letra b del artículo 72.1. En la propuesta de directiva se habían eliminado pero aparecían en todas las Directivas anteriores. Su eliminación en el texto de la Comisión junto con la doctrina emanada de la Sentencia del TGUE de 31 de enero de 2013 frente a España, hacía pensar que con ello se pretendía clarificar que un modificado es un contrato complementario, pese a las diferencias que existen en la práctica en uno u otro supuesto. De hecho, por esta razón, muchos Estados entendían que no era necesario efectuar una nueva regulación de las modificaciones contractuales.

Ahora se especifica la necesidad de que no sea factible la contratación separada de forma expresa y que los nuevos trabajos sean necesarios y no se trate de una mera conveniencia. Se mantiene el límite de afectación al 50% del precio de adjudicación del contrato, y se obliga a publicar los contratos complementarios en el DOUE:

“Para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista:

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial; y

ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva”.

7.3.4.- Los modificados imprevisibles.

Las modificaciones imprevistas se regulan en la letra c) del artículo 72.1.b) de la Directiva, que dice así:

“Cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

i) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever;

ii) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato;

iii) que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva”.

Sorprende esta regulación puesto que se exigió a España que estableciera una limitación del 10% (inicialmente del 20%)²⁷¹ cuando ahora se

²⁷¹ Esto fue lo que hizo la LES en 2011. Es cierto que en ninguna de las comunicaciones de la Comisión a España se alude al porcentaje máximo de modificación, y que el límite del 50% conllevaría dar continuidad a la cifra prevista para los contratos

permite que las modificaciones imprevistas alcancen el 50% con el límite de que se trata ante circunstancias realmente imprevisibles y que no se altere la naturaleza global del contrato²⁷².

El concepto de imprevisibilidad contenido en la Directiva difiere radicalmente del previsto en el TRLCSP. Ya no es imprevisible cualquier imprevisto, sino que se exige que la imprevisibilidad lo sea para un poder adjudicador diligente.

El Considerando 109 de la Directiva aclara esta cuestión, señalando que es necesario que concurren *“circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible”*²⁷³.

Para las modificaciones no previstas en el condicionado el límite del 50% de alteración del precio se calcula con el precio actualizado, si se incluye una cláusula de revisión de precios, conforme dispone el artículo 72.3. Con ello se aclara que las modificaciones a la baja estarían permitidas con independencia de su importe.

El precepto obliga también a que se publiquen en el DOUE no solo las contrataciones complementarias (obras, servicios o suministros complementarios) sino también las modificaciones “no previstas”. Este anuncio

complementarios adjudicados sin publicidad al adjudicatario inicial que figuraban desde las primeras directivas.

²⁷² MOREO MARROIG, T., «Puntos clave de la propuesta de directiva de contratos públicos», <http://administracionpublica.com/puntos-clave-contratación/> considera que esta regulación conlleva un relajamiento de las exigencias de la jurisprudencia europea precisamente por considerar excesivas las posibilidad de modificar el contrato aún no estando previsto en el condicionado.

²⁷³ La propuesta de Directiva era aún más severa en el planteamiento de las circunstancias que justifican una modificación del contrato. En particular, se señalaba que debían concurrir *“circunstancias externas imposibles de prever cuando se adjudicó el contrato”*.

contendrá la información establecida en el anexo V, parte G de la Directiva, y se publicará de conformidad con el artículo 51 de la misma.

Según DIEZ SASTRE, el legislador europeo se interesa únicamente por las modificaciones imprevistas en los pliegos porque son las únicas que *“pueden suponer un peligro para la competencia en la adjudicación del contrato. Las modificaciones previstas se habían tenido en cuenta para determinar el tipo de procedimiento de adjudicación y habrán permitido a los licitadores interesados valorar adecuadamente el tipo de contrato ofertado por el ente adjudicador”*. Por lo que DIEZ SASTRE concluye que al legislador comunitario sólo le interesan las modificaciones al alza en el precio o que desnaturalicen el contrato inicial. Las posibles modificaciones del contrato a la baja, que puedan perjudicar al contratista no afectan a la competencia; sin perjuicio de su clara repercusión sobre el equilibrio económico del contrato y la posición patrimonial del adjudicatario. Concluye que *“una vez más, puede observarse cómo los destinatarios de la protección del Derecho europeo, son los licitadores y no el contratista”*²⁷⁴.

7.3.5.- Sustitución del contratista. Prohibición de la cesión.

La letra d) del artículo 72.1 recoge la posibilidad de sustitución del contratista, pero con muchas restricciones. Constituye un cambio radical pese a la tradición jurídica española donde la cesión del contrato o la sustitución de los subcontratistas ha sido regla general.

Conviene recordar que ya la sentencia del TJUE de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06, Pressetext afirmó que *“en general, debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato*

²⁷⁴ DIEZ SASTRE, S., « La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos. », op. cit., pp. 100 – 101.

*inicial, por ejemplo, como una subcontrata*²⁷⁵. El Considerando 110 de la Directiva justifica esta regulación en la protección de los principios de igualdad de trato y de transparencia.

Ahora la regla general es la prohibición de la cesión. Solo están permitidas las modificaciones procedentes de reorganizaciones empresariales, de una situación de concurso (insolvencia), o de una cláusula de la licitación originaria van a ser permitidas. Además, se prevé que la Administración pueda llegar a subrogarse en la posición del contratista principal para garantizar la continuidad de los contratos con los subcontratistas. El precepto dice así:

“Cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de:

i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a);

ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva; o bien

iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71”.

7.3.6.- Las modificaciones no sustanciales y el umbral de *minimis*.

Finalmente, la letra e) del apartado 72.1 y el apartado 2 plantean como posibilidad las modificaciones que con independencia de las causas que la motivan no sean sustanciales a efectos del apartado 4 de la directiva – que define cuándo estamos ante modificaciones sustanciales y estudiaremos en el apartado siguiente –.

²⁷⁵ La STJUE de 8 de mayo de 2014 considera la alteración subjetiva una irregularidad del contrato.

Es preciso llamar la atención sobre la posibilidad de modificar un contrato sin necesidad de verificar si se cumplen todas las anteriores condiciones que acaban de reseñarse, y en consecuencia, sin iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación.

Se crea un régimen de *minimis* fruto del procedimiento legislativo, que no figuraba en el texto inicial. La analogía al régimen de control de ayudas de Estado es evidente. Pero se considera que esto es una grave novedad, porque no debiera permitirse la modificación del contrato sin que existiera una circunstancia imprevisible que lo motive. Incluso puede decirse que la Directiva incita a modificar el contrato hasta ese umbral. Concretamente, el Considerando 107 de la Directiva indica que *“en todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación”*. Es claro que lo pretendido, y sin que quepa ocultarse, es dotar de flexibilidad a la ejecución del contrato y sus modificaciones menores. La cuestión es qué considera el legislador europeo que es un cambio menor.

Este umbral de *mínimis* se aplica a las modificaciones que reúnan estos dos requisitos: que sean inferiores a los umbrales de sujeción de la Directiva (los que sirven para distinguir entre contratos SARA y NO SARA) que figuran en su artículo 4 y que sean también inferiores al 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros y al 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras. Todo ello con la prohibición de alteración de la naturaleza global del contrato o acuerdo marco, y teniendo en cuenta que si existen sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de todas las modificaciones.

7.3.7.- Las modificaciones sustanciales.

El apartado 4 del artículo 72 determina cuándo estamos ante modificaciones que conllevan una alteración sustancial del contrato inicial.

La primera clave para verificar esta circunstancia radica en que la modificación tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza

materialmente diferente a la del celebrado en un principio. Esto es lo que cabe definir como alteración de la naturaleza global del contrato.

No obstante, tras esta descripción genérica, la Directiva concreta diversas circunstancias que de cumplirse aislada o conjuntamente constituyen una alteración sustancial del contrato. Son las siguientes:

a) Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, hubieran 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.

b) Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial.

c) Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco.

d) Que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d). Como podrá observarse, la Directiva recoge, de forma correcta, la doctrina del TJUE en lo que a la alteración sustancial se refiere contemplando cada uno de los supuestos que hemos estudiado en este capítulo.

El Considerando 107 de la Directiva señala como ejemplos de alteración sustancial los supuestos en que *“se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial”*. Afirma que tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato.

Para cualquier modificación que no reúna los requisitos que exige la Directiva es necesario iniciar un nuevo procedimiento de contratación. Se pretende evitar que las nuevas prestaciones recaigan directamente en el

mismo contratista, exigiéndose un nuevo procedimiento con todas las garantías y con respeto a los principios rectores de la contratación pública²⁷⁶.

Precisamente, el artículo 73 de la Directiva al tratar la rescisión de los contratos, incluye, como primer supuesto, que el contrato haya sido objeto de una modificación sustancial, que hubiere exigido un nuevo procedimiento de contratación con arreglo al artículo 72.

7.4.- LA DIRECTIVA 2014/23/UE RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN.

La Directiva 2014/23 efectúa la regulación de las modificaciones contractuales en el Título III, denominado “*normas relativas a la ejecución de las concesiones*”, y en particular en el artículo 43 “*Modificación de los contratos durante su período de vigencia*”. Este precepto es más parco desde el punto de vista dogmático que el artículo 72 de la Directiva Clásica.

La regulación de esta Directiva es casi idéntica a la Directiva 2014/24. Tan solo varían levemente ciertas referencias contenidas en sus considerandos pero el articulado es similar.

El Considerando 75 es idéntico al 107 de la Directiva 2014/24. Se pronuncia en los mismos términos que el para garantizar cierta flexibilidad en las concesiones. Señala ejemplos de circunstancias que requerirían de una modificación contractual sin necesidad de una nueva adjudicación, distintos a los citados en el Considerando 107. Se trata de las modificaciones que se hubieran hecho necesarias debido a la necesidad de atender peticiones de los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras en relación con el requisito de seguridad y teniendo presentes las especificidades de las actividades de que se trate, como la explotación de instalaciones turísticas y de deportes de montaña, en caso de que la legislación haya evolucionado con el fin de hacer

²⁷⁶ El Libro Verde interrogaba sobre si para estos casos debiera permitirse un procedimiento más flexible, e incluso acudir al negociado sin publicidad. Lo cierto es que la mayoría de consultados se pronunciaron en contra, salvo quienes entendían que los plazos de licitación debían reducirse para poder contratar estas nuevas prestaciones.

frente a los riesgos correspondientes, en la medida en que esas modificaciones se atengan a los requisitos establecidos en la Directiva.

Las modificaciones se tratan desde un punto de vista positivo y no como en la Directiva clásica que considera desde el inicio que un modificado que conlleve alteración sustancial exigirá una nueva y pública adjudicación.

La posibilidad de modificar el contrato se regula en el artículo 44 de la Directiva, su apartado 1 43 permite las modificaciones “*sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión*”, con una regulación idéntica a la expuesta de la Directiva sobre contratación pública. La única salvedad es la que incluye para las concesiones adjudicadas por el poder adjudicador a efectos del ejercicio de una actividad distinta de las enumeradas en el anexo III, para las que exige que el posible aumento de valor no supere el 50 % del valor de la concesión original²⁷⁷.

7.5.- DIRECTIVA 2014/25/UE DE SECTORES ESPECIALES.

La Directiva 2014/25 regula las modificaciones en el Título II “*Normas aplicables a los contratos*” en el que incluye el capítulo IV “*Ejecución del contrato*”. Dedicar el artículo 89 a la regulación de las modificaciones.

Efectúa una regulación similar en materia de modificaciones contractuales a la que se contiene en las Directivas 2014/23 y 2014/24.

²⁷⁷ El Considerando 78 de la Directiva establece los siguientes ejemplos de modificados previstos: concesiones que incluyan tanto intervenciones de mantenimiento habitual como de mantenimiento extraordinario que resulten necesarias para asegurar la continuidad de un servicio público.

CAPÍTULO CUARTO.
PRESUPUESTOS DE LA MODIFICACIÓN DEL
CONTRATO

1.- LA NECESARIA LIMITACIÓN DEL *IUS VARIANDI*.

1.1.- LAS MODIFICACIONES COMO PROBLEMA.

El *ius variandi* no es una facultad discrecional ni indiscriminada del poder adjudicador, sino una facultad reglada y excepcional²⁷⁸ para cuyo ejercicio es necesario el cumplimiento de múltiples presupuestos²⁷⁹. Una facultad concebida para solventar una incidencia durante la ejecución que se convierte más en problema que en solución. Y ello aunque existan autores que sigan sin calificar como un verdadero problema a los modificados²⁸⁰.

Hasta fechas muy recientes modificar un contrato, cuando acaecían determinadas circunstancias o surgían necesidades de diversa índole, era habitual. No existía restricción alguna al modificado siempre que hubiera acuerdo con el contratista. Ello ya no puede admitirse.

1.2.- LOS AFECTADOS POR LA MODIFICACIÓN.

Al modificar un contrato surgen determinados efectos perversos para todas las partes relacionadas con el contrato. Las modificaciones contractuales no son indiferentes para los destinatarios del contrato: para el contratista, para el poder adjudicador, para los licitadores que participaron en la licitación o para

²⁷⁸ Dictámenes del Consejo de Estado 45176/1983 de 19 de mayo de 1983, 1629/1991 de 23 de enero de 1992, 1401/1992 de 30 de julio de 1992, 1908/1993 de 10 de febrero de 1993. Vid. también, GIMENO FELIÚ, J.M., «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», op. cit., p. 52.

²⁷⁹ La STS de 19 de febrero de 2008 (RJ 1739/2008) efectúa un completo análisis de los presupuestos del *ius variandi* en relación con la modificación de un contrato de gestión de servicios públicos de prestación del servicio público del televisión.

²⁸⁰ HOEPFFNER, H., afirma que la modificación no es una señal de una enfermedad del contrato sino que es un elemento de su vida, de su propia supervivencia («La modification des contrats de la commande publique a l'épreuve du droit communautaire». *Revue française de droit administratif*, 2011. N° 1, pp. 98-114.).

los potenciales interesados en la licitación que por determinadas circunstancias no llegaron a concurrir ésta²⁸¹.

1.2.1.- Contratista y modificación del contrato.

El contratista, por definición, es el primero de los sujetos sobre el que se incide al modificar un contrato, alterándose con ello la relación jurídica contractual originaria. Se genera como resultado un contrato distinto. Un contrato no es más que un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes intervinientes en el mismo se obligan a distintos fines²⁸².

Al utilizar el *ius variandi* el poder adjudicador modifica cláusulas convencionales fijadas en origen por su propia determinación y sin necesidad de mediar consentimiento del contratista.

Permitir esta actuación es tanto como hacer inaplicable el artículo 1256 de nuestro Código Civil a los contratos públicos. Este precepto establece que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”²⁸³.

Este artículo es reflejo del principio “*pacta sunt servanda*”, término latino atribuido al jurista ULPIANO (abordado por éste en su comentario al título

²⁸¹ La STS de 19 de febrero de 2008 (RJ 1739/2008) efectúa un completo análisis de los presupuestos del *ius variandi* en relación con la modificación de un contrato de gestión de servicios públicos de prestación del servicio público del televisión. Vid. RACCA, M.G., «Collaborative procurement and contract: performance in the Italian Healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement, *Public Procurement Law Review*, Nº 19, 2010, p. 130.

²⁸² Vid. PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen I, 3ª ed.; *Doctrina General del contrato*, op. cit., p. 9. HARGAIN, D., «La autonomía de la voluntad rige exclusivamente en materia contractual, y no en el ámbito de los negocios jurídicos no obligacionales», op. cit., documento electrónico.

²⁸³ El artículo 1256 del Código Civil se relaciona a su vez con el artículo 1115 del mismo que determina que “cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código”.

edictal *De pactis conventis: Digesto 2.14.7.7*) que significa que los acuerdos entre partes o pactos deben cumplirse según su tenor²⁸⁴.

La primera razón para limitar el uso de esta prerrogativa es la necesidad de que las partes contratantes respeten lo pactado. De otro modo, se corre el riesgo de originar un abuso sobre el contratista, quien presentó su oferta con base en unos pliegos de condiciones del contrato y en un anuncio de licitación concreto, que ahora ve alterados.

El contratista ofertó hacer o dar una determinada y concreta prestación, e incluso ejecutarla de un modo estipulado con carácter previo a la adjudicación del contrato. Ello se concretó mediante la combinación de la llamada a los licitadores, mediante el anuncio de licitación, la oferta del licitador y la aceptación de ésta por el poder adjudicador materializada en la adjudicación.

La jurisprudencia del orden contencioso administrativo ha otorgado fuerza de ley a los pliegos de condiciones, por los motivos expresados obligando al cumplimiento al tenor del condicionado, sin que quepa así su variación durante el desarrollo del contrato por las partes; y menos aún, que una imponga a otra dichas variaciones sobre la voluntad de la otra²⁸⁵.

Sin embargo, en la práctica, es al contratista a quien menos atormenta la modificación del contrato. Ha sido frecuente, y lo es más en la actualidad, la puja a la baja de los contratos para hacerse con la posición de adjudicatario, y más tarde, ya desde dicha posición, cuestionar de forma reiterada el contrato inicial discutiendo su adecuación o conveniencia.

²⁸⁴ Vid. SSTS de 21 de diciembre de 1988 (RJ 1988/10220), 25 de julio de 1989 (RJ 1989/ 6111), 7 de julio de 1986 (RJ 1986/6865) y 27 mayo 2009 (RJ 2009\4517). SAN de 14 de septiembre de 2006 (JUR 3006/245536). Vid. RODIERE, R., afirma que la inmutabilidad de los contratos es un principio que se deduce de la oportunidad de asegurar la mayor seguridad jurídica en las relaciones contractuales («les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles» en PEDONES, A. (Dir.), *Harmonization des droit des affaire dans les pays du marche commun* , , París, 1986, pp. 17 y 40).

²⁸⁵ SSTS de 21 de diciembre de 1988 (RJ 1988/10220), 25 de julio de 1989 (RJ 1989/ 6111), y 7 de julio de 1986 (RJ 1986/6865).

Ello genera problemas no sólo en cuanto al respeto a la inmutabilidad contractual, sino en general, sobre todo el contrato – retraso en el plazo, problemas en las subcontrataciones, problemas en la liquidación del contrato, etc.—²⁸⁶.

El propio contratista es quien con mayor frecuencia defiende, impetuosamente, la necesidad de que las condiciones del contrato se modifiquen. Obviamente, esas nuevas condiciones se ejecutarían, si por esta clase de contratistas fuera, al precio de mercado al que se aplica la baja que se efectuó en fase de licitación para luego anularse tal reducción aplicando la contrabaja²⁸⁷, lo que no puede permitirse.

El Dictamen del Consejo de Estado 214/1992, de 21 de mayo de 1992, pone de manifiesto que *“enfoques parciales pueden desvirtuar o debilitar la eficacia de las garantías que las normas articulan para modular el ius variandi. (...) Una potestad de la Administración concebida para la salvaguarda del interés general, ha devenido por causa del empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente en ocasiones, que no hace constar su aceptación”*.

Tan sólo cuando en la época de recesión económica los contratos se han modificado a la baja, como medida para lograr la estabilidad presupuestaria, los contratistas se han pronunciado en contra.

²⁸⁶ HERNANDEZ CORCHETE, J.A., constata *“una actitud reiterada de los contratistas, ya devenida en costumbre, de presentar ofertas conscientemente insuficientes en la confianza de que posteriormente, durante la ejecución del contrato, la Administración contratante, para evitar los retrasos que derivarían de resolver el contrato cuyo proyecto es incompleto e iniciar los trámites para adjudicar uno nuevo, aprobarán tantos reformados como sean necesarios”* (en VAZQUEZ GARRANZO, J., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona, p. 2039). SANCHEZ MORON, M., afirma en referencia al empleo del *ius variandi* que *“las empresas no suelen ser perjudicadas”* y no plantean si las modificaciones del contrato son adecuadas o no, *“sino que el perjudicado es el ciudadano”*. (*Contratación Administrativa I*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 149).

²⁸⁷ La contrabaja, es un término vulgar propio de la ejecución de obras públicas, consistente en sumar el mismo porcentaje de baja que se había restado al aplicar la baja.

Cuando se trata de reducir las prestaciones (y con ello el montante económico del contrato originario) la modificación no es bien acogida. En estas situaciones el contratista discute si realmente existe un carácter obligatorio de las modificaciones y si hay un deber o no de indemnizar las modificaciones operadas a la baja. En definitiva, salvo en estos supuestos, no es frecuente que el contratista procure impedir una modificación del contrato²⁸⁸.

1.2.2.- Ciudadanos y modificaciones contractuales.

Los destinatarios del contrato, sus beneficiarios y usuarios sí se ven realmente afectados, positiva o negativamente, por los efectos de la modificación del contrato. *A priori* parece que los ciudadanos siempre se ven beneficiados por las modificaciones del contrato adoptadas adecuadamente.

Si partimos de que modificar un contrato no es una posibilidad sino un deber, esta afirmación se comprende mejor. Cuando la forma prevista para ejecutar o llevar a cabo la prestación inicialmente contratada no es adecuada al interés público, sino que para ello se requiere de adaptaciones, cualquier destinatario desea que le sea puesto a su disposición un bien o servicio del que pueda disfrutar del mejor modo. Hasta aquí cabe afirmar que no existe discusión.

El problema surge cuando las modificaciones operadas desencadenan una serie de problemáticas y de prácticas inadecuadas que repercuten directa e indirectamente en su destinatario, y en particular, en el ciudadano o administrado.

Por ejemplo, habitualmente, durante la ejecución de una obra se sugieren muchas mejoras, por el contratista y por otros agentes (técnicos, responsables políticos, o unidades beneficiarias,..). El problema es que esas mejoras, generalmente, suponen un mayor gasto en el contrato, cuyo pago recae en la Administración. Frecuentemente, para afrontar tales incidencias se

²⁸⁸ Comisión Nacional de la Competencia. *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, p. 28. (http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/guia_contratacion_publica_competencia.pdf).

dejan de prestar otros servicios o se reduce la calidad de los existentes o, incluso, del contrato concreto que se ve modificado.

Además, generalmente el coste de un bien o servicio modificado es mayor que su contratación independiente, pues se cuenta con sólo una oferta, la del contratista, quien además, por su propio interés desea que el precio de la modificación sea elevado.

No debe obviarse también que las modificaciones contractuales están relacionadas directamente con la corrupción en la contratación pública y su consecuencia directa es que, si existe una comisión o “mordida” por un funcionario o autoridad pública, quien la abona (el contratista) debe recuperarla, para lo que utiliza la vía de la modificación del contrato.

Las modificaciones contractuales se antojan como una fórmula sencilla para ello. Si antes de las reformas legislativas que han endurecido las modificaciones al alza, la forma de recuperar las bajas económicas era a través de modificaciones que incrementasen el objeto del contrato, ahora, con las limitaciones existentes, la forma de actuar sigue siendo simple: suministrar bienes de peor calidad que los concertados inicialmente u ofertar peores servicios (menos frecuencias de trabajo, menos medios humanos y materiales que los exigidos) sin oposición, ni sanción, por la Administración consiguiendo además el efecto irreal de que parezca que no han existido modificaciones contractuales.

En definitiva, aunque *a priori* el destinatario pudiera agradecer las modificaciones, cuando éstas precisan mayores aportes económicos – que son la mayoría de supuestos – los rechaza de plano o cuestiona las afecciones a otras actuaciones como consecuencia de las modificaciones.

1.3.- EL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN: CAUSA DE LA MODIFICACIÓN.

Por otra parte, el órgano de contratación, por propia iniciativa o del responsable del contrato, suele pretender modificar un contrato para mejorarlo, incorporar nuevas necesidades, o simplemente adaptarlo a los deseos de los correspondientes responsables políticos.

Esta práctica es del todo reprobable por tener por causa la falta de determinación inicial del objeto del contrato. El problema de las modificaciones contractuales no se solventa con normativa ni europea ni nacional, sino con una determinación pausada y concienzuda del contrato.

La mejor definición del contrato incrementa la transparencia, el conocimiento que se da a los potenciales licitadores del contrato, y en definitiva, ayuda a conseguir mejores ofertas y aumenta la concurrencia, reduciendo drásticamente las modificaciones contractuales.

Las propuestas de modificación acostumbran a ser interesantes pero no se materializan en el momento adecuado. La concepción y definición del contrato es el momento preciso para su incorporación. No cabe realizar modificaciones tras la licitación del contrato.

Con ello se produce un exceso en las competencias propias del poder adjudicador generando, responsabilidades políticas por el impacto económico que conllevan las modificaciones. Ello sin perjuicio de las corruptelas que pudieran haberse producido y que generen responsabilidad penal.

1.4.- LA DESNATURALIZACIÓN DE LA LICITACIÓN.

Si hay un sujeto sobre el que cada modificado, sustancial o no, impacta directamente, y que ha sido olvidado hasta fechas recientes es el licitador que no resultó adjudicatario, e incluso el potencial empresario interesado en la licitación que por los motivos que fueren no concurrió a ella.

Por ejemplo, en una licitación por importe de 10.000.000 € participaron dos licitadores; uno de ellos ofertó ejecutar la prestación por 7.000.000 € y otro, ante la imposibilidad de efectuar una oferta tan baja, ofertó ejecutarlo por 9.500.000 €. Si el contrato era inicialmente de 7.000.000 € y finaliza en 9.000.000 €, ya sea mediante el uso de la figura del modificado o de los contratos complementarios, el segundo licitador sufre las consecuencias de la falta de transparencia y rigor en la contratación. Igual ocurre a quien no participó, por ejemplo, por entender que el precio no se ajustaba a sus posibilidades y luego lo ve aumentado de forma significativa.

¿De qué ha servido tramitar un procedimiento para seleccionar la mejor oferta? Ahora con la modificación, la oferta de quien está ejecutando el contrato no es ya la mejor oferta que se hubiera elegido si contratamos independientemente su ejecución.

Acaece lo que se puede denominar «la ruptura del efecto útil del procedimiento»²⁸⁹. La actual redacción del TRLCSP parece haber atenuado este problema, sin perjuicio de la continuación de la modalidad de los contratos complementarios y de la necesidad de limitar las prácticas colusorias que han surgido para huir de los efectos de estas limitaciones.

El Informe de la JCCA 54/2006, de 11 de diciembre de 2006, puso de relieve que *“hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato... la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre competencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concededores de la modificación que ahora se produce”*²⁹⁰.

Es necesario definir unos límites para evitar los riesgos de impacto de los modificados sobre las diferentes partes afectadas y, garantizar la excepcionalidad de los modificados²⁹¹.

Tanto en su fondo como en su forma, un modificado es una nueva adjudicación directa, sin publicidad, al contratista originario. Estas nuevas

²⁸⁹ En analogía al efecto útil propugnado por las Directivas de Recursos. Sobre las restricciones a las modificaciones por afectación al *“principio de licitación pública”* véase el Dictamen del Consejo de Estado 79/1993.

²⁹⁰ Ver en el mismo sentido informes de la JCCA 48/1995, 21 de diciembre de 1995, 52/2000, 17 de marzo de 1999, y 59/2000, de 5 de marzo de 2001.

²⁹¹ En el mismo sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado 1281/2005, que además de señalar la necesidad de que concurren los presupuestos legalmente establecidos al efecto para modificar un contrato atribuye el carácter de excepcional al uso del *ius variandi*.

adjudicaciones se realizan prescindiendo totalmente de la publicidad, sin mediar cuanto menos tres ofertas ni una negociación sobre distintos aspectos que se pactan de forma directa con un único empresario. De hecho se llega a un acuerdo con el propio contratista sobre los nuevos precios que surgen del modificado. HOEFFNER, afirma que “*el control de las modificaciones conlleva una mayor garantía de la libertad contractual pues sirve para preservar durante la fase de ejecución del contrato las condiciones iniciales de la misma concurrencia*”²⁹².

De todo lo anterior se desprende la necesidad de interpretar excepcional y restrictivamente los supuestos en que concurren los presupuestos para modificar un contrato. La modificación debe fundarse sólo en una causa imprevisible para un poder adjudicador diligente, mediante un interés público claro, patente e indubitado, proscribiéndose en cualesquiera otros supuestos²⁹³.

Con ello se rompe la tradición de admitir cualquier modificado basado en el interés público y en la aquiescencia del contratista. Nada se pregunta a los licitadores que concurrieron a la licitación (salvo cuando como en Aragón o Navarra se les notifica cada modificación del contrato, o cuándo en las nuevas directivas se exige la publicidad de las modificaciones) o a los futuros usuarios y beneficiarios del contrato²⁹⁴.

El modificado no es una solución a un problema durante la ejecución. Es un fracaso, un fracaso de la contratación inicial. Se han seguido tantos trámites tan rigurosos para seleccionar la mejor oferta y resulta que el objeto del

²⁹² HOEFFNER, H., *La modification du contrat administratif*, op. cit., p. 44.

²⁹³ BLANC, J., GARDÓ, R., MORERA, J., SANGENIS, J.M., VICENTE, E., VIDAL, R., *Escala del Administració Pública de Catalunya*, op. cit., p. 115.

²⁹⁴ COLAS TENAS, J., «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 153, 2012, pp. 253-276.

contrato según se definió, se licitó y se adjudicó ya no es de posible ejecución²⁹⁵.

2.- DE LA AUSENCIA DE RESTRICCIONES AL MODIFICADO A SU CONCEPCIÓN ESTRICTA.

La configuración de la prerrogativa de modificación del contrato ha variado a lo largo del tiempo. Desde una permisividad total, justificada en la importancia de adecuar el contrato al interés público, primando el interés público respecto de cualquier otro interés, se ha pasado a una restricción de las modificaciones para proteger otros intereses, especialmente el de los licitadores que concurren a una licitación con un objeto y que no pueden ser defraudados por su variación en exclusivo favor del contratista.

El punto de partida fue la inexistencia de límites al modificado. La Sentencia del TS de 9 de abril de 1985 (RJ 1985\2858) llegó a afirmar que *“el poder de modificación es ilimitado en extensión e intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración”* y que el fin debe prevalecer sobre el objeto.

En igual sentido, HORGUE BAENA afirmaba que *“no existen verdaderos límites materiales que impidan a la Administración modificar el contrato en el sentido de impedimentos u obstáculos que hagan ilegítima una decisión de tal naturaleza de forma que pudiera ser impugnada por el contratista”*. No obstante, la misma autora predecía que un uso ilimitado del *ius variandi* puede lesionar los principios de publicidad, concurrencia y objetividad en la selección del contratista, por lo que consideraba oportuno limitar tal prerrogativa²⁹⁶.

²⁹⁵ FUNDACIÓN FIASEP, AUDITORIA PARA LA TRANSPARENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO, Comisión Técnica de Auditoría Pública, *Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo*, documento N° 5, 2013, p. 47.

²⁹⁶ HORGUE BAENA, C., sostuvo que la situación correlativa del contratista ante el *ius variandi* sería el *“umbral de riesgo del contratista”* (*La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., pp. 53, 108, 132 y 135).

Para NÚÑEZ MUÑAIZ el objetivo de los límites al *ius variandi* es “no desnaturalizar el principio de licitación que rige el ámbito de la contratación administrativa²⁹⁷”.

GARCÍA DE ENTERRÍA llegó a dar otro sentido al concepto de límites o presupuestos del *ius variandi*. Señalaba que “cuando se habla de límites al ejercicio del *ius variandi* se quiere decir algo muy distinto; se está estableciendo concretamente una garantía para el contratista privado, sobre el que no puede hacerse recaer de forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés común y de las cambiantes necesidades generales”. Además sostenía que “cuando se habla de límites del *ius variandi* se está hablando única y exclusivamente de los límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración Pública son obligatorias para el contratista”. Y defendía que la Administración Pública podía modificar sin trabas el contrato, por su carácter ilimitado en extensión e intensidad de la potestad de modificación del contrato²⁹⁸.

En el mismo sentido, RODRIGUEZ DE RIVERA DOMINGO entiende que la característica del *ius variandi* es que se puede modificar el contrato sin ningún límite, pues al menos “en cuanto a su extensión es ilimitado, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración”²⁹⁹.

Y es que hasta el propio TS establecía como límites a los modificados los legalmente existentes en cada momento sin tomar en cuenta la incidencia de los principios generales de la contratación respecto de la aplicación de los

²⁹⁷ NÚÑEZ MUÑAIZ, R., *Comentarios al Texto Refundido y al Reglamento de la Ley de Contratos*, op. cit., p. 383. Vid. asimismo, los Dictámenes del Consejo de Estado 583/2001, de 29 de marzo de 2001, y 262/2002, de 30 de mayo de 2002.

²⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 793.

²⁹⁹ RODRIGUEZ DE RIVERA DOMINGO, C., en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, op. cit., p. 1805.

modificados, especialmente los de publicidad, transparencia o igualdad de trato³⁰⁰.

En la actualidad, las anteriores consideraciones ya no tienen cabida. Es necesario velar por el resto de intereses dignos de protección, que se adicionan al del propio contratista. Los límites que la doctrina ha venido analizando y exponiendo hasta el momento no son los que ahora deben operar. Es necesario efectuar un nuevo estudio y reflexión doctrinal, partiendo de una premisa sustancialmente diferente: toda modificación constituye *a priori* una nueva licitación.

Lo relevante no debe ser tanto combatir los efectos de los modificados sobre el contratista, sino sobre el resto de partes afectadas. Por todo ello, procede desarrollar los presupuestos o requisitos que deben ser satisfechos con carácter previo al acuerdo de toda modificación del contrato, antes y con independencia de la voluntad del contratista.

Así pues, hay dos fases completamente diferenciadas: la primera, análisis de la concurrencia de los presupuestos de la modificación; y la segunda, examen de la voluntad del contratista sobre la modificación acordada. Aquí se va a incidir especialmente en la primera fase donde reside la gran novedad jurídica y donde deben tenerse en cuenta principios e intereses que trascienden a los del contratista.

Estos presupuestos vienen conformados por la existencia de una necesidad real de modificar el contrato. No por una mera conveniencia u oportunidad. La modificación supone una indiscutible ventaja o beneficio para el interés público y no debe existir alteración sustancial del contrato. Además, la modificación debe estar prevista en el condicionado o en su defecto, debe concurrir una circunstancia realmente imprevisible para un poder adjudicador diligente. A lo anterior habría que añadir, la necesidad de que la modificación se lleve a cabo durante la vigencia del contrato y que no sea ejecutada en tanto no haya sido aprobada por el órgano de contratación según el procedimiento previsto al efecto por el condicionado o por el TRLCSP.

³⁰⁰ SSTs de 28 de febrero de 1989 (RJ 1989\1368) y de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/10149).

3.- DE UNA PRERROGATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN A UN LÍMITE GENERAL: ÁMBITO SUBJETIVO.

En su origen el *ius variandi* era una prerrogativa que solo era aplicable a los contratos administrativos. La normativa sobre contratación pública solo regulaba la preparación y adjudicación de los contratos privados. Su ejecución y extinción se regulaba por el condicionado y por el derecho civil. En apoyo de esta derogada teoría, cabría citar la Sentencia del TS de 20 de noviembre de 1998 (RJ 1999/255) que precisó que el *ius variandi* tiene que ver con “*las fases de ejecución del contrato y no con la de selección del contratista*”³⁰¹.

En 2011 la LES efectúa una regulación de las modificaciones contractuales, extendiendo las limitaciones del *ius variandi* a los contratos privados.

Fruto de esta reforma, y de conformidad con el artículo 3 del TRLCSP, cabe concluir que todos los contratos celebrados por entes, organismos, y entidades reflejados en él, se someten a los mismos presupuestos para ser modificados. Ello incluye a toda la contratación del sector público.

Antes de esta reforma los poderes adjudicadores “*no Administración Pública*” no gozaban de esta prerrogativa pero tampoco tenían límites a la posibilidad de acordar modificados³⁰².

Todo modificado de mutuo acuerdo era siempre permitido. El propio condicionado podía establecer supuestos de modificación del contrato que

³⁰¹ GALLEGO CORCOLES, I., «Ejercicio del "*ius variandi*" (y II)», *Contratación administrativa práctica*, Nº 56, 2006, pp. 53-59; AMEZCUA ORMEÑO, E., aborda la problemática que genera la disposición transitoria de la LES, que no se aplica a los contratos celebrados por poderes adjudicadores no Administración Pública, y pone de ejemplo las modificaciones en contratos de obras y en particular la previsión del artículo 1593 del Código Civil («*ius variandi*, precios contradictorios y revisión de precios en el contrato de obras celebrado por poder adjudicador no administración pública tras la Ley de economía sostenible. », *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 6/2011 (Estudio).

³⁰² GIMENO FELIU, J.M., *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, alcance y efectos prácticos*, Colección Cátedra de Derecho Local, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 118 – 119.

llegaban a desnaturalizar el contrato inicial. En consecuencia, dejaban sin efecto la licitación de acuerdo a las previsiones que sí debían aplicar, en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato³⁰³.

Ahora todo ello es impensable. La ubicación de las determinaciones sobre modificaciones de contrato en el TRLCSP es determinante para ello. El Título V, que contiene el régimen de las modificaciones contractuales, se ubica en el Libro I, aplicable a todos los poderes adjudicadores. Esto supone que los presupuestos para modificar un contrato sean normas comunes a toda clase de contratos, ya sean administrativos o privados.

Ello es un acierto, como ha considerado unánimemente la doctrina³⁰⁴. Se reduce en gran medida la práctica habitual de encargar ciertas prestaciones a poderes adjudicadores “no Administración Pública” que no poseen la condición de Administración Pública, con la finalidad de no aplicar algunas normas de la contratación administrativa, entre ellas, las propias de las modificaciones de los contratos que se sometían al Derecho Civil y permitían incluso la modificación total del contrato originario.

El Consejo de Estado consideró apropiada la extensión del régimen de modificaciones del contrato a todos los entes que conforman el sector público. En su dictamen de análisis del ante-proyecto de la LES afirmó que “*la modificación de los contratos celebrados en el ámbito del sector público es sometida a determinadas reglas que prevalecen sobre el régimen civil*”, y que la nueva reforma “*supone restringir la posibilidad de modificar los contratos*

³⁰³ Hay que entender que la posibilidad de modificar el contrato privado por mutuo acuerdo está limitada por el límite de la alteración sustancial del contrato (novación extintiva). Véanse al respecto los informes de la JCCA 47/1998, de 17 de marzo de 1999, 52/2000, y 59/2000, de 5 de marzo de 2001, 50/2003, de 12 de marzo de 2004, y 37/2010, de 28 de octubre de 2011.

³⁰⁴ COLAS TENAS, J., «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público», *Boletín Derecho Local*, 1 de junio de 2011. Algo que también mantuve en mi trabajo «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: proyecto de ley de economía sostenible», op. cit., p. 330.

*públicos, una vez celebrados", restricciones que ahora "se aplican a todos los contratos del sector público"*³⁰⁵.

En conclusión, todo contrato celebrado por un poder adjudicador incluido en el ámbito de aplicación del TRLCSP va a regirse, en lo que atañe a su modificación, por las reglas que aparecen definidas en el Título V del Libro I.

De ello se deriva una restricción al poder ilimitado de variación de los contratos privados, aunque no una ruptura del ordenamiento civil aplicable. No se trata de conferir o trasladar una prerrogativa, que nunca han tenido³⁰⁶, a personificaciones privadas que cumplen funciones públicas. Por el contrario, se impone un límite a una posibilidad antes existente.

El ente no Administración pública no pasa a ostentar una posición pública y no puede imponer modificaciones de contrato con carácter general, por más que concurren las circunstancias del artículo 107 del TRLCSP. Ahora, cuando se den estos presupuestos podrán acordar la realización de esas modificaciones. Por el contrario, no cabrá que efectúe modificaciones con la avenencia del contratista fuera de estos supuestos.

El Informe de la JCCA de Cataluña 14/2009, de 30 de septiembre, consideraba posible prever en un contrato privado de seguros esta prerrogativa, puesto que el principio de libertad de pactos no impide prever en los pliegos estas facultades. Se argumentaba, sobre tal base, que no existe obstáculo para modificar el contrato cuando no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración, no versen sobre materias de *ius cogens* y esté expresamente justificada su

³⁰⁵ No obstante la bondad de la medida, el Consejo de Estado advirtió de la necesidad de modificar, precisamente, el artículo 20.2 del TRLCSP antes referido para incluir que los contratos privados en lo que atañe a su modificación se regirán por la TRLCSP, y el artículo 21.2 TRLCSP para encomendar al orden jurisdiccional contencioso administrativo las cuestiones vinculadas a la modificación de los contratos privados.

³⁰⁶ Véase el Dictamen 18/05 de la Abogacía General del Estado. Aborda la imposibilidad de que las entidades sometidas a la Ley 48/1998 cuyos contratos se rijan, en cuanto a sus efectos y extinción, por el Derecho privado, ejerzan la prerrogativa de modificación del contrato.

necesidad concreta para garantizar la salvaguarda del interés público, que se persigue garantizar con el contrato privado. Eso sí, siempre se debe garantizar el equilibrio o equivalencia de prestaciones entre las partes³⁰⁷.

En definitiva, las modificaciones de los entes de naturaleza privada sometidos al TRLCSP, seguirán siendo consideradas como actuaciones de derecho privado, pero se verán limitadas, en cuanto a su objeto y su alcance, por las previsiones legales. Sin embargo esta cuestión no es totalmente pacífica, puesto que se discute la admisión del recurso especial no sólo respecto de las modificaciones de contratos administrativos, sino también, respecto de los contratos privados.

Ello de todos modos, no parece totalmente pacífico o claro. Conforme a la doctrina de los actos separables debe estar expresamente previsto la posibilidad de recurso especial no sólo respecto de modificaciones de contratos administrativos, sino también, respecto de contratos privados.

4.- LA PROHIBICIÓN DEL MUTUO ACUERDO.

Solo si existe interés público es posible modificar el contrato. La Administración, como titular de esta prerrogativa, debe asegurar durante la ejecución del contrato, la satisfacción del interés público que justifica la existencia del contrato.

Precisamente una de las razones para definir pormenorizadamente el concepto de potestad es constatar su carácter inalienable e intransferible, irrenunciable o indisponible, imprescriptible y de ejercicio obligatorio. De lo anterior se desprende, que sólo el poder adjudicador puede llevar a cabo la modificación del contrato.

La iniciativa para ejercer esta prerrogativa está reservada a la Administración. Así lo aclara el informe de la JCCA 42/2002, de 17 de diciembre de 2002.

³⁰⁷ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., «Ejecución de los Planes de Ajuste y gestión del patrimonio municipal», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 11, junio 2012, p. 1413.

Por el contrario, en los contratos privados no sujetos al TRLCSP cualquiera de las partes puede proponer modificar un contrato y de mutuo acuerdo pueden alcanzar las modificaciones que estimen oportunas con carácter ilimitado. Así también venía ocurriendo en los contratos suscritos por poderes adjudicadores que no se incardinaban en el estricto concepto de Administración Pública³⁰⁸.

Pese a ello, con excesiva frecuencia las modificaciones son sugeridas y solicitadas por el propio contratista³⁰⁹. Sin embargo, no es posible modificar un contrato administrativo por mutuo acuerdo de las partes, por la existencia de las reglas propias de la licitación del contrato³¹⁰. Tras la reforma de la LCSP por la LES, tampoco es posible tal acuerdo en un contrato privado.

HORGUE BAENA entiende que la normativa existente excluye la modificación del contrato de mutuo acuerdo, de suerte que *“el contratista solo puede decidir si solicita o no la extinción del contrato para el caso de que no acepte llevar a cabo la ejecución de un modificado”*³¹¹ (esta posibilidad de

308 La JCCA entiende que *“resulta admisible la modificación por mutuo consenso o bilateral del contrato en los contratos privados, por aplicación del principio de libertad de pactos, pero con ciertos límites que consisten, de acuerdo con la doctrina expuesta (reproducida igualmente en los informes de 17 de marzo de 1999, dos de 5 de marzo de 2001 y 12 de marzo de 2004, expedientes 48/95, 47/98, 52/00, 59/00 y 50/03) en que no se vean alteradas sustancialmente las condiciones del contrato que determinaron la adjudicación del mismo al contratista”*. (Informe 37/10, de 28 de octubre de 2011).

309 COSCULLUELA MONTANER, L., cuestiona la habitualidad de los intentos de modificación por el contratista de los contratos públicos (*Manual de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 413).

310 BOQUERA OLIVER, J.M., *Poder administrativo y contrato*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 81.

311 HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 50. Véase asimismo BASTARDOS YUSTOS, F., *Contratos para la Administración Local*, op. cit., p. 337. Véase igualmente la Recomendación 1/2007, de 29 de mayo de 2007, de la JCCA de Canarias que afirma que la modificación corresponde sólo al órgano de contratación por lo que no pueden llevarla a cabo el responsable del contrato, el contratista o el Director de Obra. En el mismo sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado 3084/2002, de 31 de octubre de 2002.

elección solo existe cuando el modificado supera ciertos límites o cuando se trata de ejecutar unidades nuevas). Ahora el TRLCSP establece como obligatorias para el contratista todas las modificaciones, eliminando la posibilidad de rechazarlas cuando supere determinados límites. Todo ello permite apreciar el radical cambio producido³¹².

ESCRIHUELA MORALES³¹³ admite las modificaciones del contrato de mutuo acuerdo, con apoyo en la libertad que las partes tienen para incluir pactos, cláusulas y condiciones, conforme al artículo 25.1 del TRLCSP, siempre que concurrieran las circunstancias exigidas, con carácter general, para la novación. Añade que si es posible resolver el contrato por mutuo acuerdo, conforme al artículo 223 del TRLCSP, también puede modificarse el contrato.

GRIS GONZÁLEZ, se posiciona en contra de tal posibilidad tras la LES. El principio de legalidad positiva, derivado del artículo 103.1 de la Constitución, tutela el régimen de modificación de los contratos del sector público, lo cual conlleva que el poder adjudicador está imposibilitado para acudir a otros supuestos distintos de los tasados en los pliegos, en el anuncio de licitación o en el TRLCSP³¹⁴.

BOQUERA OLIVER parece avalar la posibilidad de modificar el contrato cuando no haya existido un procedimiento de selección del contratista. Dicho de otro modo, cuando se trata de contratos menores.

A mi juicio, ahora con la regulación del TRLCSP no cabe la modificación del contrato de mutuo acuerdo, sea el contrato administrativo o privado. Tampoco es posible en el caso de contratos menores, pues puede ocurrir con relativa facilidad que la variación del importe del contrato hubiese exigido la

³¹² Así la JCCA, en su informe 48/1995, de 21 de diciembre de 1995, afirmaba que cabe la modificación consensuada o bilateral tanto para los contratos de naturaleza pública como privada.

³¹³ ESCRIHUELA MORALES, F.J., « La necesaria reforma de la modificación de los contratos públicos », *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 95, p. 59.

³¹⁴ BOQUERA OLIVER, J.M., *Poder administrativo y contrato*, op. cit. p. 11.

utilización de unos procedimientos de selección distintos, ya con su correlativa publicidad³¹⁵.

En definitiva, sólo el poder adjudicador, nunca el contratista, puede modificar un contrato público - administrativo o privado -, sin que quepa mutuo acuerdo.

5.- LA EXIGENCIA DE PREEXISTENCIA DEL CONTRATO.

5.1.- MODIFICACIONES PREVIAS A LA PERFECCION.

La modificación del contrato presupone su existencia. Es necesario que el contrato se haya perfeccionado y que aún no se haya cumplido su objeto, y no se haya producido su extinción. En otro caso, no cabrá modificar el contrato sin que ello signifique que el fin del contrato o el interés público queden cercenados, debiendo hacer uso de otras previsiones legales para solucionar estas situaciones³¹⁶.

HORGUE BAENA afirma que antes de la perfección del contrato cualquier variación de las obligaciones no puede responder a este poder modificadorio al no haberse realizado el concurso de voluntades³¹⁷.

Tradicionalmente, se venía entendiendo que la perfección del contrato, esto es, el momento en que puede entenderse que se dan los requisitos y circunstancias para que un contrato tenga plena fuerza jurídica, se producía con la adjudicación del mismo. El motivo era que el momento en que se concretaba el resultado de la concurrencia de las dos voluntades tenía lugar con la adjudicación.

Este acuerdo de voluntades se traducía de una parte, en la voluntad de concurrir a la licitación manifestada en la oferta y de otra la voluntad de la

³¹⁵ BOQUERA OLIVER, J.M., *Poder administrativo y contrato*, op. cit., p. 81. DEL PRETE D., *L'avenant dans les contrats administratifs*, op. cit., p. 212.

³¹⁶ MARTIN REBOLLO, L.M. afirma que el *ius variandi* presupone la existencia de un contrato (en GÓMEZ – FERRER MORANT, R. y OTROS, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2 ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 589)

³¹⁷ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 38.

Administración de que una u otra oferta era la elegida en el momento de la adjudicación.

El artículo 27.1 de la LCSP en su redacción originaria preveía que la adjudicación definitiva perfeccionaba el contrato. Dicho precepto fue modificado por la Ley 34/2010 que dispone que la perfección tendrá lugar con la formalización o suscripción del contrato³¹⁸. Por tanto, si el contrato no surte efectos hasta su formalización, no puede modificarse con anterioridad a este momento.

No obstante, cabe preguntarse qué ocurre si antes de la formalización del contrato, el gestor del contrato descubre que ha errado en el pliego y desea enmendar ese error antes de la formalización del contrato. O cuando acaecen circunstancias imprevisibles que determinan que el contrato no puede cumplirse según el tenor del condicionado. Cabe distinguir varios supuestos.

En primer lugar, puede ocurrir que el descubrimiento de la necesidad de modificación del contrato por el error (o incluso la ilegalidad) se produzca una vez publicitado el anuncio de licitación pero antes de la presentación de ofertas. La solución consiste en desistir de la contratación vigente para después modificar el elemento deseado (del condicionado y/o en su caso del proyecto de obras) y otorgar un nuevo y completo plazo de licitación publicitando dicho anuncio por los mismos medios.

El segundo supuesto consiste en que ya haya recaído la adjudicación del contrato erróneo o inviable. Aquí debe renunciarse al contrato sin indemnización para el adjudicatario, puesto que no se han adquirido aún derechos sobre el contrato por no haber sido formalizado³¹⁹. En este caso

³¹⁸ En Navarra no ocurre así, pues la perfección se produce con la adjudicación, aunque queda condicionada al transcurso del plazo de interposición de recurso especial. Así lo expuse en mi trabajo, «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre Recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», op. cit., pp. 149-181.

³¹⁹ Cabría simplemente que el adjudicatario e incluso el resto de licitadores, previa acreditación, solicitaran como indemnización el coste de preparación de la ofertas. Si bien ello no tiene sentido para el caso de que los reclamantes concurrieran nuevamente a la licitación, resultaren o no adjudicatarios. Recuérdese que la normativa de contratación de las entidades

puede existir una reclamación para hacer frente a los costes de preparación de la oferta si dicho licitador no volviera a concurrir a la nueva licitación o ésta fuera sustancialmente distinta a la inicial.

Es interesante al respecto el Acuerdo 2/2011, de 29 de marzo, de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra, por el que se estima la reclamación presentada por “Prevención Navarra Sociedad de Prevención de Mutua Navarra, S.L.” contra la Resolución del Rector de la Universidad Pública de Navarra por la que se adjudica la contratación de las especialidades preventivas de medicina del trabajo e higiene industrial a integrar en el servicio de prevención de la Universidad Pública de Navarra.

La Universidad Pública de Navarra varió el modelo de propuesta una vez comenzado el plazo para presentar las ofertas con la finalidad de aclarar un error en el condicionado. Dicho cambio afectaba a una parte sustancial de la oferta, puesto que implicaba un recálculo de las magnitudes económicas de la oferta. La consecuencia inmediata de esta modificación, una vez publicado el anuncio de licitación y comenzado el plazo de presentación de las ofertas, es la reducción del tiempo necesario para presentar una oferta admisible, lo que constituye una infracción del principio de igualdad de trato por no facilitar un tiempo adecuado para poder efectuar una oferta admisible.

Dicha Junta anuló la adjudicación del contrato aunque no por el hecho de operar sobre un contrato inexistente, sino por una cuestión procedimental. Se exigió que existiera *“reflejo en el expediente de cómo se ha tramitado esa modificación y sin que conste la aprobación del órgano de contratación en el expediente. La conclusión es que la publicación de la modificación del Anexo V del pliego se ha realizado prescindiendo de todo procedimiento, lo que implica que se trata del supuesto de nulidad de pleno derecho establecido en el apartado 1 e) del artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de*

locales en Navarra configura la formalización del contrato con carácter potestativo. Asimismo téngase en cuenta que la perfección del contrato tiene lugar en la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra 6/2006 de 9 de junio con la adjudicación y no con la formalización.

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

La posición de la mencionada Junta no es correcta puesto que al no tratarse de una aclaración sino de una modificación no era viable modificar el contenido del acuerdo y publicarlo, como aconsejaba dicha Junta. Por el contrario, lo adecuado y necesario hubiera sido desistir del proceso en curso y aprobar un nuevo procedimiento de licitación que subsanara las deficiencias que existieran.

5.2.- MODIFICACIONES POSTERIORES A LA EXTINCIÓN.

La modificación tampoco tiene encaje cuando la fuerza de obligar del contrato ha decaído por cumplimiento o resolución del contrato. En ese caso ya no hay ningún vínculo válido entre las partes.

Esta cuestión afecta no sólo a las modificaciones contractuales, sino también a toda la ejecución del contrato. Por ejemplo, en el caso de las penalidades por demora al contratista que entrega tardíamente las prestaciones objeto del contrato, éstas no podrán ser impuestas si el contrato ha sido liquidado³²⁰. Los mismos motivos impiden también modificar un contrato.

Si el contrato constituye una obligación de dar o hacer una prestación definida inicialmente y en contrapartida, el abono de las mismas por quien la recibe, no es viable que pueda modificarse el contrato una vez entregada o satisfecha la prestación.

Por otra parte, en ocasiones, una vez efectuada la prestación por el contratista, el poder adjudicador estima oportuno que se realicen una serie de prestaciones que completen o mejoren el objeto de ésta. Éstas no son modificaciones del contrato porque no existe un vínculo válido entre las partes³²¹.

³²⁰ Por todas, STS de 4 julio 1984 (RJ 1984\4660).

³²¹ HORGUE BAENA, C., afirma la imposibilidad de modificar un contrato extinguido por cumplimiento o resolución pues la fuerza de obligar del contrato ha decaído (*La modificación del contrato administrativo de obra*, p. 38).

En la mayoría de supuestos, y en el mejor de los casos, se tratará de prestaciones complementarias que no revisten la naturaleza de modificaciones del contrato, como bien señala el artículo 105.1 del TRLCSP. Pero nunca podrán ser consideradas como modificaciones contractuales, como aclaran el Informe de la JCCA 71/1999, de 11 de abril de 2000, o el Dictamen del Consejo de Estado 1278/1991, de 21 de noviembre de 1991.

Extinguido el contrato (por cumplimiento o por otras causas de las reflejadas en el TRLCSP) no cabe considerar que las prestaciones que se realicen posteriormente sean parte de dicho contrato extinto. En consecuencia, no se puede obligar al contratista a ello pues sus obligaciones ya han desaparecido.

Tampoco debe confundirse con la existencia de un deber del poder adjudicador de retribuir al contratista por todo lo ejecutado bajo sus órdenes, con independencia de si ello se califica como modificación del contrato o como mero pago relacionado con la prohibición de enriquecimiento injusto del poder adjudicador.

El Consejo de Estado, en Dictamen de 10 de septiembre de 1998, ha sostenido que a partir de la recepción del contrato se está ya en fase de liquidación, de modo que si luego hay excesos o desequilibrios a restaurar, el problema se planteará no ya desde la óptica del *ius variandi* sino del enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto³²².

Suele ser frecuente, además, que los contratos, especialmente los de servicios y los de concesión, contemplen la posibilidad de prorrogar su plazo inicial. El acuerdo que materializa la prórroga no conlleva una modificación del contrato, como tampoco lo hace la aplicación de revisión de precios cuando así

³²² GOMEZ-FERRER MORANT, R. y OTROS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 589 – 590. MARTINEZ FERNÁNDEZ, J.M., «Las modificaciones contractuales. La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el TRLCAP», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* Nº 3, quincena 15 - 27 de febrero de 2001. MEILAN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, op. cit., pp. 242 – 244. GALLEGO CORCOLES, I, «Ejercicio del "ius variandi" (I)», *Contratación administrativa práctica*, Nº 55, 2006, pp. 48 - 55.

estuviera prevista. Lo trascendente en lo que ahora interesa es que la prórroga debe ser acordada antes de la expiración del contrato.

Igual ocurre con las conocidas como prórrogas por tácita reconducción, denominadas así para endulzar su verdadera naturaleza: el enriquecimiento injusto. Esta figura procede del ámbito de los arrendamientos urbanos, en particular del artículo 1566 y siguientes del Código Civil. Finalizado un contrato, normalmente de servicios que no pueden interrumpirse, la Administración los continúa sin contrato con el contratista originario. Tampoco, este excepcional supuesto puede ser calificado como modificación del contrato.

En definitiva, para que un contrato pueda ser modificado lo primero es que el contrato exista. El contrato deberá estar perfeccionado (lo que en la actualidad equivale a que se encuentre formalizado) y no debe haberse extinguido. Una vez extinguido nada tienen el contratista que hacer ni la Administración que exigir. Procederá, solamente, una nueva adjudicación que deberá efectuarse de acuerdo a los procedimientos previstos en el TRLCSP.

6.- LA EXIGENCIA DE INTERÉS PÚBLICO.

6.1.- EL INTERÉS PÚBLICO COMO PRESUPUESTO.

El interés público se configura como el fundamento y la justificación primordial de todo modificado, pero también, como límite. La Administración no puede gozar de una zona de inmunidad que le permita modificar sin causa justa un contrato con la simple invocación formal del interés general³²³.

³²³ GONZALEZ PÉREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Volumen I, 4ª ed., Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 303. La STS de 29 de junio de 1986 (RJ 1986\4894) determina que la prerrogativa de modificación debe ejercerse atendiendo al interés público, no estando la Administración Pública autorizada a ejercer el *ius variandi* en aras de un interés como es el económico del concesionario, en detrimento del propio servicio y de los demás interesados en su prestación. Vid. SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 418. Por obvio que sea la necesidad de justificar la existencia de causa e interés público en la modificación no es infrecuente que ello no ocurra. Cuenta de ello la da el Informe de

Se ha llegado a sostener que la inmutabilidad del contrato se refiere no tanto al objeto sino al fin que persigue satisfacer o lo que es lo mismo al interés público anhelado por la actuación³²⁴. Son las exigencias potencialmente cambiantes del interés público las que justifican los modificados.

Un modificado donde no pueda acreditarse de forma clara, patente e indubitada³²⁵ la existencia de motivos de interés público que lo justifican debe ser rechazado³²⁶. En consecuencia, el interés público debe ser afirmado de modo principal en todo modificado, sin que quepa su simple invocación formal, pues entre otras cuestiones se crearía una extralimitada zona de inmunidad³²⁷.

Por ello, lo más relevante es conocer el significado del concepto de interés público, puesto que con demasiada frecuencia es objeto de interpretaciones tan amplias que provocan que toda modificación revista interés público.

El concepto de interés público emana del hecho de dotar de un significado estricto al interés general o utilidad pública y se trata de un concepto jurídico indeterminado o abierto³²⁸, formal y abstracto³²⁹ y en última instancia

Fiscalización de los sectores públicos autonómico y Local de 2004 y 2005 aprobados por el Tribunal de Cuentas en su sesión de 30 de noviembre de 2010.

³²⁴ HORGE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 46.

³²⁵ Dictamen del Consejo de Estado 42179/1979, de 17 de mayo de 1979.

³²⁶ Dictámenes del Consejo de Estado 55586/1990, de 10 de enero de 1991, y 3062/1998, de 10 de septiembre de 1998.

³²⁷ Dictamen del Consejo de Estado N° 55.586/1991 de 20 de enero de 1991. Vid. MENÉNDEZ GÓMEZ, E., *Contratos del Sector Público: contrato de obras públicas*, Thomson Aranzadi, 2008, Cizur Menor, 1ª ed., 2008, p. 379. GONZALEZ PÉREZ, J y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, op. cit., pp. 295 – 304.

³²⁸ STC 37/1981, de 16 de noviembre (RTC 1981\37) y 69/1984, de 11 de junio (RTC 1984\69).

³²⁹ PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDO, A., consideran el concepto de interés público como un concepto abstracto considera que éste presenta dos acepciones objetivo o sustantivo (en el que se centra el presente trabajo) y otro subjetivo u organizativo (como instrumento de delimitación competencial entre las distintas administraciones

cabe equiparlo con la finalidad general perseguida por las diferentes Administraciones Públicas³³⁰.

El fundamento último de la modificación es la satisfacción del interés público³³¹. COSCULLUELA MONTANER realza el papel de la Administración como gestora de los intereses públicos vinculados a la ejecución del contrato administrativo y la consecuente potestad de modificación del contrato *“pues ésta no puede venir obligada a ejecutar un contrato pese a los pactos celebrados si ello va en perjuicio precisamente del interés público que se pretendía satisfacer con la ejecución del contrato”*³³².

En este sentido, el artículo 1 de la LRBRL determina como función de los municipios la gestión de los intereses propios de las correspondientes colectividades.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA³³³ tuvo ocasión de alertar de ello afirmando que el interés público viene siendo utilizado no sólo como

territoriales: arts. 137, 144, 148, 149, 155,...de la Constitución Española) (*Manual de Derecho Administrativo*, op cit., p. 605).

³³⁰ El interés público ha tenido una importante función en nuestro sistema jurídico pues constituía el criterio para identificar el ámbito de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, además de servir para distinguir a las administraciones territoriales de las no territoriales. Vid. al respecto BLANQUER CRIADO D., *Derecho Administrativo (1º el fin, los medios y el control)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 127 – 143; y RODRIGUEZ – ARANA MUÑOZ, J., *La prórroga en los contratos administrativos. Concepto, funcionalidad y régimen en los contratos de obras y en gestión de servicios públicos*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1988, p. 124.

³³¹ PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J.J., pone de manifiesto el interés público debe ser entendido, referente a los modificados, en un doble sentido: es el interés público lo que motiva en último término el reconocimiento de esta facultad extravagante, pero al mismo tiempo es su límite, pues esta facultad no se reconoce de forma omnímoda sino solo para aquellos casos en que lo exija el interés público («el interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual», *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, pp. 147 – 161).

³³² COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de derecho administrativo, parte general*, 21 ed., Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2010, p. 413.

³³³ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., «Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas», *Revista de administración pública*, Nº 100-102, 1983, p. 160.

fundamento legitimador de toda potestad pública, sino también, y además, “*como límite infranqueable frente a las apetencias de dominio de los grupos de presión o simples particulares investidos de autoridad que desde el seno de la Administración traten de enmascarar como públicos sus propios intereses*”.

Por su parte MONEDERO GIL³³⁴ identifica el concepto de interés público con las necesidades de bienes y servicios de las distintas unidades competenciales de la Administración Pública, o lo que es lo mismo, de los servicios públicos gestionados por la misma.

La Sentencia del TS de 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994\8503) determina que el propio interés público es el que prevalece sobre la inalterabilidad del contrato.

La sentencia del mismo Tribunal, de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997\1137) afirma que el *ius variandi* tiene como límite el interés público y que en otro caso, la utilización de esta prerrogativa supondría un abuso de derecho y una desviación de poder, al ejercerse potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Es llamativo cómo incluso, en ciertos casos, a pesar de que no se haya seguido el procedimiento legalmente previsto para modificar un contrato, se acepta su modificación con base en el interés público que persigue el contrato.

Una muestra de ello puede verse en el Dictamen del Consejo de Estado Nº 54400/1990, de 21 de junio de 1990, que informó favorablemente la modificación del contrato de “*obras de ampliación y reforma del edificio de la Diputación Provincial de Albacete*” por considerar adecuado mantener al contratista en la ejecución de la modificación del contrato sin resolverlo porque había hecho una oferta económica que se consideraba favorable al interés público, en vista de que una nueva licitación podría ser más cara para la Administración.

En última instancia, se pretende evitar que la justificación de la modificación provenga del propio interés del contratista o de otros sujetos.

³³⁴ MONEDERO GIL, J.I., *Doctrina del Consejo de Estado*, op. cit., p. 187.

Es frecuente que el contratista, tras efectuar una baja considerable sobre el precio de licitación para resultar adjudicatario, comience a cuestionar el contrato con el objetivo último de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que inicialmente había pujado excesivamente a la baja.

En los contratos de obras suele observarse, por ejemplo, que los libros de órdenes contienen anotaciones en las que se observa continuamente al contratista cuestionar el proyecto de obras, solicitar el cambio de materiales (siendo el cambio a materiales menos costosos y de menor calidad) y exigir la aprobación de nuevas unidades de obra aduciendo que de lo contrario el edificio no resistirá (cuando solicitan recalcular estructuras) o mostrando su compromiso social proponiendo mejoras (muy costosas) del objeto a entregar, todo ello sin justificar las modificaciones en un interés público patente, claro e indubitado³³⁵.

Las corruptelas generadas por las variaciones de los contratos en los últimos tiempos conllevan también que la finalidad de interés público pase a un segundo plano para anteponer los intereses económicos, o en cualquier caso, personales. Aparece una situación que se ubica, a caballo entre las corruptelas y los intereses privativos de los contratistas.

Otro ejemplo son las modificaciones propuestas por los contratistas y sin beneficio económico aparente, en las que la Administración contratante, o más específicamente, la dirección de las obras accede a las mismas. Es frecuente que ni siquiera se produzca, por considerarlo innecesario, el trámite de audiencia en las modificaciones contractuales.

6.2.- LA EXISTENCIA DE LÍMITES A LA INMUTABILIDAD DEL FIN.

Cabe reflexionar si el interés público prevalece sobre cualquier otra cuestión, o por el contrario, se encuentra limitado por otros principios o valores. A mi entender, hoy no puede sostenerse que el interés público habilite para modificar ilimitadamente un contrato.

³³⁵ Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118.

No cabe admitir que la inmutabilidad del contrato se reduzca a la inmutabilidad del fin de interés público perseguido. Debe rechazarse esta tradicional doctrina a la vista de todos los intereses concurrentes.

Es cierto que todo modificado debe basarse en la existencia de un interés público, patente claro e indubitado, sin cuya adecuada constatación no es posible modificar un contrato público.

Se trata de un interés propio y favorable a los intereses propios de las correspondientes colectividades a las que se destina o beneficia el contrato y para la general actuación del correspondiente poder adjudicador³³⁶.

Siendo, como se indica, necesario que concurra este interés público, sin embargo, su sola presencia no justifica la modificación del contrato.

7.- CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES.

7.1.- CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIA IMPREVISTA EN EL DERECHO EUROPEO.

Todo modificado exige que la causa que lo origine esté adecuadamente justificada en el expediente³³⁷. Debe existir una verdadera imprevisibilidad. Hasta la llegada de las actuales directivas de 2014 no se había regulado nunca expresamente la ejecución de los contratos públicos. Se regulaba únicamente a la licitación y adjudicación de los contratos. Ahora las nuevas directivas contemplan con claridad la extensión de este concepto.

La Directiva 2014/24 dedica su capítulo IV a la ejecución del contrato y su artículo 72.6 alude a las circunstancias imprevisibles al señalar como requisito habilitante para las modificaciones que la necesidad de modificación “*se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podría prever.*”

³³⁶ GONZALEZ CARRILLO, J., en *Contratación del Sector Público Local*, 2nda ed., El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010, p. 1111 – 1114.

³³⁷ Dictamen del Consejo de Estado 1041/1992, de 30 de julio de 1992.

Su Considerando 109 justifica los modificados por las *“circunstancias ajenas que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución del contrato se extiende durante un largo período de tiempo (...) El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible”*.

El concepto clave es la imprevisibilidad para un poder adjudicador diligente. Para definir el concepto de imprevisión, el texto en lengua inglesa, utiliza el concepto *“unforeseeable circumstances”* lo que clarifica que no estamos ante imprevistos sino ante circunstancias realmente imprevisibles.

Se recoge la doctrina de la STJCE Cas Succhi di Frutta Spa: *“que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podría prever”*.

No se emplea el término imprevisto (o imprevisible) que se utilizaba en el artículo 31 de la Directiva 2004/31. Así se dota de más claridad a esta noción.

No es lo mismo no haber previsto una circunstancia – imprevisto – que no haber podido prever tal circunstancia – imprevisible –.

La definición de este concepto fue un acierto por las Directivas de 2014. Se ofrecen las herramientas para poder conocer cuándo estamos ante un auténtico modificado. Y se opone a la LES y por extensión al TRLCSP, puesto que éstos pretendiendo clarificar qué es una circunstancia imprevisible la extienden a supuestos exorbitantes.

La novedad fundamental radica en que se cuente con un texto normativo que define el concepto de imprevisibilidad por primera vez en Europa. Ello ratifica la doctrina del TJUE y exige que este concepto se aplique inmediatamente en España, sin necesidad de espera a la transposición de la Directiva. Un modificado que no sea imprevisible, por más que pareciera estar permitido por el artículo 107 del TRLCP, no podrá llevarse a cabo.

Por su parte, el artículo 72.7 de la propuesta de Directiva sobre contratos públicos, recogía una serie de supuestos tasados donde no puede acudirse a la modificación del contrato (supuestos que ya no figuran en el texto final de la Directiva). Estos supuestos son: 1) que la modificación tenga por objeto subsanar deficiencias en la ejecución del contrato por el contratista o sus consecuencias que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales; y 2) que la modificación tenga por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista. Esta regulación puede parecer innecesaria, pues se limita a citar supuestos que no tienen el carácter de modificación conforme a la interpretación de la jurisprudencia comentada. Pero con ella se pretendió clarificar al gestor qué prácticas están permitidas y cuáles no.

Con frecuencia, el contratista aduce la imposibilidad (real o no) de conseguir ciertos materiales y se propone a modificarlos – con o sin acuerdo expreso del órgano de contratación – por otros a los que él le “otorga” un mayor valor económico o por el mismo valor a otros de diferente calidad. Ello es un incumplimiento contractual que debe perseguirse y no permitirse por los gestores. En estos supuestos, es claro que no existe una circunstancia imprevisible y que, en consecuencia, no cabría modificar el contrato.

En conclusión, el concepto de imprevisibilidad, en los términos aquí analizados, es el que debe seguirse en el derecho de los Estados miembros, con independencia de la regulación nacional. Ello a pesar de que las Directivas no hayan entrado en vigor.

El hecho de que en España, como se analizarán a continuación, exista una regulación distinta y deficiente del concepto de imprevisibilidad no es un obstáculo para que los contratos se modifiquen cuando exista una verdadera imprevisión. No hay que acudir a un listado de causas genéricas, como el previsto en el artículo 107.1 del TRLCP, sino examinar caso a caso si existe una verdadera imprevisión para un poder adjudicador diligente. Es decir, si se pudo prever normalmente la causa con que ahora se pretende justificar la modificación, o si se pusieron los medios suficientes y proporcionados a la importancia del contrato.

7.2.- CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIA IMPREVISTA EN ESPAÑA.

7.2.1.- Diferencia entre imprevisibilidad y necesidad nueva.

El artículo 202.1 de la LCSP (en su redacción originaria) establecía que la única justificación para llevar a cabo una modificación contractual es que acaezcan circunstancias imprevistas cuya atención sea necesaria. En cambio su precedente, el artículo 101.1 del TRLCAP señalaba que las modificaciones podían llevarse a cabo *“siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas”*. De este modo, se observa que la LCSP suprimió el inciso referido a la aparición de necesidades nuevas como habilitantes para llevar a efecto una modificación del contrato³³⁸.

Es necesario examinar cuándo se está ante circunstancias que permiten que la modificación tenga un presupuesto acorde a Derecho³³⁹. En caso

³³⁸ Sin embargo, ello no obsta para que algunos consejos consultivos, tomando como base el interés público, y aun existiendo nulidad de pleno derecho por cuestiones procedimentales, dictaminan favorable en supuestos de necesidades nuevas. Véase al efecto, el Dictamen 328/2013, de 15 de mayo, del Consejo Consultivo de Andalucía, sobre Modificación de contrato de gestión de servicio público de un centro de Protección de menores. Afirma en tal sentido que *“la modificación relativa al periodo que justifica la petición de dictamen en esta ocasión (1 de marzo de 2013 a 28 de febrero de 2014) merece similares consideraciones. En la memoria justificativa se consigna que, atendiendo a la cada vez mayor demanda de plazas para este recurso residencial de acogida inmediata, se hace necesaria la ampliación de su número, pasando de atender 25 menores a la atención de 35. Dicha ampliación en el número de plazas ofertadas implica la necesaria y correlativa modificación de la cuantía del contrato que quedaría establecida para el período de prórroga de 1 de marzo de 2013 a 28 de febrero de 2014 en 1.022.000,00 euros, acorde a las nuevas tarifas establecidas por la Dirección General de Personas Mayores, Infancia y Familias que atienden a razones de interés público fundamentadas en la racionalización del gasto, que para el programa de acogida inmediata es de 80 euros/día”*.

³³⁹ En este sentido MELLADO RUIZ, L., ha afirmado que *“subsisten aún algunas dudas interpretativas, derivadas de la dicción del artículo 202, sobre la fundamentación, el contenido y los límites de esta potestad administrativa”* («El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», op cit., p. 60).

contrario, se corre el peligro de contemplar algunas causas que superan lo permisible, como ha hecho la LES.

Ahora el artículo 107.1 TRLCSP (antiguo artículo 92 *quáter*) señala como causas habilitantes para modificar un contrato las siguientes, que luego se desarrollaran en detalle:

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.

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.

Hay que diferenciar el concepto de necesidad nueva del de circunstancia imprevista. Como han afirmado algunos autores, se trata de conceptos jurídicos

indeterminados que se han tratado indiferenciadamente en la mayoría de los supuestos³⁴⁰.

Por “*necesidades nuevas*” cabe entender los elementos aparecidos después de la perfección del contrato, que surgen en la ejecución del mismo, pero no necesariamente como consecuencia de la ejecución propiamente dicha, sino más bien por la interacción de elementos externos o ajenos a dicho contrato³⁴¹. Se trataría de causas que nunca pudieron ser tenidas en cuenta y tampoco pudieron ser previstas³⁴².

Las causas imprevistas son aquellas que surgen no ya fuera del contrato sino dentro de él. Se trata de elementos que habiendo podido ser tenidos en

³⁴⁰ GARCIA DE LA MATA, J.E y PIPAON PULIDO, J.G., «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público», op. cit.; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., «La tramitación de los futuros modificados de contratos del sector público con la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, Nº 39, 2011, pp. 89 – 100; JAMIN, C., MAZEAUD, D., «L'Unilatéralism et le droit des obligations, *Actes collo que organisé par le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris Val-de-Marne* (París XII), 1999.

³⁴¹ NUÑEZ MUNÁIZ, R., pone como ejemplos los señalados en el Dictamen del Consejo de Estado 863/1992, de 8 de octubre de 1992: la ordenación integral de la playa asumida después del proyecto originario, la modificación del trazado de la autovía, ensanchada a seis carriles, y para cuya ejecución es necesaria la regeneración total de la playa. La acción municipal instrumentada, mediante un Plan especial, y la acción autonómica, mediante el proyecto trazado de la autovía, interdependiente de la regeneración integral de la playa. Cita igualmente el aumento del tráfico que aconseja desdoblarse la calzada a lo largo de todo el trazado y no sólo en parte de él como recoge el proyecto primitivo (Dictamen del Consejo de Estado Nº 257/1992, de 29 de julio de 1992) (*Comentarios al Texto Refundido y al reglamento general de la ley de contratos de las Administraciones públicas*, op. cit., p. 385).

³⁴² El Consejo de Estado ha dado varios ejemplos de lo que considera son necesidades nuevas. El Dictamen 863/1992, de 8 de octubre de 1992, cita la acción municipal mediante un plan especial y la acción autonómica ensanchando la autovía; o el Dictamen 257/1992, de 29 de julio de 1992, donde se el aumento del tráfico - necesidad nueva - aconsejaba desdoblarse una carretera y no solo en parte. El Dictamen 5586/1991, de 10 de enero de 1991; 1459/1991, de 14 de noviembre de 1991; 1615/1991, que aborda un modificado en un 61,02% y aceptado la existencia de necesidades nuevas. Véase igualmente el Dictamen 5508/1991, de 10 de enero de 1991 y 1580/1991.

cuenta, no lo fueron en el momento de la preparación y adjudicación del contrato dado el estado de las circunstancias en aquel momento³⁴³.

En la jurisprudencia existen pocos ejemplos de esta diferenciación entre ambos conceptos. Ello se justifica porque el contratista no ofrece resistencia a la aprobación de la modificación sino más bien todo lo contrario³⁴⁴. Sin embargo, existe algún pronunciamiento aislado que aborda sus diferencias.

La Sentencia del TS de 11 de abril de 1984 (RJ 1984/1920) define como causas imprevistas aquéllas que pudiendo haber sido tenidas en cuenta no lo fueron en la preparación o adjudicación del contrato. La sentencia del mismo tribunal de 16 de abril de 1984 determina que “(...) *el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los arts. 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese "ius variandi", en todo caso requiere una singular motivación de hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus Pliegos regidos por el principio "ne varietur"*³⁴⁵.

³⁴³ En JIMENEZ APARICIO, E., *Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*, Tomo II, op. cit., pp. 632-638; LOPEZ DE LERMA I LOPEZ, J., SUBIRANA Y DE LA CRUZ, S., « La modificación de los contratos de prestación de servicios de recogida de residuos urbanos tras la nueva Ley de Economía Sostenible. El caso de la implantación del sistema de recogida selectiva », *Revista CEF LEGAL*, n.º 132, 2011, pp. 63 -114; GOMEZ – FERRER MORANT, R., y otros, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 589-590; SAINZ MORENO, F. resume la cuestión señalando que las causas imprevistas lo serían en un sentido estricto, mientras que las necesidades nuevas serían imprevisibles (en PENDAS DIAZ, B. (coord.), *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas)*, op. cit., pp. 423-424).

³⁴⁴ Ello sin perjuicio que una modificación ilegal constituye una nueva adjudicación y en consecuencia es posible la interposición de recurso frente a ella por cualquier sujeto interesado.

³⁴⁵ VAZQUEZ GARRANZO, J., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, op. cit., pp. 1805 – 1806.

Este concepto ha sido tratado ampliamente tanto por el Consejo de Estado³⁴⁶ y por otros consejos consultivos³⁴⁷.

El Consejo de Estado ha afirmado que si bien ambas causas (causas imprevistas y necesidades nuevas) hacen referencia a situaciones en las que la modificación se justifica por las deficiencias del proyecto o de las especificaciones técnicas, respecto de las causas imprevistas, basta la existencia de errores u omisiones, en tanto que, para las necesidades nuevas, la inadecuación de tales documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida en atención a una buena práctica profesional. Sostiene que *“se pretende dar un tratamiento diferente en función de si el contratista fue o no el autor del proyecto o intervino en la redacción de las especificaciones técnicas: en caso negativo, cualquier error u omisión, que no le sería en ningún caso imputable, justifica la modificación contractual no prevista en los documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que el error u omisión haga posible dicha modificación, es preciso que no fuera previsible con la diligencia de un buen profesional”*.

Este órgano consultivo ha criticado la amplitud con que a veces es entendido el concepto de imprevisibilidad. Así, en su Dictamen de 22 de mayo

³⁴⁶ Pueden verse al efecto los Dictámenes del Consejo de Estado N° 55586/1991, de 10 de enero de 1991 sobre *“Modificación contrato obra construcción edificio en C/ Serrano, 69”*, de 14 de noviembre 1991, N° 1459/1991, de 19 de diciembre de 1991, sobre *“aprobación del gasto y modificación de contrato, debido a obras “Reformado adicional a construcción comedor universitario en el Campus de la Universidad de Palma de Mallorca”*, N° 1580/1991 de 14 de noviembre de 1991, sobre *“Modificación contrato obras construcción Hospital Comarcal de Torrelavega (Cantabria)”*. Sin embargo es extraño el supuesto el correspondiente organismo no admitiera el modificado concurren o no circunstancias imprevistas (o antes necesidades nuevas). El Consejo de Estado en sus dictámenes 1834/1995, 454/1996, o 3371/1996, aceptó la continuación del contrato mediando error, pero justificando ello no tanto en la existencia de circunstancias imprevistas sino en el interés público subyacente en el contrato y en los perjuicios que el aumento del coste o la interrupción de los trabajo podría suponer, algo más que cuestionable.

³⁴⁷ JIMENEZ APARICIO, E, considera que las deficiencias del proyecto pueden incluirse dentro del concepto de causa imprevista, lo que ahora plasma la LES (*Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*, op. cit. pp. 932 - 933).

de 1975, declaró *“que semejante entendimiento de la imprevisión dejaría sin eficacia alguna el precepto, ya que siempre podría aducirse que lo no incluido en un Proyecto aunque debiera serlo, se halla, efectivamente, “imprevisto” en él. Lo que el texto citado quiere, sin duda, decir –y mejor hubiera hecho, quizás, con la palabra “imprevisible”- es que se trate de circunstancias objetivamente imprevistas y no de meras imprevisiones en el Proyecto”*.

Idéntica doctrina se mantiene en los Dictámenes 175/05 y 70/07 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen 175/05, versaba sobre la *“Modificación de contrato de las obras de mejora y adecuación de la carretera de servicio del Puerto de San Pedro del Pinatar”* en que se determinó que ciertas circunstancias no eran *“causas técnicas imprevistas originariamente, ya que todas y cada una de ellas eran conocidas al tiempo de ejecutar las obras principales, y aunque su modificación contribuya a una mejora del proyecto en unos casos, y en otros a una reducción del presupuesto o del plazo de ejecución, no tienen encaje en los supuestos legales de modificación de los contratos”*.

Y sobre una de ellas, la sustitución del terraplén previsto por la excavación de dos metros más en los fangos, disponiendo un relleno de escollera de 500 kg. con un espesor de 1,40 metros y sobre ella 30 cm. de pedraplén, 30 cm. de macadán y el aglomerado correspondiente) señaló que las características del suelo no eran desconocidas en el momento de redactar el proyecto, por lo que esta circunstancia lleva a considerar que el proyecto inicial contiene errores técnicos, *“ya que las soluciones adoptadas se han manifestado, en la práctica, ineficaces”*³⁴⁸.

³⁴⁸ Sin embargo este Dictamen, pese a lo expuesto, incorrectamente a mi juicio, informó favorablemente el modificado, y justificó tal consecuencia por *“la existencia de un interés general en introducir las referidas modificaciones aun cuando se deban, la mayoría de ellas, a necesidades que no pueden calificarse de nuevas, o que dimanen de imprevisiones imputables a la fase previa a la aprobación del proyecto originario, y el hecho constatado de que el contratista ha aceptado la modificación, constituyen circunstancias que evidencian la conveniencia de que las obras correspondientes al modificado sean ejecutadas por dicho contratista, adoptando así una solución que se viene manteniendo para supuestos similares al*

El dictamen 70/07, del mismo Consejo versaba sobre las discrepancias surgidas entre la Intervención General y la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes en el expediente *"Modificado Nº 1 de Conexión de la Autovía AP-7 en Alhama de Murcia con el Campo de Cartagena"*. Según la Intervención General se pretende una indebida modificación del contrato por incorporarse a la propuesta de modificación las mejoras introducidas por el adjudicatario en su oferta. La Consejería alegaba que *"la falta de concreción en algunas mejoras de la oferta, tienen difícil verificación cualitativa y cuantitativa"*.

Se discute si es posible considerar como nuevas unas causas de modificación que están en el propio contrato. El Consejo calificó la modificación pretendida de *"irregular y de escasa congruencia con el régimen jurídico de los contratos públicos"*, pero admitió el modificado pues se había despertado en el contratista *"una legítima expectativa de ejecutar la obra con arreglo a las denominadas mejoras que él propuso, incorporadas ya a la relación jurídica, razón por la que en el propio Pliego de Cláusulas Administrativas se ha previsto que dichas mejoras se incorporen al proyecto mediante una adenda"*³⁴⁹.

Justificaba su informe favorable en *"la existencia de un interés general en introducir las referidas modificaciones aun cuando se deban, la mayoría de ellas, a necesidades que no pueden calificarse de nuevas, o que dimanen de imprevisiones imputables a la fase previa a la aprobación del proyecto originario, y el hecho constatado de que el contratista ha aceptado la modificación, constituyen circunstancias que evidencian la conveniencia de que las obras correspondientes al modificado sean ejecutadas por dicho contratista, adoptando así una solución que se viene manteniendo para supuestos similares al que nos ocupa, tanto por la Junta Regional de Contratación (entre otros, en el informe emitido en relación con el modificado núm. 2 de las obras*

que nos ocupa, tanto por la Junta Regional de Contratación (entre otros, en el informe emitido en relación con el modificado Nº 2 de las obras de ampliación y reforma del Hospital Comarcal del Noroeste de Caravaca de la Cruz), como por este Consejo Jurídico (Dictamen 84/2004, entre otros)".

³⁴⁹ A ello se suma que el Dictamen levantó el reparo de la Intervención general que se oponía, fundadamente al modificado.

de ampliación y reforma del Hospital Comarcal del Noroeste de Caravaca de la Cruz), como por este Consejo Jurídico (Dictamen 84/2004, entre otros)”.

El Informe de la JCCA 18/2006, de 18 de diciembre, referente a la modificación de un contrato de regulación del estacionamiento de vehículos en superficie (ORA, OTA) por incremento del número de calles a las que extenderlo, sugiere como solución más correcta una nueva licitación por versar sobre necesidades nuevas³⁵⁰.

Estos dictámenes son un instrumento válido para interpretar, caso por caso, las modificaciones que puedan plantearse en un contrato. La clave es el concepto de poder adjudicador diligente. En estos términos, los dictámenes analizados ponen de relieve la necesidad de que las circunstancias fueran desconocidas al tiempo de redactar el proyecto. Proscriben que todo imprevisto pueda ser considerado como imprevisible. Solo tendrían tal consideración aquellos imprevistos que sea circunstancias objetivamente imprevistas.

7.2.2.- La imprevisibilidad.

a) Interpretación restrictiva del concepto de imprevisión.

Las restricciones a los modificados han pretendido velar porque no haya una imposición excesiva de modificaciones de la Administración al contratista de un modificado en vez de garantizar los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. No puede olvidarse que el contratista rara vez recurrirá la aprobación de un modificado (a lo más su precio o la liquidación de las obras, y salvo que el modificado sea a la baja). Como expresa la Comisión Nacional de la Competencia, se ha efectuado una aplicación generalizada de esta causa incluso para abordar causas “de aparición reiterada”³⁵¹. Pero esto no debe ser aceptado.

³⁵⁰ CALVO Y RUATA, P., *Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 361.

³⁵¹ Comisión Nacional de la Competencia. *Guía sobre Contratación Pública y Competencia.*, página 28.
(http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/guia_contratacion_publica_competencia.pdf).

Se ha obviado así la importancia de exigir que sólo quepa un modificado ante una verdadera circunstancia imprevista³⁵², esto es, una circunstancia imprevisible³⁵³

Según DEL PRETE la existencia de imprevisibilidad se debe apreciar caso por caso de manera empírica y teniendo en cuenta la producción de un “*alea extraordinario*”³⁵⁴.

Sólo aquellas circunstancias que no pudieron preverse según las circunstancias entonces concurrentes, pueden ser consideradas imprevisibles, como ya señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 88/2005, de 17 de marzo de 2005³⁵⁵.

Especial incidencia tienen las circunstancias que no solo debe prever el poder adjudicador sino también el propio contratista. Así lo puso de relieve el TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, entre otras, en su sentencia de 18 de julio de 2012 (JUR 2012\290149):

“Por lo tanto, en estas condiciones no se puede sino concluir que el caso de autos falta el requisito de la imprevisibilidad del acontecimiento, puesto que dicha situación no era nueva sino previsible, y sin que pueda constituir obstáculo a la anterior conclusión la inexistencia en el contrato de una fórmula de revisión de precios, pues debemos partir de la concurrencia de un contrato válido en el que se ha acordado un precio cierto y la inexistencia de revisión de precios, lo que ha sido aceptado por el contratista sin reserva ni salvedad

³⁵² Puede que ello obedezca a la complejidad de interpretación de dicho concepto, visto el Dictamen de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia 1/2009, admite que resultan “*multitud de dudas en cuanto a la configuración de la potestad de modificación de los contratos en el nuevo marco de la Ley de Contratos del Sector Público*” y que “*hacer una interpretación del apartado 1 y 2 del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público correcta y adecuada a la normativa europea que debe trasponer es arriesgado y venturoso*”. Todo ello a la vista del procedimiento de infracción abierto por la violación de la regulación sobre modificados de la LCSP de los principios generales de la contratación pública.

³⁵³ BILLIAU, M., GHESTIN, J., *Le prix dans les contrats de longue durée*, L.G.D., París, 1990, pp. 108 – 173.

³⁵⁴ DEL PRETE D., *L’avenants dans les contrats*, op. cit., p. 334,

³⁵⁵ El *Codice dei contratti pubblici* italiano enfatiza en su artículo 132.c.1.b) que la causa tiene que ser imprevista e imprevisible “*cause impreviste ed imprevedibili*”.

alguna; salvedad que tampoco formuló, como se ha expuesto, con la modificación Nº 1 del contrato, o con ocasión de la recepción de las obras o la emisión de las correspondientes certificaciones”.

Conforme la STSJ de Valencia de 14 de febrero de 2014 (UR 2014\165849) la imprevisibilidad debe definirse como *“una manifiesta imposibilidad de previsión de forma tal que el elemento que provoca la mutación económica fuera imprevisible en el momento de la celebración del contrato”.*

En definitiva, procede interpretar de forma restrictiva el concepto de circunstancia imprevisible.

b) Interpretación conforme con el Derecho europeo.

La interpretación estricta del concepto de imprevisión debe, también, ajustarse al Derecho de la Unión Europea con independencia de lo dispuesto en el artículo 107 TRLCSP.

El concepto de imprevisibilidad es un concepto jurídico indeterminado cuya interpretación debe realizarse caso por caso y con la prudencia oportuna³⁵⁶. No puede ser considerado un cajón de sastre en que todo *“imprevisto”* tenga cabida³⁵⁷.

En este sentido, MUÑOZ LOPEZ³⁵⁸ afirma que de asemejarse el concepto de imprevisto al de imprevisible, se produciría una desnaturalización del concepto de imprevisibilidad. Por lo cual se refiere a circunstancias *“razonablemente imprevisibles al tiempo de la redacción del proyecto o de la presentación de ofertas”.*

³⁵⁶ RODIER R., *Harmonization du droit des affaire dans les pays du marche común*, op. cit., p. 44.

³⁵⁷ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., recuerda que parte de la doctrina considera que la expresión causas imprevistas comprende todos los supuestos de imprevisión como las de simple falta de toma en consideración («Las modificaciones contractuales. La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el TRLCAP», op. cit.)

³⁵⁸ MUÑOZ LÓPEZ, E. en *Contratación del Sector Público Local*, 2nda ed., El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid 2010, p. 1034.

La delimitación del concepto debe realizarse atendiendo a la doctrina sentada por el TJUE³⁵⁹. El Derecho nacional de contratos debe interpretarse con arreglo a los principios generales de la contratación pública provenientes del Derecho europeo.

Así lo ordena el TRLCSP en su artículo 1, que determina como objeto *“regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*.

No es posible realizar una interpretación contraria a dichos principios, por más que la literalidad de alguno de los preceptos del TRLCSP pueda generar dudas en su aplicación.

El Informe de la JCCA 21/07, de 30 de marzo de 2007, afirma que la interpretación de la normativa estatal de contratos públicos debe realizarse *“atendiendo no solo al elemento gramatical, sino también a los criterios histórico, sistemático y teleológico a que hace referencia el artículo 3 del Código Civil y que, por tanto, tenga en cuenta, como demanda esta disposición, los antecedentes del precepto, su posición estructural en el ordenamiento y su “espíritu y finalidad”, debe dar absoluta preponderancia a las directrices que se desprenden de las disposiciones comunitarias de las que trae causa, las cuales, además de constituir su contexto normativo de referencia, podrían incluso llegar a desplegar una eficacia directa en caso de omisión o insuficiencia de la norma nacional de transposición. Por ello, deben descartarse las interpretaciones que produzcan un resultado contrario al perseguido por las*

³⁵⁹ Así lo indica RAZQUIN LIZARRAGA, J.A («El nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público tras la ley de economía sostenible», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 8/2011).

*normas europeas y, por el contrario, dar primacía a aquéllas que coadyuven a su obtención o realización*³⁶⁰.

En igual sentido se pronuncian los informes 3/2009, de 15 de abril, y 23/2011, de la JCCA de Aragón. Este último determina *“que 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), y que conducen a una interpretación restrictiva de esta práctica”*.

El Dictamen 1/2009, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia, se aparta de la anterior posición y sostiene que *“a pesar del llamado por la doctrina y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea, conforme al cual se entiende que en supuestos de no adaptación o de adaptación incorrecta del derecho comunitario, las disposiciones de las directivas que sean incondicionales y suficientemente precisas pueden ser invocadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y ante las propias Administraciones Públicas, lo cierto es que las directivas, al contrario de lo que ocurre con los reglamentos comunitarios, no son de aplicabilidad directa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En opinión de esta Junta la interpretación de los apartados 1 y 2 del mencionado artículo 202, que conforme a su literalidad pueden parecer incongruentes y aunque su redacción pueda tener su origen en la doctrina del TJUE y en especial, como apunta en su informe 43/08, de 28 de julio la JCCA del Estado, en la Sentencia “Succhi di Fruta”, no puede llevarse a cabo de manera tal que lleguemos a darle un sentido contrario a sus propias palabras. Si con posterioridad se declara por el Tribunal de Justicia Europea que la*

³⁶⁰ Vid. al respecto MORENO MOLINA, J. A. «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en *la Ley de contratos del sector público*» *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X y ORDOÑEZ SOLIS, D. defiende la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *“secundum directivam comunitariam”* («La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo» op. cit, pp. 7 - 32).

regulación de los modificados que recoge la ley de Contratos del Sector Público no está en consonancia con los principios antes mencionados de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, que emanan del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE y de los artículos 12, 43 y 49 del Tratado CE, deberá ser el Estado Español quien deba de proceder a la modificación de su articulado, como ocurrió en tiempo atrás con las sucesivas modificaciones del ámbito subjetivo de aplicación de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

El TRLCSP posibilita las modificaciones contractuales, dada la amplitud, flexibilidad e insuficiencia con que se regula la posibilidad de modificar, y es permisiva con la modificación contractual en contra del derecho comunitario. Y esto no puede admitirse.

c) Imprevisibilidad en sentido estricto.

Quizás no sea necesario prever supuesto alguno de imprevisión. Basta con afirmar que sólo reunirán tal condición aquellas circunstancias que un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto. A este respecto cabe traer aquí la referencia a la diligencia propia del buen padre de familia que impone el artículo 1.104 del Código Civil, o incluso que exceda de ella, con la exigida en la situación concreta a persona razonable y sensata correspondiente al sector del tráfico o de la vida social cualificados por la clase de actividad a enjuiciar.

En este sentido GIMENO FELIU³⁶¹ considera que la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto. La ausencia de falta de diligencia debe quedar justificada, como apunta BARRERO RODRIGUEZ³⁶². MODERNE y DEVOLVE la definen desde un punto de vista positivo, concluyendo que existe imprevisibilidad “*si en el momento de preparación del contrato, la*

³⁶¹ GIMENO FELIU, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, op. cit., p. 256.

³⁶² BARRERO RODRIGUEZ, C., *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, 1ª ed., junio de 2007, p. 100.

*Administración hizo el esfuerzo necesario para prever las posibles dificultades de la ejecución*³⁶³.

ESCOLA³⁶⁴ define como circunstancias imprevistas aquellas que, siendo indispensables para la prosecución o conclusión de la obra, deben ser ejecutadas como consecuencia de hechos, condiciones o circunstancias que no han podido ser razonablemente previstas por las administraciones públicas ni por el contratante particular, empleando el conocimiento común y experimentado que es dable exigirles, al celebrar el contrato y que tornan más onerosa las prestaciones de éste último³⁶⁵.

BASTARDOS YUSTOS afirma que el término imprevisible es equivalente a circunstancias sobrevenidas, objetivamente imprevisibles y no meras imprevisiones, con apoyo en los dictámenes del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 1982, y de 22 de mayo de 1975³⁶⁶.

En definitiva, una circunstancia imprevisible es un hecho extraordinario, que no se espera que ocurra, que supera o excede de la aptitud normal de previsión y cuando resulta inevitable o irresistible.

³⁶³ MODERNE, F. y DELVOLLE, P., añaden como ejemplo que es la naturaleza del terreno encontrada corresponde a la geografía de la región (Consejo de Estado francés de 4 de abril de 1937, asunto *steharvaise de constructions terrestres et maritimes*, p. 474), o ya se había ejecutado los mismos trabajos en otro contrato por la misma empresa ello no constituye una novedad imprevisible (Consejo de Estado francés de 29 de marzo de 1944, *Montcol*) (*Traité des contrats administratifs*, Tome 1, L.G.D.J., Tome 1, 2nd Ed., París, 1983, p. 508).

³⁶⁴ ESCOLA, H.J., como ejemplo de imprevisibilidad este autor haberse hallado durante las obras de excavación de los cimientos de un edificio, rocas duras cuya existencia no era de esperar, capas profundas de poca consistencia, inadecuadas para fundar cimientos, o la aparición imprevista de capas de agua, u obstáculos artificiales – canalizaciones antiguas no señalizadas –. El hallazgo de rocas en el subsuelo en proporción mayor a las previstas en el proyecto configuran una circunstancia imprevisible según el Dictamen del Consejo de Estado 1375/1993, de 9 de diciembre de 1993 (*Tratado integral de los contratos administrativos*, op cit. pp. 248 – 249).

³⁶⁵ Véase en este sentido la Sentencia de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado N° 1685/2010 (Perú).

³⁶⁶ BASTARDO YUSTOS, F.M., *Contratos para la Administración Local*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2010, p. 334.

El Informe de la JCCA 5/2010, de 23 de julio de 2010, sostenía que *“para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato. En tal sentido, si para la redacción del proyecto se tuvo en cuenta la existencia de conducciones y servicios soterrados en la zona que debía ser ocupada por las obras y se requirió la intervención de las entidades titulares de los mismos para que aportaran la solución más adecuada para evitar que las obras pudieran ejecutarse sin causarles perjuicio, debe decirse que ninguna otra previsión era necesaria ni, probablemente, posible”*.

d) Imprevisibilidad y riesgo imprevisible: aspectos comunes.

Es importante traer a colación el concepto de riesgo imprevisible en relación con el concepto de imprevisibilidad que nos ocupa. Si bien se trata de una institución diversa al *ius variandi* el concepto de hecho imprevisible es compartido por ambas. El riesgo imprevisible se define como un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, y del que se desprende la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse³⁶⁷.

³⁶⁷ STS de 9 de diciembre del 2003 (RJ 2003/9140). Véanse también las SSTS de 30 de abril de 1999, que la define como un riesgo que no puede ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, o de 12 de diciembre de 1979 (RJ 4346/1979), que lo define como el riesgo producido por unas alteraciones económicas extraordinarias que afecten gravemente a la economía del contratista. Al contrario, la STSJ de Justicia de Cataluña Nº 956/2006, de 14 diciembre (JUR 2007\139501), determinó que no es una circunstancia imprevisible, sino una errónea determinación de la demanda, el hecho de que una serie de viales interiores de un recinto hospitalario que venían siendo ocupados por vehículos y que fueron acondicionados por la Administración por motivos de seguridad ante la dejación de la concesionaria. En el mismo sentido, la STS (Civil) de 27 de abril 2012 (RJ 2012\4714) afirma que los requisitos para la

Para ARIMANY LAMOGLIA el riesgo imprevisible supone la aparición de una circunstancia sobrevenida, extraordinaria y razonablemente imprevisible, no imputable a una deficiente gestión del concesionario. Una circunstancia que provoca una *“subversión grave en la economía de la concesión, de modo que su cumplimiento se torna extraordinariamente gravoso o incluso imposible en términos económicos”* y, en consecuencia, surge para la Administración concedente el deber de restaurar el equilibrio económico financiero del contrato, teniendo en cuenta las bases su adjudicación³⁶⁸.

La jurisprudencia española ha estudiado este concepto de forma precisa. La Sentencia del TS de 5 de enero de 2009 (RJ 2009\94) analiza la existencia de circunstancias imprevisibles provenientes de la alteración de la demanda de redes TETRA para la explotación del servicio de radiocomunicaciones móviles terrestres en grupo cerrado de usuarios con tecnología digital, que estaba sufriendo, según la recurrente, un declive *“imparable”*. Ante ello, el Tribunal afirma que *“esa alteración empezó a manifestarse incluso con anterioridad a la concesión de la licencia, por lo que no puede hablarse de circunstancias imprevistas e imprevisibles”*.

La Sentencia del TS de 11 de abril de 1984 (RJ 1984\1920), determina que no son circunstancias imprevistas aquellas que pudieron haber sido

aplicación de la cláusula *«rebus sic stantibus»* son *“una alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción que ha de ser exorbitante entre las prestaciones de las partes, que se produjo por un riesgo imprevisible y, por último, la subsidiaridad por no cabe otro remedio (SSTS de 20 de noviembre de 2009 y 21 de febrero de 2012); si tienen lugar todas estas circunstancias, la aplicación de la referida cláusula no producirá la extinción del contrato, sino a su modificación.”*

³⁶⁸ ARIMANY LAMOGLIA, E., «El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del TS («autopista Madrid-Toledo AP-41)», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Nº. Extra 1, 2011, p. 97. Ver igualmente informe de la Audiencia de Cuentas de Canarias de 31 de octubre de 2007. Téngase en cuenta que hay hechos que aún imprevistos no pueden ser causa de la modificación contractual, como por ejemplo, el aumento de salario previsto en nuevos convenios colectivos celebrados tras la perfección del contrato (STS de 18 de diciembre de 2001 (RJ 2002\2067).

tenidas en cuenta pero no lo fueron en la preparación o adjudicación del contrato³⁶⁹.

En definitiva, éste debe ser el concepto de imprevisibilidad a emplear, por más que el TRLCSP prevea un conjunto de supuestos que habilitan para modificar el contrato en determinadas circunstancias. Procede, en definitiva, interpretar sus previsiones de acuerdo al concepto de imprevisibilidad que las Directivas europeas y la jurisprudencia del TJUE han fijado.

7.2.3.- Crisis económica y modificados.

a) La contratación como instrumento económico.

La contratación no es solo un medio para que la Administración se provea de bienes y servicios. Es un instrumento de acción pública con enorme impacto sobre el PIB. Una acción estratégica en materia de contratación pública es capaz de cambiar el comportamiento del mercado y sus agentes.

Las actuaciones sobre la contratación pública dirigidas a lograr la estabilidad presupuestaria y reducir el impacto de la crisis económica que se relacionan con la contratación han sido múltiples. El conocido como Plan E (Fondo Estatal de Inversión Local (2008) y Fondo Estatal para el empleo y la sostenibilidad local (2009) pretendió aumentar la actividad en obras públicas municipales. En estas contrataciones fue frecuente, dado que se financiaban íntegramente las obras, que a pesar de las bajas económicas de la licitación se modificaran los contratos hasta el presupuesto de licitación³⁷⁰.

Sin embargo, la política económica pasa al extremo contrario: reducir drásticamente el gasto corriente y la inversión de todas las Administraciones mediante la reducción del volumen de contratación y la modificación de los

³⁶⁹ En el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 5 de julio de 2011 (RJCA 2011\661) habla de circunstancias que no pudieron ser previstas al tiempo de celebrarse el contrato.

³⁷⁰ Buena cuenta de ello ofrece el Informe del Tribunal de Cuentas sobre actuaciones realizadas por los Ayuntamientos con cargo al fondo estatal para el empleo y sostenibilidad local (Informe 1046/2014, de 24 de julio de 2014).

contratos. Se pasa así de la sobrecontratación a la austeridad absoluta en dicha actividad administrativa³⁷¹.

b) La modificación a la baja ex lege como medida general.

Han existido varios ejemplos de configuración *ex lege* y *ad hoc* de supuestos en que procede modificar un contrato con esta finalidad reductora. Se trataba de modificar contratos adjudicados por las diferentes Comunidades Autónomas y entidades locales, con el objetivo de reducir el déficit, paliar la crisis económica y acercarse al objetivo de estabilidad presupuestaria exigido a España³⁷².

La primera de ellas fue la Ley Foral 14/2011, de 27 de septiembre, de modificación de la Ley Foral 22/2010, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2011, y de la Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que entró en vigor el día 30 de septiembre de 2011. Mediante su artículo 2 añadió una disposición adicional trigésimo sexta a la Ley Foral 22/2010. Se justificaba en la necesidad de dictar una norma con rango legal para poder configurar causas de interés público, porque consideraba que sin tal habilitación legal no era posible modificar los contratos. En concreto la citada disposición adicional trigésimo sexta señalaba

³⁷¹ GIMENO FELIU, J.M., «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº. 9, 2010, pp. 50-55. La Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueban el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de plan de ajuste, previstos en el Real Decreto - ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales alude directamente a ello en sus medidas 11 (no ejecución de inversión prevista inicialmente), 15 (reducción en la prestación de servicios de tipo no obligatorio) y 16 (otras medidas por el lado de los gastos).

³⁷² CANTERA CUARTANGO, J.M., «La renegociación de los contratos públicos en tiempos de crisis económica», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 19, Quincena del 15 al 29 Oct. 2012, p. 2143, tomo 2; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., «Ejecución de los Planes de Ajuste y contratación pública». op. cit., p. 1413.

que: "A efectos de lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, se considerará que se realiza por motivos de interés público cualquier modificación de los contratos administrativos que se realice durante el presente ejercicio presupuestario de 2011 y que tenga como finalidad el logro del objetivo de estabilidad presupuestaria, reduciendo el volumen de obligaciones o ampliando el plazo de ejecución del contrato"³⁷³.

Comparto la necesidad de encontrar y adoptar las medidas necesarias para superar la grave situación económica existente, pero para que las modificaciones contractuales puedan llevarse a cabo no basta con la existencia de interés público. Debe exigirse también que la presencia de circunstancias imprevistas para un poder adjudicador diligente.

Con una medida de tal generalidad³⁷⁴, todo modificado no puede considerarse permitido, sin realizar un análisis caso por caso. Hubiera sido más apropiado examinar la incidencia de cada concreto contrato sobre la estabilidad económica de la Comunidad para después comprobar que no existe medida alguna (concertación de deuda por ejemplo) para afrontar el normal desarrollo de estos contratos. Además, aunque la norma no lo señalaba, en la práctica, se alentó a que las reducciones fueran del 20%.

³⁷³ El informe de los Servicios Jurídicos del Parlamento destacaba la excepcionalidad y limitación en el tiempo de la norma y concluía su adecuación a Derecho porque *"el poder público ha de poder encontrar fórmulas de respuesta a situaciones de crisis e, incluso, de insolvencia financiera y el Derecho no puede negar tales vías"*. Reconocía que alguien pudiera plantearse si la reducción del déficit presupuestario no es en sí misma una razón de interés público habilitante de cualquier modificación contractual y, en consecuencia, cuestionarse si era precisa la innovación legal aludida. Justificaba tal exigencia en el carácter endógeno que por sí mismos tienen los modificados, y en la existencia de una causa exógena o ajena al contrato, y que por ello no podría por sí misma dar lugar a un modificado. Al pretenderse la modificación de todos los contratos para lograr el objetivo de estabilidad presupuestaria consideraba que sólo una norma con rango de ley podía habilitar a tal general uso y garantizar el principio de seguridad jurídica *"toda vez que difícilmente la legislación contractual en vigor autoriza un ejercicio del ius variandi como el pretendido"*.

³⁷⁴ El alcance de la medida eran todos los contratos suscritos bajo el amparo de la Ley Foral de Contratos Públicos.

Desde otro plano, ciertamente, la STJUE de 18 de junio de 2008, asunto C-454/06, Presstext, trata sobre una modificación a la baja de un contrato y no la considera alteración sustancial. Era un contrato en el que se modificaron unas tarifas a la baja (incremento del tipo de descuento aplicable a las consultas on line del servicio de agencia de prensa pasando de un 15% a un 25%), considera que *“no debe considerarse que (...) constituya una modificación sustancial del contrato y, por tanto, no implica una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50”*³⁷⁵. La motivación última es que los licitadores o potenciales empresarios interesados no se vean perjudicados por la decisión. Por ello, cuando las modificaciones son perjudiciales al contratista (modificaciones a la baja) el ordenamiento comunitario pierde el interés.

MARTINEZ FERNÁNDEZ, siguiendo esta sentencia, afirma que *“una modificación a la baja puede considerarse no sustancial como norma general, porque no parece en principio que ello pueda suponer un trato de favor para el adjudicatario, pues no parece presumible que de haberse conocido la posibilidad de una modificación a la baja se «hubiesen presentado ofertas sustancialmente diferente a las formuladas (artículo 107.3 TRLCSP)”*³⁷⁶.

En la práctica, a salvo de norma autonómica específica, se está acudiendo a esta sentencia del TJUE para fundamentar la reducción de los contratos. Lo importante no es analizar si es posible reducir el contrato, sino si existe causa habilitante para la reducción del contrato.

A este respecto, ESCRIHUELA MORALES afirma, con acierto, que entre las causas previstas en el artículo 107 del TRLCSP no se encuentra la minoración del crédito presupuestario. En este supuesto, según este autor,

³⁷⁵ GALLEGO CÓRCOLES, I. «Modificación "a la baja" del contrato público», *Contratación administrativa práctica*, Nº 121, 2012, pp. 110 – 116.

³⁷⁶ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., «Ejecución de los Planes de Ajuste y contratación pública». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, op. cit., p. 1376.

habría que acudir a la resolución contractual³⁷⁷. Cuestión distinta será si una reducción es o no sustancial, pero previamente habrá de existir una circunstancia imprevisible.

Tras la ley navarra citada, se dictó la Ley 5/2012, del 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos de la Generalitat de Catalunya, que introdujo una regulación muy similar a la de Navarra por medio de la Disposición Transitoria Undécima, que dice así:

“1. A los efectos de lo dispuesto por la legislación de contratos del sector público, las modificaciones de contratos administrativos que se lleven a cabo durante el ejercicio presupuestario de 2012 derivadas de la aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria se realizan por razones de interés público.

2. Los pliegos de cláusulas administrativas o el anuncio de las nuevas contrataciones deben incorporar las previsiones requeridas por la legislación de contratos del sector público respecto de la eventual modificación contractual con motivo de la aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria que correspondan”.

En Cataluña, dado el carácter básico del TRLCSP, tan sólo cabría, a mi juicio, modificar el contrato por fuerza mayor para justificar la modificación a la baja por razón de la crisis económica.

Más interesante, y adecuada, parece la segunda de las previsiones de este precepto. Contempla que los pliegos de cláusulas administrativas o el anuncio de las nuevas contrataciones incorporen como causa de modificación del contrato la aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria que correspondan. Siendo discutible esta previsión, resulta más adecuada que la primera.

Con esta cláusula se deja en manos de la Administración la libre modificación de los contratos, por el hecho de que vaya a ser aprobado un plan

³⁷⁷ ESCRIBUELA MORALES, F.J., «La contratación del Sector Público ante la crisis económica. Renuncia, desistimiento, suspensión, modificación y resolución de los contratos», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 119, 2012, p. 81.

de ajuste. Ello no es adecuado, pues conlleva una ruptura del principio de seguridad jurídica que debe presidir las relaciones de la Administración con el contratista, además de no definir con la precisión exigible la circunstancia que puede originar el modificado.

El mismo ejemplo siguió Andalucía con el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio³⁷⁸.

Seguidamente, la Ley de La Rioja, 7/2012, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2013, contempla en su artículo 77 una declaración general de interés público para alcanzar la estabilidad presupuestaria, con el objetivo de que *“se puedan modificar los contratos vigentes en aplicación de las normas sobre contratación pública”*, aunque realmente el precepto lo que exige es que esta previsión se incorpore a los futuros pliegos. En particular, afirma que: *“A efectos de lo dispuesto por la legislación de contratos del sector público, se considerarán razones de interés público las modificaciones de contratos administrativos que se lleven a cabo durante el ejercicio presupuestario de 2013 derivadas de la adopción de medidas que tengan como objetivo el logro de la estabilidad presupuestaria. Dicha previsión se incorporará al texto de los pliegos de cláusulas administrativas o se establecerá en el anuncio de la licitación”*.

³⁷⁸ Su Disposición Adicional Cuarta dispone lo siguiente:

“1. A los efectos de lo dispuesto por la legislación de contratos del sector público, las modificaciones de contratos administrativos que se lleven a cabo durante el ejercicio presupuestario de 2012 derivadas de la aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria, se realizan por razones de interés público.

2. Los pliegos de cláusulas administrativas o el anuncio de las nuevas contrataciones deberán incorporar las previsiones requeridas por la legislación de contratos del sector público, respecto de la eventual modificación o resolución contractual con motivo de la aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria que correspondan”.

MESA VILA, M., La aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria como causa de modificación de los contratos del sector público andaluz, *Observatorio de Contratos Públicos* (www.obcp.es).

c) *La modificación a la baja con apoyo de los consejos consultivos autonómicos.*

Diferentes Comunidades Autónomas consideraron que solo por Ley cabía modificar a la baja los contratos públicos. Sin embargo, otras llevaron a cabo modificaciones de contratos a la baja sobre la base de los dictámenes de sus respectivos consejos consultivos autonómicos para diferentes contratos concretos, extendiendo su doctrina al resto de sus actuaciones.

Un ejemplo de ello es el Dictamen 6/2010, de 20 de enero, del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha relativo al expediente relativo a la modificación Nº 2 del contrato administrativo especial para la organización, gestión y ejecución del programa de turismo social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Se modificaba a la baja en un 22% a la baja el lote nº 1. El Consejo se pronunció favorablemente a una modificación cuya causa se concretaba en la *“necesidad de recortar el presupuesto destinado a este programa, debido a la actual crisis económica y al necesario reajuste del presupuesto de la Junta de Comunidades, que ha de atender otros objetivos económicos y sociales derivados de la situación, al tiempo que se coadyuva por parte de las Administraciones Públicas a la consecución de los objetivos de déficit de la Unión Europea, recogidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento”*. Concluye que obedece a causas imprevistas, porque el ajuste presupuestario posee interés público.

En el mismo sentido se pronunció el Dictamen 146/2011, 23 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña que posibilitaba la reducción del contrato de servicios de atención ciudadana 012. Afirmaba que *“las modificaciones introducidas en el contrato (supresión de determinadas prestaciones) están en consonancia tanto con lo que dispone el artículo 92 ter (causas previstas en los pliegos) como con el 92 quater, apartado d) (cláusula de progreso), en la redacción dada por la Ley 2/2011, de economía sostenible. En cualquier caso, esta Comisión considera que la aminoración del contrato, derivada de la supresión de prestaciones, es conforme a la obligación de reducir gastos por parte de los departamentos de la Generalidad de Cataluña, de acuerdo con lo que establece el artículo 1.1 de la Orden ECO/10/2011, de 2 de febrero, por la cual se dictan las normas para elaborar los presupuestos de*

la Generalidad para el año 2011. También el artículo 32 de la Ley 2/2011 determina que todas las Administraciones públicas tienen que contribuir a conseguir la sostenibilidad presupuestaria de las finanzas públicas, entendida como capacidad para financiar los compromisos presentes y futuros”.

Igualmente, el Informe 6/2012, de 7 de marzo, de la JCCA de Aragón aborda las consecuencias de la alteración de un acuerdo marco por motivo de la crisis económica. Asevera que *“obviamente, es el poder adjudicador el que debe decidir cuál es el objeto de la prestación que necesita, atendiendo, por supuesto, a la preceptiva disponibilidad presupuestaria. Desde esta lógica resulta evidente que cualquier poder adjudicador puede ajustar ese concreto objeto a sus necesidades actuales”.* No obstante, concluye que *“la alteración de las circunstancias del acuerdo marco en el supuesto consultado, aún razonable por la actual situación de crisis económica y consiguiente dificultad presupuestaria, suponen una notable reducción del objeto de los contratos derivados, que quiebra la necesaria regla de igualdad entre los derechos y obligaciones sobre los que se planteó el acuerdo marco, por lo que no resulta jurídicamente viable la posibilidad que se consulta de realizar una designación obligatoria a una empresa”³⁷⁹.*

MORENO MOLINA considera que debe de existir una *“modificación obligatoria para el contratista, por razones de interés general (la crisis económica), en los términos del artículo 219.1 del Real Decreto Legislativo 3/2001, más allá de los supuestos previstos en los artículos 105 y siguientes, y tramitada de acuerdo con el artículo 211”³⁸⁰.*

En definitiva, se ha considerado que el mandato de la Unión Europea de cumplir con unos niveles máximos de endeudamiento, constituye una causa justificativa para resolver o modificar a la baja la totalidad de los contratos, sin

³⁷⁹ En el mismo sentido puede verse el Informe de la JCCA de Aragón 15/2013, de 26 de junio de esta Junta, en el que se concluía la precedente modificación de un contrato relacionado con la actividad minera.

³⁸⁰ MORENO MOLINA, J.A., «Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración», Anuario del Gobierno Local 2011, p. 112.

atender al efecto que, precisamente, tengan unos y otros, sobre el endeudamiento.

d) Modificación a la baja. La posición del contratista.

Esta posición de la Administración entra en conflicto con la del contratista, sobre el que también incide la crisis económica. Por ello, el contratista está instando a la Administración a llevar a cabo el equilibrio económico de contratos en que se transfería el riesgo de demanda ante la caída de ésta.

Si la situación económica constituye una causa válida para modificar libremente los contratos administrativos por parte de la Administración, cabe preguntarse por qué esta misma circunstancia no entra en juego para el contratista, de modo que éste haga uso de la misma para solicitar una modificación de las condiciones de explotación.

En relación con esta cuestión resulta de interés el Informe 18/2012 de 19 de septiembre, de la JCCA de Aragón que concluye *que “no es posible, con carácter general, entender que la crisis económica constituye uno de los supuestos que motivan la obligación del restablecimiento económico de la concesión”*. Para ello se apoya, entre otras consideraciones, en la doctrina fijada por la Sentencia del TS de 2 de marzo de 1999 (RJ 1999\2737) que afirma que *“no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias. Subsiste igualmente la necesidad de comprobar en el caso concreto si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente, pues la empresa contrata a riesgo y ventura y debe suponerse una mediana diligencia en los cálculos económicos efectuados al acordarse el precio de la retribución. En definitiva ello forma parte de uno de los elementos de juicio de que el empresario dispone para asumir el riesgo que todo negocio comporta”*³⁸¹.

³⁸¹ Comité de redacción, «La crisis económica como causa de modificación del contrato», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 123, 2013, 22 a 24, pone énfasis en la

En el mismo sentido, la Sentencia del TS de 4 de febrero de 2014 (RJ 2014\1852) desestimaba la solicitud de reequilibrio económico del contrato de concesión R-4 de Madrid, formulada por la “drástica reducción del tráfico” pese al decremento del tráfico en un 71,1% respecto del anteproyecto y de un 72% de la oferta, sobre la base de que las crisis económicas son cíclicas y no constituyen *“una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de su producción (...) Por ello, los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo*³⁸²”.

Sin embargo, la sentencia del TS de 30 de junio de 2014 (RJ 2014\3526) consideró que *“la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido”*, y concluyó que en el caso enjuiciado (un contrato de explotación publicitaria en los Autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia) la explotación presentaba un resultado reiterado de pérdidas y la completa desaparición de

necesidad de estudiar caso por caso si la crisis económica constituye uno de los supuestos de modificación contractual. Véase igualmente el Informe 8/2013, de 10 de abril, de la JCCA de Aragón.

³⁸² *“Si ambas partes contratantes erraron de forma amplia en sus cálculos por no prever factores que podían afectar a los mismos (la paralización/disminución del desarrollo urbanístico en el entorno atendido, la crisis económica que reduce la movilidad, las actuaciones de infraestructuras...) no puede ahora la concesionaria imputar tal error a la administración. No se vislumbra, ni tampoco se ha aducido que el pliego no respondiera al principio de transparencia en el sentido declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a que “todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma” (111, STJusticia de 29 de abril de 2004, asunto 496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA). Debe subrayarse que una característica propia del contrato de concesión es el “riesgo y ventura del contratista”.*

cualquier margen de beneficio, avalando el equilibrio económico a favor del contratista.

e) Conclusión. La crisis económica no es causa de modificación.

La crisis económica no puede considerarse una causa de modificación del contrato. No existe una imprevisión general en todos los contratos. Imprevisión que es de obligada existencia para que pueda hacerse uso de esta prerrogativa. Debe estudiarse caso por caso si cuando se adjudicó la contratación la crisis económica hubo podido ser tenida en cuenta. No basta el interés público para justificar una modificación.

El interés público es un presupuesto más, pero el fundamental es que la modificación obedezca a circunstancias imprevisibles para un poder adjudicador diligente, cuestión que deberá apreciarse en cada caso.

Ninguna relevancia tienen en ello las diferentes normativas autonómicas. Lo procedente es que si en el contrato no fue tenida en cuenta la situación económica puede ser objeto de modificación. En otro caso, si se determina que no es posible continuarlo debido a la falta de recursos económicos lo apropiado será no proseguir la ejecución en la anualidad siguiente – si se trata de un contrato plurianual –, o resolver el contrato.

7.2.4.- El concepto de circunstancia imprevista en Navarra.

Navarra es la única Comunidad Autónoma que contiene especialidades en relación con la regulación del concepto de imprevisibilidad en las modificaciones contractuales.

La Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, modificó la Ley Foral de Contratos Públicos del año 2006, entre otras materias, en el régimen de modificación del contrato. Esta norma no ofrece una lista exhaustiva de circunstancias que pueden calificarse de imprevistas, o mejor dicho imprevisibles, que es el término que emplea.

Su Exposición de Motivos señala que persigue el objetivo de reforzar la transparencia en las adjudicaciones mediante la reforma del régimen de las modificaciones de los contratos, con apoyo fundamental en la doctrina derivada

de la Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta Spa.

Literalmente afirma que *“se pretende garantizar que no se desvirtúe el carácter competitivo de la licitación, en la medida en que el contrato resultante de la misma sea realmente aquél por el que se compitió, pero también tiene como objetivo clarificar la regulación del ejercicio del “ius variandi” de la Administración, para que los operadores jurídicos conozcan cuando procede modificar un contrato o en qué casos se debe resolver y celebrar una nueva licitación”*.

Su nuevo artículo 105 restringe las modificaciones a los contratos perfeccionados donde haya sido prevista la posibilidad de modificación en los pliegos o en el anuncio de licitación de forma clara, precisa e inequívoca, con expresa indicación del porcentaje del precio de adjudicación al que como máximo pueda alcanzar, lo cual deberá reflejarse en el valor estimado.

Contempla también, la posibilidad de modificar el contrato si concurren circunstancias imprevisibles, que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever, siempre que no exista alteración del contenido esencial del contrato.

En particular el apartado 4 de dicho precepto establece que en defecto de previsión en el condicionado que *“también podrá modificarse el contrato cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:*

a) Que la necesidad de la modificación derive de circunstancias imprevisibles que una entidad adjudicadora diligente no hubiera podido prever.

b) Que la modificación no altere el contenido esencial del contrato.

c) Que el aumento del precio que se origine no sea superior al 50 por 100 del precio de adjudicación del contrato”.

Por otra parte, su apartado 6 prohíbe las modificaciones en los siguientes casos:

“a) Cuando la modificación tenga por objeto subsanar deficiencias en la ejecución del contrato por el contratista o sus consecuencias, que puedan solucionarse mediante la exigencia y cumplimiento de las obligaciones contractuales o de la responsabilidad del contratista.

b) *Cuando se trate de obras, asistencias o suministros que, no figurando en el contrato o proyecto inicial, sean susceptibles de aprovechamiento independiente o se cumplan los requisitos establecidos para la contratación de trabajos complementarios previstos en el artículo 73 “.*

La norma navarra ha utilizado el concepto de circunstancias imprevisibles que una entidad adjudicadora diligente no hubiera podido prever. No lo define, pero exige considerar la circunstancia no ya como imprevista – como rezaba el texto del precepto derogado – sino como “*imprevisible para un poder adjudicador diligente*”. Esta regulación es más adecuada que la que ofrece el TRLCSP, por cuanto si bien, a primera vista, parece más posibilista, si nos ceñimos al concepto ofrecido, es más restrictiva y se adecúa mejor al concepto comunitario de imprevisión.

8.- LA PREVISIÓN DE MODIFICACIONES EN EL CONDICIONADO.

8.1.- LOS MODIFICADOS PREVISTOS: REGLA GENERAL.

Es exigible y razonable que, con carácter general todas las posibilidades de modificación del contrato estén previstas en el condicionado.

La STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta Spa*, anuló una modificación contractual sobre la base de que su anuncio de licitación no previó la posibilidad de modificación del sistema de pago de las prestaciones contractuales. Consideró esta circunstancia contraria a principios de igualdad de trato y la obligación de transparencia. Sólo cabría dicha posibilidad si hubiera figurado en el anuncio de licitación, lo que habría permitido a los licitadores presentar una oferta conociendo las posibles incidencias de la ejecución, y concluyó que si la entidad adjudicadora desea que el contrato pueda modificarse está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación, de modo que todos los licitadores tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta³⁸³.

³⁸³ STJUE Comisión contra CAS *Succhi di Frutta SPA*, apartado 112.

La LCSP pretendió adaptarse al contenido de esta sentencia. Y así la redacción originaria del artículo 202.2 LCSP determinaba que *“la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual”*. Tal redacción perseguía dar a conocer a los posibles interesados en la licitación todas las condiciones que de una u otra manera podían influir en su oferta y, en definitiva, en la futura ejecución del contrato para no vulnerar los principios de igualdad y transparencia³⁸⁴. De tal redacción parecía desprenderse la imposibilidad de modificar un contrato cuando ésta no figuraba en el condicionado o el anuncio.

En este sentido MENÉNDEZ GÓMEZ, afirmaba que *“de no regular con precisión y claridad en el pliego la posibilidad de modificación del contrato y el marco en que deben producirse estas modificaciones serán nulas de pleno derecho”*³⁸⁵.

La redacción del precepto aludido caía en una serie de efectos perniciosos. El problema fundamental para los gestores es que daba la impresión de que si no hay previsión en el condicionado de la posibilidad de modificación del contrato, éste es inmodificable, y por el contrario si se preveía esta posibilidad, la modificación cabía siempre.

No menos importante es que cuando se plasma en los condicionados esta posibilidad en los pliegos se viene, aún hoy, haciendo de forma excesivamente genérica y posibilista. Con ello se incumple la finalidad de informar al licitador de las eventuales modificaciones de forma precisa de modo que pueda ser tenido en cuenta en su oferta. Además, se da la paradoja además de la evidente dificultad de plasmar a priori unas circunstancias que no pueden preverse al tiempo de preparar la licitación.

³⁸⁴ RODRIGUEZ DE RIVERA DOMINGO, C., en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dtores.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, op cit., p. 1931.

³⁸⁵ MENÉNDEZ GÓMEZ, E., *Contratos del sector público: contrato de obras públicas*, op. cit., p. 381.

En este sentido, BLANQUER CRIADO³⁸⁶ aborda la necesidad de no tolerar en lo sucesivo el uso de fórmulas vagas e imprecisas, que en la práctica funcionen como un cheque en blanco, que permita a la Administración introducir en el contrato cualquier cambio que se le antoje.

8.2.- LA NECESIDAD DE PREVER ADECUADAMENTE LOS POSIBLES MODIFICADOS EN EL CONDICIONADO.

8.2.1.- La prohibición de previsión genérica.

En la práctica una gran mayoría de condicionados contemplan esta posibilidad con carácter muy general, describiendo un elenco de supuestos que podríamos tildar, cuando menos, de *numerus apertus*. Es necesario que se llegue al convencimiento de que un contrato no tiene por qué ser siempre objeto de modificación.

Si es que fuera posible determinar desde el inicio las circunstancias que pudieran conllevar la modificación del contrato inicial éstas deben preverse adecuadamente en el condicionado.

Si el objetivo de la previsión es que los potenciales licitadores conozcan en qué puede devenir un contrato durante su ejecución para tenerlo en cuenta al tiempo de formular su oferta, de nada sirve prever generalidades. Para esos casos es conveniente, simple y llanamente no contemplar la posibilidad de modificar el contrato en el condicionado.

En definitiva, la incompleta plasmación de las modificaciones del contrato en los condicionados no respeta los principios de publicidad y transparencia³⁸⁷.

³⁸⁶ BLANQUER CRIADO, D., *Las concesiones de servicio público*, op. cit., 2012, p. 1051.

³⁸⁷ COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., «Hacia un tratamiento definitivo del *lus variandi* en la normativa contractual española a través de la Ley de Economía Sostenible», op. cit., Informe 11/2012, de 20 de julio, de la JCCA de la Generalidad de Cataluña 11/2012, de 20 de julio.

Por consiguiente, la previsión en el condicionado de la posibilidad de modificación no puede realizarse de forma genérica sino minuciosa³⁸⁸. Ello no sería suficiente para garantizar el ineludible respeto a los principios de publicidad y transparencia, como ha reiterado el TJUE.

El TRLCSP debiera haber obligado a que *“los pliegos establezcan de modo claro, preciso e inequívoco, qué, cómo, cuándo, por qué, y con qué efectos, incluyendo también, los económicos, que en su caso, podrían afectar al valor estimado del contrato, y por tanto a los requisitos de elección del procedimiento utilizado o a la publicidad a conferir a la licitación actual para no hacer necesaria la constitución de una nueva adjudicación”*³⁸⁹.

De hecho, con posterioridad, la LES incorporó estas previsiones de forma adecuada. El artículo 106 TRLCSP prevé que *“los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del*

³⁸⁸ VAZQUEZ MATILL, F.J., «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», op. cit., pp. 555 – 557. CEA AYALA, A., pone de manifiesto que no bastaría una mención genérica a la posible modificación del contrato, exigiendo la norma una determinación minuciosa de todas las circunstancias concurrentes en el caso necesarias legalmente para que pueda efectuarse la modificación. Según este autor con ello “evitar las modificaciones desmesuradas y que no tengan la debida justificación” («La nueva regulación de la modificación de los contratos», Contratación Administrativa Práctica, Nº 118, 2012, pág. 46).

³⁸⁹ VAZQUEZ MATILL, F.J., «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», op. cit., Nº 143, 2009, pp. 555 – 557. Al contrario ESCRIBIELA MORALES, J., manifiesta que *“esta previsión debe ser genérica y referida a la posibilidad de efectuar la modificación, y parámetros para determinar las condiciones económicas, ya que precisamente la causa de modificación deviene de la necesidad de atender a circunstancias imprevistas, por lo que no sería posible determinar con concreción en los pliegos los requisitos y formas que han de regir aquella”* (La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios, La Ley, Madrid, 2007).

contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas”.

Con ello el legislador persigue plasmar el principio de transparencia. Este principio es trasunto del principio de igualdad y pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública. Impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica que las ofertas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores³⁹⁰.

En consecuencia, como con acierto señala el Informe de la JCCA de Aragón 27/2011, de 23 de noviembre, *“el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. En el supuesto concreto, en cuanto la previsión del modificado no figuraba en el pliego, no es posible al alterarse si no el objeto del contrato. Lo contrario supondría una contravención del principio de publicidad y de igualdad de trato, y equivaldría a una adjudicación ilegal”.*

8.2.2.- Afección económica de los modificados previstos.

En el valor estimado del contrato debe constar expresamente la incidencia de los modificados previstos en el condicionado³⁹¹. Modificar un

³⁹⁰ Apartado 110 STJCE CAS Succhi di Frutta/Comisión SpA. MORENO MOLINA, J.A, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, op. cit., pp. 33 – 43.

³⁹¹ Sobre la necesidad de contemplar en los “modificados previstos” el valor estimado al que pueden afectar puede verse BERNAL BLAY, M.A. en su ponencia «Reflexiones sobre la

contrato es tanto como realizar una nueva adjudicación y por tanto su importe debe ser tenido en cuenta a los efectos de conseguir el respeto a los principios de la contratación pública.

Si se contempla la posibilidad de modificar el contrato por determinadas causas es necesario determinar la incidencia económica que ello tiene sobre el contrato inicial. En caso contrario, podría ocurrir que conocido el importe total de ejecución del contrato, hubiera sido necesaria la utilización de un procedimiento o publicidad distintos. Pero, en especial, la finalidad de estas previsiones es dar a conocer a los potenciales licitadores qué cambios puede experimentar el contrato para que puedan efectuar su oferta en consecuencia.

El Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la situación de la contratación pública de 2004 defendió que un adecuado instrumento para reforzar la transparencia del proceso sería incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato. Así, la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debiera seguirse para las sucesivas modificaciones de éste.

Los efectos de los ulteriores modificados tienen importancia ya no sólo para abrir el procedimiento en función del mayor valor estimado que conlleven sino que suponen una barrera a la libre concurrencia. Igual ocurre respecto del procedimiento de determinación de las posibles nuevas unidades que surtan del modificado y en definitiva de la forma de calcular el precio de las modificaciones de contratos. Es oportuno fijar estos criterios, tal como obliga el artículo 108.1 del TRLCSP. Por ejemplo, si se prevé incorporar nuevos

fase de ejecución de los contratos: régimen de modificación y pago de los contratos», en el Seminario que sobre Novedades en la contratación pública se celebró en Formigal los días 23 y 24 de septiembre de 2010 (en el marco de las actividades del Proyecto de investigación Nuevos escenarios de la contratación pública: urbanismo, contratación electrónica cooperación intersubjetiva). Sobre el mismo me remito a la Crónica elaborada por la profesora MEDINA ARNAIZ, T. publicada en el Nº 37 de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 2010. Vid. asimismo, BERNAL BLAY, M.A., en GIMENO FELIU, J.M. (Director), BERNAL BLAY, M.A. (Coordinador), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Editorial Aranzadi S.A., (Cizur Menor, Navarra), 2011, pp. 183 - 185. VELAZQUEZ CURBELO, F., *Manual práctico de contratación del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 32 y 63.

espacios y ejecutar en ellos prestaciones propias del contrato podrá establecerse la forma en que se hará efectiva la retribución al contratista por dichos aumentos.

Cabe preguntarse qué ocurre si no se determina en el condicionado el procedimiento para fijar los nuevos precios. Ello supone una deficiente regulación de los modificados en el condicionado, y en consecuencia, será una cuestión anulable.

En la práctica, ante la ausencia de previsión, deberá darse audiencia al contratista y fijarse contradictoriamente el precio de las nuevas prestaciones.

8.2.3.- Alteración sustancial y modificados previstos.

Se ha planteado si las previsiones de modificación del contrato que se contengan en el condicionado pueden llegar a afectar a las condiciones esenciales del contrato. El límite legalmente establecido del 10% como alteración sustancial en cuanto a las modificaciones no previstas lo es sólo para esta clase de modificaciones³⁹².

No cabe argumentar que cuando el modificado esté previsto en el condicionado es lícito modificar el contrato originario hasta el infinito. Con ello se desnaturalizaría el contrato.

En consecuencia, si bien el porcentaje puede ser superior al 10% considero que nunca puede modificarse por encima del 50% del precio del contrato, valor equivalente al límite establecido por el artículo 31 de la Directiva 2004/18 aún vigente y coincidente con el límite considerado en el artículo 72.6.c) de la nueva Directiva sobre contratación pública.

No comparto el criterio del Dictamen de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia 1/2009 que considera *“indiferente que afecten o no a sus condiciones esenciales”*, entendiendo que *“si tomamos en consideración la expresión completa: “las condiciones en que podrá producirse*

³⁹² En otros estados como Italia este límite está fijado en el 20%. EUGENIO COMBA, M., considera el límite del 20% compatible toda vez que la Directiva 2004/18/CEE fijaba el límite para los contratos complementarios en el 50% (*L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, pp.170 -176).

la modificación de acuerdo con el apartado anterior”, habremos de concluir que para ser coherente con la doctrina que sirve de fundamento a este artículo, la frase mencionada no puede tener otro significado que entender que al remitirse al apartado anterior se refiere a los requisitos de que la modificación responda a necesidades de interés público y se justifique debidamente su necesidad en el contrato. Con lo cual queda claro que en ningún caso se admite la modificación por causas discrecionalmente apreciadas por el órgano de contratación (es decir arbitrarias), pero, si están previstas en los documentos contractuales, pueden incluso afectar a condiciones esenciales del contrato. En suma, si existen modificaciones que no afecten a condiciones esenciales, y/o aparecen expresa y palmariamente en el pliego de condiciones podrán llevarse a cabo las modificaciones pertinentes para poder continuar con la ejecución normal del contrato”.

De seguirse esta tesis, pueden producirse efectos perversos para los principios de igualdad de trato y transparencia, por el riesgo de desnaturalización del contrato inicial. Ello determinaría que no se trata de meras previsiones de posibles modificados, sino de novaciones extintivas del contrato. A través del *ius variandi* no pueden alterarse completamente sus elementos esenciales. En tal caso debiera tramitarse un nuevo expediente de contratación con su correspondiente adjudicación³⁹³.

8.2.4.- Modificados previstos e imprevisibilidad.

Las situaciones que no obedezcan a circunstancias imprevisibles no pueden contemplarse en el condicionado como modificados previstos. Tampoco aquellas situaciones que por su propia naturaleza requieran un contrato independiente y sean susceptibles de ejecución independiente.

La dificultad de prever en el pliego circunstancias imprevisibles es evidente. Obviamente, el grado de concreción no puede ser absoluto, pues la

³⁹³ NÚÑEZ MUÑAIZ, R., *Comentarios al Texto Refundido y al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., p. 385, Vid. asimismo, Dictamen del Consejo de Estado 79/1993, de 1 de abril de 1993.

causa no sería imprevisible. Debe ser suficiente como para que los licitadores conozcan cuál puede ser el impacto económico en su oferta de los modificados, y puedan preparar su oferta en consecuencia.

Los criterios de adjudicación no podrán versar sobre la ejecución de las modificaciones contractuales pues es obligado que se relacionen con el objeto del contrato y no con cuestiones ajenas a él.

Un ejemplo es la contratación del mantenimiento de edificios cuando se conoce con certeza la incorporación de nuevos edificios al contrato. En estos casos no existirá ausencia de imprevisión. No procede contemplar la incorporación de los edificios como una modificación sino dentro de su precio. Lo que ocurrirá es que su inicio y correspondiente abono de la prestación tendrán lugar en la fecha que estos edificios se integren en el contrato.

Tampoco constituye una modificación contractual no alcanzar un presupuesto máximo si es el pliego de condiciones era claro al señalar tal carácter³⁹⁴.

8.2.5.- Modificados previstos y solvencia de los licitadores.

Además de para la determinación del procedimiento de adjudicación y la publicidad la previsión de modificaciones de contratos, afecta a la solvencia técnica y económica. La solvencia a exigir debe alcanzar no sólo al contrato principal, sino también a los posibles modificados que pudiera experimentar; siempre, obviamente, que estos se hayan definido en el condicionado.

La solvencia y sus límites siempre toman como referencia el valor estimado en cuanto a los medios de clasificación, al igual que ocurre con el modo de determinar la clasificación empresarial. El artículo 65 del TRLCSP

³⁹⁴ Así lo determina la STSJ de Madrid de 7 de noviembre de 2013 (JUR 2013\377606). Esta sentencia analizaba un contrato de servicios adjudicado por el Ayuntamiento de Madrid denominado "*servicios de organización del programa municipal de actividades deportivas al aire libre durante el año 2008*" y el adjudicatario reclamaba cierto importe por considerar que había existido una modificación a la baja. El Ayuntamiento afirmaba que su condicionado no establecía el número de personas que realizarían viajes a una serie de destinos turísticos no existiendo, por tanto, modificación a la baja ni obligación de abono de dichos viajes.

exige la clasificación no en función del precio del contrato sino del valor estimado³⁹⁵.

8.2.6.- Modificados previstos en el anuncio o en el condicionado.

Se ha criticado que la posibilidad de modificación del contrato venga prevista en el anuncio de licitación y no en el pliego de condiciones³⁹⁶. Esta previsión se debe contemplar en el condicionado. Es el documento esencial de la relación contractual. El anuncio de licitación no es el emplazamiento adecuado porque solo es un extracto o resumen de las consideraciones más relevantes del condicionado.

También debe tenerse en cuenta el importe de los modificados previstos a efectos de clasificación empresarial. El artículo 65.1 TRLCSP exige la clasificación para aquellos contratos de obra cuyo valor estimado sea igual o superior a 350.000 €. El grupo/subgrupo en el que han de estar clasificadas las empresas licitadoras y, dentro de ellos, la categoría exigible para cada contrato, viene regulada especialmente en el artículo 36 del RGLCAP aún vigente. El valor estimado del contrato determina la exigencia o no de clasificación como, en su caso, la categoría de los subgrupos exigibles. Si la cuantía del posible modificado no se incluye en el valor estimado, se corre el riesgo de que los potenciales licitadores que no cuenten con la clasificación específica, recurran al condicionado para exigir la adecuada previsión de los modificados y en su caso la reducción de la categoría o la concreción de los diferentes grupos y subgrupos.

³⁹⁵ A pesar de que el artículo 67 del TRLCSP alude al inexistente concepto de “*valor íntegro del contrato*” en vez de al de valor estimado. La misma opinión comparte GRIS GONZALEZ, J. C., «La modificación de los contratos del Sector Público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 28, 2012, p. 12.

³⁹⁶ En el mismo sentido, véase DÍEZ CALZADA, J.R., «Comentarios al nuevo Régimen de modificación de los Contratos del Sector Público», *Contratación administrativa práctica*, Nº 112, 2011, p. 58.

8.2.7.- Las modificaciones del número de unidades o servicios en función de las necesidades.

La Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, añadió, mediante su Disposición Final 13, y con carácter de normativa básica, una nueva disposición adicional 34 al TRLCSP denominada “*Contratos de suministros y servicios en función de las necesidades*”, que dice así:

“En los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo, en los cuales el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar éste, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, deberá aprobarse un presupuesto máximo.

En el caso de que, dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación. A tales efectos, habrá de preverse en la documentación que rija la licitación la posibilidad de que pueda modificarse el contrato como consecuencia de tal circunstancia, en los términos previstos en el artículo 106 de esta Ley. La citada modificación deberá tramitarse antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades”.

Se trata del único supuesto en que el TRLCSP exige que la posibilidad de que el número de unidades o servicios a entregar varíe durante el contrato conste en el condicionado como un modificado previsto³⁹⁷. La redacción es

³⁹⁷ El Informe de la JCCA 17/12, de 20 de noviembre de 2012, acerca de la consideración del valor máximo estimado en los acuerdos marco como un límite cuantitativo respecto del volumen total de los contratos derivados de éste que se celebre afirmaba que “*en los contratos de servicios de actividad en los que el contratista se obliga a prestar servicios de forma sucesiva o por precios unitarios, en los que no está determinada la cuantía total de las*

desafortunada. La nueva disposición adicional 34 solo aclara una práctica común, a contratación por precios unitarios con un precio máximo³⁹⁸. Lo importante es que las variaciones al alza o a la baja del número de unidades o servicios que no superen el precio máximo contemplado en el contrato no exigen la tramitación de un modificado sino de un acuerdo de ampliación del gasto.

Sin embargo, el precepto choca con el derecho europeo de las modificaciones contractuales al entender posible modificar el contrato por encima del precio máximo determinado en el condicionado para adaptarlo a las necesidades sin exigir justificación de las causas que lo motivan ni establecer limitación alguna respecto de la posibilidad de que este modificado conlleve una alteración sustancial del contrato³⁹⁹. No existe problema cuando la variación es a la baja pues el condicionado ya debía señalar que el precio era máximo y las unidades no eran determinadas.

Con independencia de lo que afirma el precepto debe justificarse la imprevisibilidad de la causa que genera la modificación contractual por encima

prestaciones, al no haberse comprometido las partes a la realización de un número total de servicios ni al abono del precio total del contrato, un posible decremento en la prestación como consecuencia de las menores necesidades de la Administración, da lugar simplemente a una modificación en el expediente de gasto, no considerándose una modificación del contrato". Se trataba de un contrato donde el ajuste final era a la baja, existiendo un decremento respecto de la cuantía inicialmente autorizada y dispuesta a favor del contratista. Véase en el mismo sentido el Dictamen del Consejo de Estado 624/2010, de 29 de abril de 2010.

³⁹⁸ Por ejemplo, imaginemos un contrato de suministro de bolígrafos para una anualidad en función de las necesidades de los usuarios. Fijaríamos un precio máximo por cada bolígrafo y una cuantía máxima al año. Determinaríamos que no existe una cantidad mínima a suministrar para evitar la indemnización al contratista y se abonaría tan solo el precio de los bolígrafos suministrados de forma efectiva sin necesidad de tramitar como modificado el aumento o reducción respecto de los bolígrafos que se estimaron se iban a suministrar.

³⁹⁹ En nuestro ejemplo, si se señaló que como máximo al año podía abonarse 100.000 euros según está norma podría modificarse el contrato ilimitadamente (siempre que apareciera prevista la cuantía de posible desviación en el condicionado) para atender a las nuevas necesidades.

del precio máximo consignado en el contrato. Además, la alteración no puede ser sustancial.

La Circular de la Intervención General de la Administración del Estado 10/2013, de 20 de noviembre de 2013, aborda distintas consultas formuladas respecto de este tipo de contratos. Respecto de la posibilidad de incremento del contrato por variación de las necesidades, alude a la disposición adicional 34 del TRLCSP considerando que la intención del legislador es que *“las demandas de la Administración que sobrepasen el presupuesto máximo que fue objeto de licitación para adjudicar el contrato”* sean consideradas como modificados.

Considera que solo deben reunirse dos requisitos en el expediente de modificación, el primero, contemplarse esta posibilidad en el condicionado como modificado previsto, y el segundo, que el modificado se realice antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado, *“reservándose a tal fin el crédito necesario para cubrir el importe máximo de las nuevas necesidades”*.

Además, afirma que esta clase de modificaciones no puede tratarse como un modificado imprevisto, puesto que el TRLCSP lo configura como un supuesto de modificado previsto y la consecuencia de la falta de previsión en el condicionado debe ser la resolución contractual y efectuar una nueva adjudicación.

8.3.- CONSECUENCIAS DE LA NO PREVISIÓN DE MODIFICACIONES.

Cabe plantearse qué ocurre ante la falta de previsión en el pliego de condiciones de la posibilidad de modificación cuando acaezcan circunstancias imprevistas, o mejor dicho, imprevisibles, que no hagan posible continuar con la ejecución de la prestación en la forma dispuesta inicialmente.

Esta era una crítica formulada a la redacción inicial de la LCSP. Si el contrato sólo puede ser modificado por la aparición de causas imprevistas, las situaciones en que pueden producirse esas modificaciones no pueden

detallarse por anticipado en los documentos contractuales, pues en la mayoría de supuestos no es posible conocerlas con anterioridad a que concurran⁴⁰⁰.

La JCCA interpretó con acierto esta problemática en su informe 43/2008, de 28 de julio de 2008⁴⁰¹. Sostuvo que *“cuando no se hubiese previsto la modificación, sólo podrán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes:*

- a) Que la modificación responda a necesidades del interés público,*
- b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y*
- c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato”.*

En igual sentido se pronunciaba el Informe 1/2009, de 7 de abril, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia. Se le consultaba si es un requisito imprescindible que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los documentos contractuales prevean expresamente la facultad de modificación del contrato para que la Administración pueda modificar los contratos con posterioridad a su adjudicación. A ello respondía que *“la exigencia de que debe recogerse en los pliegos y en el documento contractual la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación (...) parece incongruente con el requisito de que las modificaciones del contrato deban de responder siempre a causas imprevistas, por ello y para darle sentido a dicho apartado, en opinión de esta Junta debe de entenderse aquella como una exigencia de carácter general de previsión en los*

⁴⁰⁰ VICENTE IGLESIAS, J.L., entiende que tal prevención supone una mejora de la seguridad jurídica para el futuro contratista, *“pues a partir de la entrada en vigor de la LCSP no caben ya los modificados cuando tal posibilidad no haya sido prevista en los pliegos y en el contrato”* (Comentarios a la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector Público, op. cit., p. 471).

⁴⁰¹ El informe de la JCCA 43/2008, de 28 de julio de 2008, denominado «Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad», resume e interpreta acertadamente el nuevo régimen jurídico de las modificaciones de contratos previsto en la LCSP, aludiendo directamente a la STJCE CAS Succhi di Frutta Spa.

referidos documentos la posibilidad de modificar el contrato, los supuestos y límites establecidos legalmente, en sentido similar a la previsión de las modificaciones contractuales recogida en artículo 66.2c) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para los pliegos de condiciones administrativas generales. Por la misma razón apuntada anteriormente esta Junta entiende que no es necesario que se prevean en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el documento contractual de manera expresa todas y cada una de las causas tasadas por las cuales podría llevarse a cabo una modificación, por lo que esta podrá tener lugar cuando, además de las otras condiciones exigidas y previstas en el artículo 202.1, responda a circunstancias que puedan calificarse de imprevistas”.

GIMENO FELIU mantenía una posición opuesta. Consideraba que “*la modificación del contrato no sería posible, aun cuando concurran los requisitos habilitantes, si no se encuentra entre los pactos del contrato*”, opinión que coincide con la de mayor parte de la doctrina⁴⁰², al calificar de excesivamente posibilistas las previsiones del informe 43/2008 de la JCCA, antes citado.

COLAS TENAS planteó la dificultad para los gestores de prever las modificaciones en el condicionado, si éstas deben obedecer a circunstancias que no pueden ser previstas – concepto que define este autor como súbito y repentino –⁴⁰³.

En igual sentido, VAZQUEZ GARRANZO afirmó que aunque los pliegos no hagan referencia a la posibilidad de modificación o a las condiciones en que ésta puede producirse, ello no puede erigirse en causa obstativa para el ejercicio del *ius variandi*⁴⁰⁴.

⁴⁰² GIMENO FELIU, J.M, *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos*, p. 257; coincide con esta opinión RODRIGUEZ CASTAÑO, A.R., «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos», en *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, pp. 413 - 414.

⁴⁰³ COLAS TENAS, J., «Contratación Local», op. cit, (documento electrónico).

⁴⁰⁴ LOSADA GONZALEZ, H., en VAZQUEZ GARRANZO, J., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona, p. 1931.

Efectivamente, la dicción del antiguo artículo 202 LCSP⁴⁰⁵ no era afortunada en absoluto. Aunque en ocasiones sea posible imaginar *a priori* qué sucesos podrían llegar a ocurrir – fruto por ejemplo de la imposibilidad técnica de conocimiento absoluto del terreno donde se procederá a excavar para edificar un nuevo edificio – ello no va a ocurrir en la mayoría de casos.

Cuando existen ciertas suposiciones de que algo pueda acontecer y que se conocerá en un momento dado de la ejecución del contrato, ya no se estará ante un modificado, sino ante una prestación condicionada a la aparición de determinadas circunstancias o el acaecimiento de algunos acontecimientos que objetivamente puedan especificarse desde el inicio.

El Dictamen de la Junta Regional de Contratación Administrativa de Murcia 1/2009 mantiene esta posición al afirmar que si la “modificación sustancial” y sus condiciones de aplicación están expresamente previstas en el momento de preparación del contrato *“no nos encontraríamos ante una modificación del contrato en el sentido que se ha entendido tradicionalmente ésta, esto es como la facultad de variar unilateralmente las condiciones del contrato inicial, sino posiblemente ante supuestos de variaciones o alternativas del contrato conocidas por las partes y en cuyo caso es indiferente que afecten o no a sus condiciones esenciales”*.

No se trata de una cuestión sencilla para el legislador, que no ha efectuado una ejemplificación de las predicciones futuribles que pueden acontecer. Ello resulta aún más complejo para el poder adjudicador dada la variedad de situaciones que se presentan en la práctica habitual⁴⁰⁶.

En cualquier caso, sin perjuicio de la incidencia que sigue teniendo el debate de la falta de previsión de las modificaciones en el condicionado, en la actualidad, esta cuestión ha sido solventada en parte por la LES, artículo 107 TRLCSP, y especialmente por las nuevas Directivas que aclaran que es posible modificar el contrato pese a que ello no figure previsto en el condicionado.

⁴⁰⁵ VAZQUEZ MATILLA, F.J., «La Modificación de los contratos administrativos, entorno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», op. cit., *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 143, pp. 555 – 558.

⁴⁰⁶ Dictamen del Consejo de Estado 3371/1996, de 28 de noviembre de 1996.

9.- CIRCUNSTANCIAS IMPREVISIBLES QUE HABILITAN A MODIFICAR EL CONTRATO EN EL TRLCSP.

9.1.- INTRODUCCIÓN.

Ya no existe en el TRLCSP una relación directa entre la imposibilidad de modificar el contrato y la falta de previsión en tal sentido. Como recuerda *MELLADO RUIZ*⁴⁰⁷, con la LES se ha producido la consolidación de la “*doble posibilidad de modificación de los contratos administrativos*”. Y es que pocas entidades y personas pueden predecir los acontecimientos futuros. Por tal motivo, es posible modificar un contrato siempre que concurren circunstancias realmente imprevisibles para el poder adjudicador y, en consecuencia, no sean imputables a su error o imprudencia, conforme al concepto de circunstancia imprevista expuesto.

La nueva Directiva 2014/24 sobre contratación pública ha intentado definir el concepto de imprevisibilidad, en vez de limitar su apreciación a un listado de circunstancias, como ha hecho el TRLCSP. El artículo 107 del TRLCSP, así lo contempla bajo la rúbrica “*Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación*”⁴⁰⁸.

Analizaré seguidamente las diferentes causas que habilitan para este supuesto de modificación imprevisto, poniendo en relación la redacción que ofrece el artículo 107 del TRLCSP con la interpretación que las nuevas Directivas y la jurisprudencia europea han ofrecido. Este es el modo en que deben ser interpretadas estas causas. En otro caso, la amplitud con que

⁴⁰⁷ MELLADO RUIZ, L., «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Contratación administrativa práctica*, Nº 99, 2010, p. 63.

⁴⁰⁸ CALVO RUATA, P., advierte una extraordinaria sintonía entre este artículo 107 TRLCSP y determinadas disposiciones del italiano «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle.», aprobado por Decreto Legislativo de 12 de abril de 2006. Especialmente, su artículo 132, referido a las variantes en el curso de ejecución de obras («La zozobra de la modificación de los contratos públicos, ¿tiempos de hacer de la necesidad virtud? », *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 3, 2011, p. 395).

podiera apreciarse la posibilidad de modificar el contrato sería desproporcionada y originaría ante nuevas adjudicaciones directas ilícitas en lugar de modificaciones contractuales.

9.2.- EL ERROR COMO CAUSA DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.

Las dos primeras causas que plantea el TRLCSP se relacionan con el error en el proyecto de obras o en las especificaciones del contrato. Concretamente, los apartados a) y b) del artículo 107 del TRLCSP dicen así⁴⁰⁹:

“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”.

9.2.1.- El conocimiento del error del contratista. Su vinculación al contrato.

Antes de examinar estas causas, conviene preguntarse cuáles son las consecuencias que se derivan de la obligación del contratista de conocer y aceptar el proyecto y presupuesto de ejecución del contrato⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ HORGUE BAENA considera que al error no le es aplicable la institución de la modificación contractual sino la normativa de rectificación de errores materiales prevista en el artículo 105 de la LRJPAC. (*La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 23). Véase también VILLAR PALASI, J.L., *Lecciones sobre contratación Administrativa*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1969, p. 258.

⁴¹⁰ Se trata de los conocidos en la doctrina francesa como *“subjections impreques”*.

El contratista ha estudiado el condicionado y el proyecto, ha presentado oferta, y ha concurrido a la licitación, indudablemente, porque considera que la ejecución del contrato es posible.

Debe llamarse de la atención sobre las licitaciones en las que en la propia oferta los licitadores alertan, sin reparo alguno, de los errores que consideran que tiene el proyecto pero aun con todo presentan oferta⁴¹¹. No es comprensible que el contratista espere a que el contrato esté formalizado para comenzar a discutir la existencia de modificaciones⁴¹². Pero lo más preocupante es que la propia Administración asume su error, e incluso valora positivamente estos comentarios, de los que deduce que existe un buen estudio o conocimiento de las obras⁴¹³.

En este sentido, el Informe 7/2012, de 19 de enero de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya afirma que *“el adjudicatario no invirtió previamente la pericia profesional necesaria para examinar con el cuidado exigible el proyecto durante el periodo de licitación contractual al cual concurrió ofreciendo un descuento importante. (...) la naturaleza y entidad de las deficiencias, (...) abonan que debían y podían haber sido detectadas previamente”*. De lo anterior concluye que *“la imputabilidad de la mayoría de las dificultades en la ejecución del contrato a la falta de examen profesional por parte del contratista excluye la causa de interés público, única que legitimaba la*

⁴¹¹ Así lo recuerda el Informe de la JCCA de Aragón 13/2013, de 22 de mayo que pone de manifiesto que el artículo 216.2 LCSP, cuando definía el sistema de retribución a tanto alzado en su modalidad de precio cerrado, admitía la modificación por necesidades nuevas cuando establecía que: *“el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable no siendo abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir deficiencias u omisiones del proyecto sometido a licitación. Esta disposición no obsta al derecho del contratista a ser indemnizado por las modificaciones del contrato que se acuerden conforme a lo previsto en el artículo 217 con el fin de atender nuevas necesidades o de incorporar nuevas funcionalidades a la obra”*, para luego afirmar que este precepto fue eliminado por la LES en 2011.

⁴¹² Así lo ha entendido reiteradamente la jurisprudencia del TS.SSTS de 6 de noviembre de 2007 (RJ 1997/8002) o 30 de junio de 1997 (RJ 1997/5387).

⁴¹³ Es frecuente incluso la inclusión de un criterio de adjudicación denominado *“conocimiento de la obra”*.

facultad de modificación por la Administración según la legislación aplicable y el pliego de cláusulas”.

Lo relevante son las consecuencias que ello origina. La primera es la posibilidad de que la detección de errores en el proyecto de obras o en el contrato pueda ser un criterio de adjudicación. La segunda, debe ser la imposibilidad de que los errores que el licitador detecta y plasma en su oferta puedan ser considerados como modificación del contrato. Lo procedente en estos supuestos es que, de ser ciertos los errores descubiertos por el licitador, la Administración desista de la contratación y la reinicie corrigiéndolos.

Si el error se detecta con posterioridad a la adjudicación debe quedar plenamente acreditado. Sólo en este caso pueden considerarse indemnizables las operaciones realizadas para corregir tales deficiencias al contratista, como afirma taxativamente la STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2006 (JUR 2007\305726).

Además, si los errores proceden de concesiones o contratos de colaboración público privada u obras con redacción del proyecto por el contratista debe ser éste último, el contratista, quien soporte el coste de los errores que contiene el proyecto que él redactó⁴¹⁴.

9.2.2.- Error suficiente.

No todo error conlleva una modificación del contrato (o el desistimiento del mismo en el supuesto de que el error se advierta durante la licitación). Debe de ser un error suficiente para imposibilitar la continuación normal del contrato y no de mero detalle⁴¹⁵.

Las causas contempladas en los apartados a) y b) coinciden en señalar que el error debe convertir en inadecuado el contrato originario y exigir su

⁴¹⁴ De ello dan cuenta las SSTs de 17 de mayo de 2012 (RJ 2012/6818), y del TSJ de Murcia Nº 962/2005, de 16 diciembre (JUR 2007\4913), entre otras.

⁴¹⁵ Así lo ha señalado, desde antiguo, la JCCA. Véase, por ejemplo, su informe 22/1963, de 19 de septiembre de 1963.

necesaria modificación, para adecuarlo a los fines perseguidos. Ambas causas comparten que el proyecto debe ser inadecuado⁴¹⁶.

La primera de las causas se refiere a 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” (artículo 107, apartado a))*.

Si el contrato se adecua íntegramente al fin perseguido no es necesario ni tan siquiera posible modificar el contrato. Sólo podrá modificarse el contrato, cuando lo contratado no sea de posible realización o no sirva para satisfacer completamente las necesidades perseguidas.

Además, el precepto no exige simplemente la inadecuación del contrato sino que determina que ésta provenga de errores del proyecto u omisiones en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas⁴¹⁷.

La segunda causa es la *“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” (artículo 107. Apartado b))*.

Esta circunstancia habilita para la modificación cuando existe no ya una *“inadecuación de la prestación contratada”* sino una *“inadecuación del proyecto”*. Esta distinción carece de relevancia. Sin inadecuación para el fin perseguido no puede existir en ningún caso modificación contractual sea por la causa que sea.

No importa que exista un error en un proyecto, lo relevante es que ese error conlleve la imposibilidad de alcanzar el fin perseguido (ejecutar una obra

⁴¹⁶ La Real Academia de la Lengua Española entiende por adecuado, *“apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo”*.

⁴¹⁷ Dictamen del Consejo de Estado Nº 880/1995, de 8 de junio de 1995, 2549/1999, de 7 de octubre de 1999. Informe de la JCCA 22/2004, de 7 de junio de 2004.

adecuadamente, prestar el contrato de forma técnicamente adecuada)⁴¹⁸. En todos los proyectos existen errores o imprecisiones, pero algunos son de escasa relevancia, lo que determina, la necesidad de ejecutarlos conforme estaban inicialmente previstos.

9.2.3.- Error imprevisible.

Aunque un error impida continuar el contrato, ello no habilita por sí solo para que el contrato se modifique. El error debe ser imprevisible para un poder adjudicador diligente. Por ejemplo, si el proyectista olvida incluir el proyecto las escaleras o el ascensor cuando el edificio tiene veinte plantas de altura, es evidente que el contrato no puede continuar y que hay un aspecto imprevisto, pero no existirá imprevisibilidad.

Así también, respecto de la causa prevista en el apartado b) del artículo 107 del TRLCSP, la inadecuación del proyecto de obras tiene que responder a circunstancias técnicas (geológicas, hídricas, arqueológicas, medioambientales o similares) que no pudieron ser previsibles con anterioridad. Debe exigirse que se hubiera aplicado la máxima diligencia al tiempo de elaborar el proyecto o las especificaciones técnicas, a la buena *praxis*. Es necesario, al tiempo de calificar un error como imprevisto atender a si la actuación fue conforme a la *lex artis*. No se admite cualquier error, sino que se exige valorar si se realizaron los estudios oportunos, si se tuvo la diligencia debida y rectitud exigible a un proyectista⁴¹⁹.

Cabe en este punto referirse a la diligencia propia del buen padre de familia que impone el artículo 1.104 del Código Civil o incluso la que exceda de ella, con la exigida en la situación concreta a persona razonable y sensata

⁴¹⁸ FERNANDEZ HIERRO, J.M, *La modificación del contrato*, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona (Navarra), 1992, p. 57.

⁴¹⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Los contratos del sector Público (Comentario)*, Edisofer S.L., Madrid, 2010, p. 526.

correspondiente al sector del tráfico o de la vida social cualificados por la clase de actividad a enjuiciar⁴²⁰.

En el mismo sentido, RODRIGUEZ DE RIVERA DOMINGO afirma que no se comprenden los casos de imprevisión negligente en que los modificados se apoyan en la existencia de circunstancias que estaban presentes en el momento de elaboración del proyecto⁴²¹.

En definitiva, ante un error de proyecto no imprevisible lo procedente es la resolución del contrato. En apoyo de ello puede citarse el Dictamen del Consejo de Estado 4350/1997, de 6 de noviembre de 1997. En otro caso, se llegaría al absurdo de que todo error puede calificarse de imprevisto y que en consecuencia conlleva la posibilidad de modificación contractual⁴²².

Esta interpretación viene avalada por los servicios de la Comisión Europea, cuya intervención ha provocado la Recomendación de la JCCA de 1 de marzo de 2012, sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del TRLCSP sobre las modificaciones de los contratos⁴²³.

⁴²⁰ BARRERO RODRIGUEZ, C., mantiene que la corrección del error del proyecto o presupuesto no se conceptúa como modificación del contrato pese a permitirse su corrección en el seno del contrato (*La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, op. cit., p. 100).

⁴²¹ RODRIGUEZ DE RIVERA DOMINGO, C., en PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (Dtores.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, op. cit., p. 2039.

⁴²² Vid. mi trabajo, «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: proyecto de Ley de Economía Sostenible», op. cit, p. 338.

⁴²³ La Recomendación literalmente afirma que *“el artículo 107, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público se refiere a las modificaciones de un contrato público vinculadas a errores u omisiones del proyecto. Este precepto debe interpretarse en términos análogos a los contenidos de forma expresa dentro del artículo 107, apartado 1, letra b), en su último inciso, en cuanto señala que las modificaciones de un contrato público vinculadas a circunstancias geológicas, hídricas, arqueológicas, medioambientales y similares que no fuesen previsibles con anterioridad a la adjudicación del contrato, deben entenderse respetando la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas. 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*

El Considerando 109 de la nueva Directiva 2014/24 sobre contratos públicos pone de manifiesto que el concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a *“aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible”*.

Sólo procede modificar el contrato si ha existido la diligencia debida en el poder adjudicador o se ha errado en alguna cuestión no reprobable por falta de la diligencia debida. En otro caso, no habría imprevisibilidad, sino un mero e injustificable imprevisto, porque, no todo error es imprevisto⁴²⁴.

La Sentencia del TS de 17 mayo 2012 (RJ 2012\6818) ofrece un buen ejemplo al afirmar que si la adjudicataria (encargada de redactar el proyecto) *“no llevó a cabo las actuaciones necesarias (catas, sondeos sobre el terreno) antes de presentar su proyecto, no cabe hablar de la existencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, sino de una auténtica falta de previsión de la concesionaria”*.

Hay que atender al principio de proporcionalidad para evaluar la magnitud y tipología del error. Como señala HORGUE BAENA, parece extremo

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”. Al respecto de ella véase MARTINEZ FERNÁNDEZ, J.M., «Breve comentario a las interpretaciones del TRLCSP por la JCCA realizadas en las Recomendaciones de 1 de marzo de 2012», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 10, La Ley, Tomo 1, p. 1203.

⁴²⁴ COMBA, M.E, realiza un interesante estudio sobre el error como causa de modificación del contrato (*L'esecuzione dell'appalto di lavori pubblici*, op cit., pp. 192 – 194).

pensar que un error por pequeño que sea, puede determinar la resolución del contrato y una nueva adjudicación⁴²⁵.

Deberán analizarse los efectos o el impacto que la corrección del error es susceptible de causar en el mercado. La clave radica en que si hubiera generado que la oferta de los licitadores hubiera podido ser presentada en otros términos, no habrá lugar a la aprobación del modificado y procederá resolver el contrato y licitarlo nuevamente.

Pero en todo caso, donde habrá que efectuar esfuerzos no es tanto en cómo determinar si la causa es o no imprevisible y si el error es grave, sino en evitarlo. En palabras del Consejo de Estado, en su Memoria del año 1992, los proyectos de obra *“deben ser de gestación pausada y concienciada y por el contrario de ejecución rápida”*.

La tónica de los dictámenes del alto órgano consultivo pasa por declarar la inexistencia de causas realmente imprevistas, que lejos de ser tales, no son sino errores achacables al poder adjudicador⁴²⁶.

A título de ejemplo, cabe citar el Dictamen 933/2009, de 9 de julio de 2009, sobre la modificación del contrato de obras de ejecución de la nueva sede de la Biblioteca Pública del Estado en Burgos. El poder adjudicador argumentaba la existencia de *“causas imprevistas que afectan a la cimentación y que constituyen la mayor parte del modificado en su aspecto económico”* y de *“necesidades nuevas derivadas del desmontaje del arco ojival de la fachada del edificio a demoler y posterior colocación del pavimento de las calles perimetrales, lo que conllevaba un incremento del 25,38% aumento”*.

Las supuestas circunstancias imprevistas consistían en la existencia de un nuevo estudio geotécnico realizado tras la demolición del edificio, que difiere, en lo relativo al nivel freático, del contenido en el estudio geotécnico y en el estudio de permeabilidad que sirvieron de base para la redacción del proyecto. La razón de tal diferencia estriba en que el estudio geotécnico y el

⁴²⁵ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 88.

⁴²⁶ Vid. Dictámenes del Consejo de Estado Nº 2424/1996, 3371/1996, 4350/1997, 5484/1997, 4765/1997, o 4763/1997.

estudio de permeabilidad previos a la redacción del proyecto se elaboraron a la vista de los sondeos únicamente practicados en la zona de patios, dado que el resto de la parcela estaba ocupada por el edificio, y sólo una vez adjudicado el contrato y demolido dicho edificio se pudieron realizar tales sondeos en todo el solar. El nuevo estudio geotécnico evidenció una subida del nivel freático que afecta tanto a la cimentación como a la solución del muro perimetral prevista en el proyecto. A partir de ello, los órganos técnicos y administrativos consideraron procedente una modificación del mismo que garantizara las condiciones de seguridad del edificio y su estanqueidad frente a las aguas del río que discurre próximo a la zona de obras.

El Consejo de Estado dictaminó favorablemente el modificado por el interés público innegable de la modificación, aunque se refirió expresamente a los defectos o imprevisiones del proyecto inicial. Consideraba que el modificado respondía a circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración, de suerte que el estudio técnico inicial fue redactado en el año 2000 y siete años después se adjudicó el contrato. Señaló que debió redactarse un estudio técnico en fechas próximas a la iniciación del contrato, corroborándose que no existió circunstancia imprevista. Sostuvo que no puede existir imprevisibilidad en el momento de redacción del proyecto inicial en lo que atañe al desmontaje del arco ojival de la fachada para su posterior recolocación (que el contratante calificaba de necesidad nueva)⁴²⁷.

De ahí que el Consejo de Estado haya recomendado en multitud de ocasiones *"la necesidad de extremar el celo tanto en la elaboración de los proyectos de obras como en su replanteo previo y supervisión técnica, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación, pues, de lo contrario, se podrían encubrir prácticas viciosas que*

⁴²⁷ Véase en este sentido los Dictámenes del Consejo de Estado 2582/1995, de 1 de febrero de 1996, 108/1993, de 10 de febrero de 1994, 1397/1992, 1629/1991, de 23 de enero de 1992, 1460/1991, de 21 de noviembre de 1991, o de 933/2009, de 9 de julio de 2009, entre muchos otros.

*vinieran a frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas*⁴²⁸.

En esta misma línea, el Consejo de Estado ha insistido en la necesidad de que los proyectos se redacten con el grado de minuciosidad y calidad precisos para evitar situaciones que son previsibles, que perturban la normal ejecución de los trabajos públicos y que pueden incidir o incluso alterar las reglas de la competencia al variar sustancialmente los contratos⁴²⁹.

En otro orden de cosas, el Consejo de Estado ha afirmado en su Dictamen 215/2010 sobre la LES, y en particular sobre las dos causas que ahora analizamos, que *“estas dos causas hacen referencia a situaciones en las que la modificación se justifica por las deficiencias del proyecto o de las especificaciones técnicas, si bien, en el primer caso, basta la existencia de errores u omisiones, en tanto que, en el segundo, la inadecuación de tales documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida en atención a una buena práctica profesional.*

En otras palabras, aunque no se diga expresamente, parece que se pretende dar un tratamiento diferente en función de si el contratista fue o no el autor del proyecto o intervino en la redacción de las especificaciones técnicas: en caso negativo, cualquier error u omisión, que no le sería en ningún caso imputable, justifica la modificación contractual no prevista en los documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que el error u omisión haga posible dicha modificación, es preciso que no fuera previsible con la diligencia de un buen profesional.

Tales diferencias en el tratamiento tienen fundamento bastante; no en vano, el Consejo de Estado ha tomado reiteradamente en consideración -a la hora de apreciar la concurrencia de "causas imprevistas" como requisito de

⁴²⁸ Dictámenes del Consejo de Estado 3371/1996, 4765/1997, 1733/2006, de 8 de noviembre, y 34/2007, de 1 de febrero. Es curioso ver cómo incluso públicamente las empresas constructoras reconocen que son víctimas de la mala redacción de los proyectos que redacta o contrata la Administración. Fuente: «las obras públicas a su precio justo», El País, 27 de agosto de 2011.

⁴²⁹ Dictámenes del Consejo de Estado 2092/2006, de 21 de diciembre, y 1867/2008, de 20 de noviembre.

ejercicio del ius variandi- el hecho de que la elaboración del proyecto originario no corriese a cargo de la sociedad contratista, a la que resulta ajena cualquier posible deficiencia o imprevisión, pues tal requisito debe ser apreciado "de modo diferente según el contratista sea o no autor del proyecto y por consiguiente tenga o no la obligación contractual de redactar un proyecto viable y prever y dar solución a posibles incidencias posteriores con arreglo a la lex artis aplicable" (ver, por ejemplo, dictamen del expediente número 403/2006, de 4 de mayo)".

En dicho dictamen propuso, sin éxito, que se revisara la redacción de los dos párrafos transcritos; dejando claro que el primero resulta aplicable al caso de que el contratista no sea autor del proyecto, y el segundo al supuesto contrario. En definitiva, se ha pretendido crear una diferenciación según la autoría del proyecto.

También el TRLCSP ha establecido un procedimiento distinto para modificar el contrato según el proyecto haya sido redactado por técnicos externos o contratados al efecto.

El artículo 108.2 exige la audiencia del proyectista en todo caso; y el artículo 114.4 TRLCSP afirma que cuando la elaboración del proyecto haya sido contratada íntegramente por la Administración, el autor o autores del mismo incurrirán en responsabilidad en los términos establecidos en los artículos 310 a 312. Estos últimos preceptos exigen la responsabilidad por parte de los autores respecto de los daños y perjuicios que durante la ejecución o explotación de las obras se causen tanto a la Administración como a terceros, por defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o por los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios en que el mismo haya incurrido, imputables a aquél, con el límite del 50% (entendiendo que el otro 50% corresponde a la Administración por su función revisora o supervisora), y contemplan el abono de indemnizaciones por desvíos superiores al 20 % tanto por exceso como por defecto.

9.3.- FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO.

El artículo 107 TRLCSP señala como tercera causa que habilita a la modificación la *“fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos”* (apartado c).

9.3.1.- Diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito.

La fuerza mayor (*vis maior*; también, *casus maior*) podría definirse como un hecho que no se puede evitar y tampoco se puede prever; esto es un acontecimiento irresistible o inevitable e imprevisible (*vis cui resisti non potest*).

En cambio el caso fortuito (*casus fortuitus*; o, simplemente *casus*, de cuya palabra deriva el sustantivo “casualidad” y el adjetivo “casual”; también *vis minor* y *casus minor*) es un evento que de haberse previsto se habría evitado, mientras que la fuerza mayor es inevitable aunque pudiera haber sido previsto.

En uno u otro caso siempre que no exista alteración sustancial de las condiciones esenciales del contrato no parecen existir obstáculos para modificar el contrato⁴³⁰.

En el ámbito civil, el artículo 1105 del Código Civil dispone que *“fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”*. Ello sirve para definir tanto el concepto de fuerza mayor como el de caso fortuito⁴³¹.

⁴³⁰ ALMONACID LAMELAS, V., entiende por fuerza mayor una causa justificada de incumplimiento o demora no imputable a ninguna de las partes, ni siquiera por imprudencia al contratista, y que, en el caso de este último, da derecho a una prórroga de ejecución de la obra y/o a una indemnización (*Contratación pública local 2011: conceptos esenciales y aspectos prácticos*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011, p. 774).

⁴³¹ GARCÍA GOMEZ DE MERCADO, F., *Manual de Contratación del Sector Público*, Editorial Comares S.L., Granada, 2011, pp. 410 – 511.

9.3.2.- Amplitud del concepto de fuerza mayor en el TRLCSP.

El concepto de fuerza mayor aquí estudiado es diferente y de más amplia interpretación que el contemplado en el artículo 231 del TRLCSP, como excepción al riesgo y ventura en las obras⁴³².

El artículo 231 del TRLCSP señala en su segundo apartado, como únicos supuestos de fuerza mayor los siguientes: los incendios causados por la electricidad atmosférica; los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes; y los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público⁴³³.

La Circular Nº 1/2011 de la Abogacía General del Estado relativa al “*Régimen de Modificación de los Contratos del Sector Público*” considera, igualmente, que el concepto de fuerza mayor que ofrece el artículo 107 del TRLCSP no es el del artículo 231 del TRLCSP, sino el que resulta del artículo 1105 del Código Civil⁴³⁴.

La doctrina civilista emplea cuatro criterios para diferenciar entre fuerza mayor y caso fortuito. El primero es el de mayor o menor gravedad del suceso (fuerza mayor, más intenso; casos fortuito, menos).

El segundo se refiere al origen de la causa, fuerza mayor si es proveniente de la naturaleza, con una fuerza sobre humana, de la naturaleza (terremoto, maremoto,..), mientras que el caso fortuito es el hecho humano (*furtum, vis latronum, vis hostium, incursus hostium*).

Un tercer criterio radica en la evitabilidad mediante la previsión. Según este criterio, el caso fortuito impide el cumplimiento de la obligación porque su

⁴³² “1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido(...)”.

⁴³³ Las precipitaciones extraordinarias son un supuesto de fuerza mayor conforme señala la STSJ Madrid de 9 de abril de 2007 (JUR 2007\229945).

⁴³⁴ Comparten esta idea GARCÉS SANAGUSTÍN, M, *El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos*, op. cit., 67-140.

conurrencia no era previsible empleando una diligencia normal, de modo que, de haberse previsto, habría podido evitarse (*casus quos nullum humanum consilium praevidere potest*). La fuerza mayor constituye, en cambio, un suceso que, aunque hubiera sido previsto, no habría podido evitarse (*vis cui resisti non potest*), porque no hay fuerza humana que pueda oponerse a ella (incendio, terremoto, guerra), poniéndose el acento, no en la falta de previsibilidad, sino en la irresistibilidad, es decir, en la idea de coacción o inevitabilidad.

Finalmente, un cuarto criterio radica en la procedencia del hecho que impide el cumplimiento. Si la procedencia es externa al círculo de la actividad en el que la obligación se desenvuelve, constituye una fuerza mayor (huracán); y, si es interna, se trata de un caso fortuito (avería de una máquina). Como acontecimiento de orden interno, el caso fortuito exige probar que se ha producido pese a haberse actuado diligentemente; mientras que la fuerza mayor, como acontecimiento de orden externo, implica de suyo que no podría haberse evitado el suceso aún actuando con completa diligencia. Con ello se apunta que el caso fortuito –dado que puede no serlo– hay que demostrarlo, mientras que la fuerza mayor –dado su carácter absoluto– se demuestra por sí misma ⁴³⁵.

Estos criterios sirven para determinar cuando existe fuerza mayor en los contratos públicos. Realmente, tampoco cobra tanta trascendencia la diferencia entre fuerza mayor y caso fortuito, pues a menudo es difícil e improductiva tal diferenciación ⁴³⁶. No importa en cuál de los dos conceptos se incardine el hecho causante ⁴³⁷.

⁴³⁵ MEDINA CRESPO, M. y MEDINA ALCOZ, L., *La fuerza mayor y su condicionada virtualidad Exoneradora en sede de responsabilidad civil*, Ponencia al 6º Congreso Asociación Española de Abogados, especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Cáceres, 2006.

⁴³⁶ MARTÍN IGLESIAS, F., «Caso fortuito, fuerza mayor y consumidores», *Cuadernos de estudios empresariales*, Nº 10, 2000, págs. 101-136.

⁴³⁷Lo importante, es que como señala CALVO RUATA que las circunstancias que conlleven la fuerza mayor o caso fortuito hagan necesario modificar el contrato por imposibilitar el cumplimiento estricto del contrato, en alguno de sus elementos o términos en que estaba concebido pero no hagan imposible su cumplimiento, pues ello conllevaría la resolución del

9.4.- LOS AVANCES TÉCNICOS.

Otra causa enumerada en el artículo 107 es la 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.

Si con carácter general las modificaciones contractuales tienen lugar cuando hay imposibilidad manifiesta de continuar con el contrato en sus estrictos términos, en este caso no es así. Se trata de cuestiones que mejoren la prestación, sin que haya que acreditar que no es posible ejecutar conforme fue pactada.

Es un reducto de prevalencia del interés público frente a otros intereses – como los propios de la licitación inicial –. Tiene como base que la evolución de las técnicas entraña la necesidad de adaptar el servicio.

Esta causa de modificación data del famoso *arret* de 10 de enero de 1902, en que el Consejo de Estado francés por primera vez admitió la existencia de un poder unilateral de modificación contractual para la inclusión de la electricidad en el alumbrado frente al gas⁴³⁸.

En algunos campos, la presencia de novedades técnicas que mejoran profundamente la prestación a contratar es enorme, especialmente para la adaptación de servicios públicos⁴³⁹.

De ahí que se haya habilitado expresamente un supuesto que se asimila a la conocida “cláusula de progreso” que a menudo se insertaba en los pliegos de condiciones para regular el proceso de adaptación tecnológica de los contratos y que no era sino una modificación unilateral del contrato.

contrato. (« La zozobra de la modificación de los contratos públicos, ¿tiempos de hacer de la necesidad virtud?, op. cit. p. 399).

⁴³⁸ RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, 3ª ed., L.G.J.D., París, 2002, pp. 230 – 232.

⁴³⁹ JULIEN, A., «Le principe d’ adaptabilité: de la mutabilité au devoir d’ adaptation des services publics aux besoins, *Revue française de droit administratif*, N° 3, 2001, pp. 589 – 604.

En virtud de ella se obligaba al contratista a realizar las labores propias del contrato, de conformidad con lo que, en cada momento, y según el progreso de la ciencia, dispusiera la normativa técnica, medioambiental y de seguridad de los usuarios aplicable⁴⁴⁰.

Ello viene determinando no ya la instrucción de un procedimiento de modificación sino simplemente la implantación de las mejoras de oficio por la contratista, o previa exigencia del poder adjudicador, y la consecuente compensación de los costes.

Este concepto debe restringirse a lo realmente imprevisible. En otro caso estaríamos más ante una necesidad nueva, que proscribió la LCSP.

No es lo mismo actualizar algunos elementos del contrato que contratar una prestación nueva, en cuyo caso estaremos no sólo ante necesidades nuevas sino ante nuevos objetos, y en definitiva, ante una alteración sustancial del objeto del contrato que determina la necesaria resolución contractual.

En esta línea, GRIS GONZÁLEZ⁴⁴¹ afirma que no todos los avances técnicos posibilitan modificar el contrato, sino solamente aquellos que conlleven un desarrollo evidente, importante o relevante, es decir los que “*mejoren notoriamente*”, y que, además, hayan surgido en un momento posterior al de la adjudicación del contrato.

DÍEZ CALZADA indica que la determinación de qué debe entenderse por avance técnico y por estado de la técnica debe hacerse acudiendo a la legislación aplicable en materia de patentes (Ley 11/1986, de 20 de marzo). Su artículo 4 establece que son patentables las invenciones nuevas, que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Y su artículo 6 dispone que “*se considera que una invención es nueva cuando no está*

⁴⁴⁰ En este sentido el artículo 247.4 del TRLCSP obliga al concesionario de obra pública de mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.

⁴⁴¹ GRIS GONZÁLEZ, « La modificación de los contratos del Sector Público», op cit. p. 16. Véase asimismo, QUINTANA LOPEZ, T. A., «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 131, 2006, pp. 421-444.

*comprendida en el estado de la técnica, definiendo el estado de la técnica como aquel que está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio*⁴⁴².

El informe del Informe 6/2008, de 15 de enero de 2009, suscrito por D. Rafael Domínguez Olivera, Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Fomento trata sobre esta «cláusula de progreso». Señala la obligación continuada de incorporar determinadas innovaciones técnicas con cargo al concesionario de una obra pública y cómo se restablece el equilibrio económico en las concesiones de autopistas de peaje, obligadas a asumir el coste de las nuevas exigencias de seguridad en los túneles de carreteras. Una vez sentada la obligación de adaptación, sólo se tendrá derecho al restablecimiento del equilibrio económico cuando exista una ruptura sustancial de la economía de la concesión. En todo caso, el concesionario soportará dicho coste, sin derecho a ser compensado por la Administración. Debe analizarse cuál es el volumen de inversión total de la autopista (actualizado) así como los gastos de mantenimiento que soporta la concesionaria y el sobrecoste que, en inversión y mantenimiento, se produce a la concesionaria por las obras necesarias para la implantación de la nueva normativa técnica, en los supuestos de concesiones. Y concluye que para el contrato de obras, la doctrina y la jurisprudencia viene considerando que la Administración *“no debe restablecer el equilibrio económico por un sobrecoste en los precios no superior al 2,5 % sobre el precio inicial (sentencia del TS de 4 de junio de 2008, entre otras)”*⁴⁴³.

El artículo 108 *in fine* del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local establece que *“en cualquier caso, será necesario obtener la previa autorización de la Corporación para introducir*

⁴⁴² DÍEZ CALZADA, J.R., *Comentarios al nuevo Régimen de modificación de los Contratos del Sector Público*, op. cit., p. 79.

⁴⁴³ ARIAS CRIADO, B., «El contrato de concesión de obras públicas», *Noticias jurídicas*, noviembre 2011.

mejoras en la prestación del servicio, sin perjuicio de que tales mejoras puedan ser impuestas por aquella Corporación mediante adecuada indemnización”.

Hay un aparente conflicto entre esta causa de modificación del contrato y los artículos del TRLCSP que “legalizan” o normalizan la “cláusula de progreso”. Un conflicto que se resuelve, como señala la Circular 1/2011 de la Abogacía del Estado con la aplicación directa de estos preceptos en los contratos de obras y concesión.

En definitiva, considero que sólo para los contratos de servicios y de suministros opera totalmente la causa de modificación estudiada mientras que en las concesiones y obras operarán los preceptos aludidos.

La consecuencia es muy relevante, pues todo modificado requiere su compensación íntegra, mientras que salvo alteración del equilibrio económico en el sentido estricto no cabrá compensación al concesionario o contratista de obras por la incorporación de avances o mejoras ejecutadas bajo la obligación de adaptación del contrato al progreso.

Lo que se desprende de tal cláusula de progreso es que el concesionario o contratista de obras deberá haber tenido en cuenta en sus previsiones de explotación de la infraestructura el gasto para ponerla al día en los términos que la normativa vaya imponiendo⁴⁴⁴.

La Sentencia del TS de 13 noviembre 1986 sostiene que *“en los contratos administrativos de gestión de servicios públicos, en especial en los que adoptan la modalidad de “concesión” (en cuya virtud el empresario-concesionario gestiona el servicio a su riesgo y ventura), la mayor onerosidad sobrevenida, bien resulte de una modificación del objeto mismo del contrato impuesto unilateralmente por la Administración (ius variandi) o de una decisión de ésta producida fuera del ámbito contractual propiamente dicho (factum principis) o bien provenga de acontecimientos imprevistos e imprevisibles en el momento de celebrar el contrato, ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo, parcialmente, con el concesionario, el riesgo y la*

⁴⁴⁴ Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España, Corporación Andina de Fomento, 2010, pp. 205 a 208.

ventura de la explotación ... mediante un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los detrimentos(...)⁴⁴⁵”.

9.5.- AJUSTE A NUEVAS NORMAS O ESPECIFICACIONES.

La quinta y última circunstancia del artículo 107.1 TRLCSP se refiere a la *“necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato”*.

Esta causa se asimila a las dos primeras circunstancias señaladas (error de proyecto), dado que todas ellas hacen inviable el proyecto según venía redactado por cuestiones externas al propio contrato.

El inconveniente que puede llegar a generar es la introducción de modificaciones del contrato muy diversas motivadas por estas circunstancias, que alteren sustancialmente el contrato.

Debe entenderse que solo cabe aplicar esta causa si la modificación fuera estrictamente necesaria. Si la nueva normativa no obliga a la adaptación, por ejemplo de una concreta modalidad de edificio construido con anterioridad a su entrada en vigor, no parece que sea conveniente que sea obligada la adaptación y, en consecuencia, la modificación del contrato.

A ello parece obedecer la previsión del artículo 108.2 TRLCSP que exige que, antes de proceder a la modificación por circunstancias imprevistas no contempladas en el condicionado, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

⁴⁴⁵ Sobre la indemnización en casos de alteración sustancial de la concesión véase el informe *“Las formas de colaboración público privada en Catalunya. incidencia en los trabajos de fiscalización”*. D^a Beatriz Ortega y D^a Montserrat Travé. Sindicatura de Comptes de Catalunya.

El informe de la JCCA de Galicia 6/2008, de 11 de junio, admitía la necesidad de un modificado en un contrato de asistencia técnica producido por un cambio normativo con posterioridad a la firma del contrato y previo a la entrega de los trabajos objeto del contrato.

Por otra parte, también debe concurrir el requisito de imprevisibilidad en la modificación. Como señaló la Sentencia del TGUE de 31 de enero de 2013, cuando recaen en la misma Administración la competencia para la aprobación de la normativa y la de poder adjudicador no procede la modificación contractual, por carecer de imprevisibilidad. Igual ocurre cuando la normativa introducida es de la competencia de otra Administración – por ejemplo, una obra adjudicada por un Ministerio que se ve afectada por el planeamiento urbanístico municipal –; en este caso deberá acreditarse que se contactó con la respectiva Administración para verificar sus planes futuros.

En este sentido la Recomendación de la JCCA de 1 de marzo de 2012, reitera que cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que puedan afectar a las especificaciones del contrato, los pliegos del contrato deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior a la ejecución del contrato. De cualquier manera, hay que hacer notar que, en todo caso, la disposición que recoja las pertinentes especificaciones debe haber entrado en vigor una vez adjudicado el contrato.

10.- LA IMPOSIBILIDAD DE ALTERAR SUSTANCIALMENTE EL CONTRATO ORIGINARIO.

10.1.- INTRODUCCIÓN.

A través del *ius variandi* no pueden alterarse completamente los elementos esenciales del contrato, pues en tales casos debería tramitarse un nuevo expediente de contratación con su correspondiente adjudicación⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ NÚÑEZ MUÑAIZ, R., op. cit., p. 385, Vid. asimismo, Dictamen del Consejo de Estado 79/1993 de 1 de abril de 1993. ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, «Modificación de un contrato de obra adjudicado para una autoridad portuaria», Anales de la Abogacía General

La modificación del contrato pretende evitar su resolución. Favorece por tanto la continuación del contrato, pero no ilimitadamente. Y es que siempre que exista alteración sustancial del contrato originario debe procederse a la resolución del contrato y a su nueva adjudicación por el procedimiento correspondiente⁴⁴⁷. No se pueden introducir variaciones en el contrato que puedan equiparse a un contrato nuevo⁴⁴⁸. Ello es un grave riesgo en el que incurren gran parte de los modificados, como afirma SOSA WAGNER⁴⁴⁹. La desnaturalización del procedimiento inicial, del objeto, de las condiciones subjetivas iniciales impiden modificar el contrato.

10.2.- PRESUPUESTOS GENERALES. INMUTABILIDAD DEL FIN.

Las modificaciones del contrato deben estar directamente relacionadas con las prestaciones a las que el contratista se obligó⁴⁵⁰.

Además, por mandato expreso del artículo 107.2 del TRLCSP deben limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria, sin que pueda aprovechar la tramitación del modificado para variar otras cuestiones a que éste no debía afectar⁴⁵¹.

del Estado, Nº 2004, enero 2006, pp. 167 – 169. RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 232. Dictámenes del Consejo de Estado 5473/1990, de 28 de junio de 1990, y 1254/1993, de 21 de octubre de 1993.

⁴⁴⁷ Informe de la JCCA 47/1998 de 17 de marzo de 1998.

⁴⁴⁸ Ver Dictámenes del Consejo de Estado 5473/1990, de 28 de junio de 1990, 1254/1993 y de 21 de octubre de 1993.

⁴⁴⁹ SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Editorial Aranzadi S.L., Cizur Menor, Madrid, 2008, p. 272.

⁴⁵⁰ Ver HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 121.

⁴⁵¹ Véase en el sentido de que el modificado debe incluir exclusivamente las obras indispensables no previstas en el proyecto inicial de obras la STSJ de Navarra de 26 de marzo de 2010 (RJ/2009/72)

Las modificaciones no deben apartarse de las prestaciones y condicionantes establecidos para todos los licitadores al tiempo de participar en la licitación.

El Dictamen del Consejo de Estado 1254/1993, de 21 de octubre de 1993, determina que si la modificación es sustancial debe efectuarse una nueva adjudicación *ex novo*.

Cabe afirmar que el límite infranqueable *del ius variandi* fue, desde el inicio, y sigue siendo hoy, la desnaturalización de la causa y el fin del contrato⁴⁵².

HORGUE BAENA ha señalado que el cambio en la voluntad sobre las obras a ejecutar no puede entenderse como habilitante para modificar el contrato, sino que lo procedente es licitar un nuevo contrato⁴⁵³.

El Consejo de Estado, en su Dictamen 44793, de 2 de diciembre de 1982, señaló que *“cuando no se aspira a dar un nuevo modo de ser a las relaciones existentes entre las partes, sino a establecer un tipo distinto de relaciones, se desbordan los límites de la modificación contractual, tratándose, en realidad, de un pacto nuevo”*.

Y en su Dictamen de 19 de mayo de 1983 sostuvo que *“la modificación del contrato administrativo tiene, por su propia naturaleza y por sus normas imperativas, una delimitación razonable y congruente con sus fines y planteamientos, así como con su objeto, que abarcan desde el mismo momento en que se preparan y concatenan los proyectos quedando el objeto delimitado en la adjudicación”*. Afirmaba que los principios generales de la contratación administrativa exigen que la facultad de variación de los proyectos que tiene la Administración en los contratos debe ejercitarse dentro de un límite prudencial que no desnaturalice el objeto de la contrata.

⁴⁵² RODRIGUEZ – ARANA MUÑOZ, J., *La prórroga en los contratos administrativos. Concepto, funcionalidad y régimen en los contratos de obras y en gestión de servicios públicos*, op. cit., p. 126. Véanse también el Dictamen del Consejo de Estado 5473/1990 de 28 de junio de 1990 y 1254/1993 de 21 de octubre de 1993.

⁴⁵³ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 142.

Del mismo modo, el TS ha expresado que *“la modificación unilateral del contrato por la Administración no puede afectar a las estipulaciones esenciales”* (STS de 21 de enero de 1994).

10.3.- CONCEPTO AMPLIO DE ALTERACIÓN SUSTANCIAL.

Debe estarse a una visión más amplia del concepto de alteración sustancial del contrato. Esta visión sea cual sea la legislación aplicable es la que definida por el derecho europeo. Este derecho europeo demanda la extensión del concepto de alteración sustancial más allá de la inmutabilidad del fin. Existirá alteración sustancial si existe una renegociación de las condiciones esenciales, o de cambios que hubieren hecho concurrir a otros licitadores o que se pudieran haber presentado ofertas sustancialmente distintas.

Ello debe hacerse caso por caso, como con mucho acierto señala el informe de la JCCA de Aragón 1/2014, de 22 de enero. Este informe indica que la *expresión “condición esencial o sustancial”* no tiene por sí, una definición propia, sino que para conocer su alcance se requiere, del conocimiento de la doctrina europea:

“La expresión «condición esencial o sustancial», es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, y 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 obligatorio del contrato”⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ En el asunto informado por la JCCA de Aragón la modificación se considera sustancial no solo por pretender ampliar el contrato en un 156,8 % sino, sobre todo, porque la modificación planteada supone *“introducir una solución tecnológica distinta totalmente a la inicialmente contratada (gestión del servicio de telefonía y televisión en las habitaciones de los pacientes del Hospital) que poco tiene que ver con el objeto contractual inicial, ya que se pretende la implantación de lo que denominan «terminales a pie de cama» que permiten, utilizando la red digital dispuesta con motivo del contrato actual, no solo el visionado de la televisión y la realización de llamadas telefónicas por los pacientes, sino la puesta a disposición*

Por otra parte, el TRLCSP ha reservado el requisito de imposibilidad de alteración sustancial a las modificaciones no previstas en el condicionado. La nueva Directiva 2014/24 sobre contratos públicos así lo hace también, con la diferencia de la introducción de un nuevo concepto, el de “*alteración de la naturaleza global*” que afectaría a toda clase de modificaciones contractuales. Este régimen es contradictorio, puesto que el TRLCSP lo limita a una clase de modificados y la nueva Directiva lo aplica a todos.

La lógica de la exclusión del concepto de alteración sustancial para los modificados previstos obedece a que éstos, al estar descritos en el condicionado son conocidos por las partes, con lo que su aplicación en fase de ejecución no altera el contrato inicial, pues ya figuraban en él; mientras que en el caso de las modificaciones no previstas en el condicionado, pueden desvirtuar la licitación inicial modificando el objeto de modo que lo finalmente ejecutado sea sustancialmente distinto a lo que fue objeto de licitación. Ello explicaría que las modificaciones previstas no tienen limitación cuantitativa en las Directivas, frente al 50% de las modificaciones no previstas en el condicionado (10% en el TRLCSP).

10.4.- LA REGULACIÓN DE LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO EUROPEO.

Para el Derecho europeo una modificación sustancial es una nueva adjudicación directa ilícita. En España hasta el dictado de la LES todo

de los profesionales sanitarios del acceso a la historia clínica electrónica, con el fin de mejorar la asistencia sanitaria a prestar”. Es interesante también que como el modificado se justificaba en mejoras tecnológicas y en una mejora del servicio, pero no en la imposibilidad de su continuación el informe ofrece estas dos alternativas “ante lo cual, lo procedente sería o bien continuar con la prestación contratada inicialmente hasta la finalización del contrato (1 de junio de 2017), o iniciar el procedimiento de resolución del contrato y acordar la misma con una fecha de efectividad que permita licitar y adjudicar un nuevo contrato ajustado a las nuevas necesidades, teniendo en cuenta la actual tipificación de este tipo de prestaciones y valorando, en su caso, la posibilidad de ampliar el plazo de ejecución del contrato de servicios ex artículo 303.1 TRLCSP, con el fin de permitir una adecuada financiación de las inversiones a acometer”.

modificado estaba permitido aunque existiese alteración sustancial. Aún hoy el TRLCSP realiza una regulación parcial e incompleta del concepto de alteración sustancial. Para completar este concepto y darle una interpretación adecuada debe estudiarse el concepto de “*condiciones esenciales del derecho comunitario*”⁴⁵⁵ que ha sido desarrollado en las nuevas directivas de 2014.

Cuando se produce la alteración de una condición esencial es necesario proceder a realizar un nuevo procedimiento de adjudicación⁴⁵⁶. Se trata de evitar el falseamiento de la competencia, dando preferencia al adjudicatario respecto de otros licitadores.

La Abogada General Kokott en su conclusiones en el Asunto Presstext, señaló que “*debe presumirse 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*”⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Podemos indicar algunos ejemplos de alteración sustancial recogidos en el Libro Verde: La Contratación Pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro (elaborado por la Comisión Europea y comunicado el 27 de noviembre de 1996), donde se señalaba cómo se cambió el emplazamiento de la obra durante el curso del procedimiento, se suprimió una parte importante de las obras inicialmente previstas, o se modificaron las condiciones de financiación. En el mismo sentido la Sentencia del TS de 31 de diciembre de 1985 (RJ 6408/1985) admite como modificación del contrato la variación de emplazamiento de la obra.

⁴⁵⁶ GALLEGO CORCOLES, I. realiza un exhaustivo estudio sobre la jurisprudencia europea en relación con cuándo se produce la alteración sustancial por modificación del objeto o sujeto del contrato es muy interesante («¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?, op. cit., pp. 56 – 65). Sobre el concepto de alteración sustancial puede verse NOEL KEYES, W., *Government contracts in a nutshell*, 3 ed., St. Paul (EEUU), 2000, p. 440.

⁴⁵⁷ Apartados 48 y 49 de las Conclusiones de la abogada general Sra. Kokott presentadas el 13 de marzo de 2008 en el Asunto Presstext.

El TJUE tuvo la ocasión de precisar en su Sentencia CAS Succhi di Frutta Spa, de 29 de abril de 2004, que si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio durante la fase de ejecución del contrato las propias condiciones de licitación sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato resultarían desnaturalizados. Y afirmó que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial.

La STJUE de 19 de junio de 2008, Pressetext, es categórica al sostener que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación *“cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial, y por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato”*⁴⁵⁸.

En concreto, esta sentencia señala que las condiciones esenciales deben versar o comprender como mínimo, aunque no se limitan a ello, el objeto de la licitación, los criterios de selección y adjudicación, y cualquier otra cláusula que de haberse incluido en el procedimiento de licitación habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o habría permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos.

La STJUE de 13 de enero de 2005 consideró constituye una modificación sustancial del contrato la posibilidad de ampliar un 10% el procedimiento negociado resultante de un procedimiento abierto o restringido que no había podido adjudicarse.

La STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset, sostiene que la disminución de la retribución del contratista no constituye una modificación esencial del contrato.

⁴⁵⁸ Vid. también la STJE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, apartados 44 y 46.

Por el contrario, la STJUE de 13 de abril de 2010 afirmaba que la sustitución de un subcontratista relevante podía constituir una alteración sustancial del contrato, desde una vertiente subjetiva. En tal caso, la Sentencia exige tomar *“todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación”*.

La STJUE de 29 de abril de 2010, Comisión contra Alemania, relativa a la ampliación del objeto de un contrato de servicios de socorro, afirma que cuando se amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos, existe alteración sustancial del contrato. Lo mismo ocurre con el otorgamiento de prórrogas no previstas, como señala la STJUE de 13 de septiembre de 2007, Comisión contra Italia.

Respecto del concepto de alteración sustancial es interesante aludir al Reglamento (CE) n° 1260/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales. Su considerando 41 establece pautas para definir cuando una modificación de las obras financiadas por dichos Fondos pueden ser consideradas importantes, aludiendo de forma clara a la alteración del fin – en claro apoyo de la teoría de la inmutabilidad del fin – :

“Considerando que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, conviene que se apliquen las normas nacionales pertinentes a los gastos subvencionables cuando no existan normas comunitarias, que podrán ser adoptadas por la Comisión cuando resulten necesarias para garantizar una aplicación uniforme y equitativa de los Fondos Estructurales en la Comunidad; que, no obstante, es necesario especificar aspectos relativos a la admisibilidad de los gastos como las fechas iniciales y finales de admisibilidad y la perennidad de las inversiones; que, por consiguiente, para garantizar que las ayudas de los Fondos resulten eficaces y tengan efectos duraderos, es preciso que la ayuda de los Fondos sólo se considere devengada total o parcialmente para una operación cuando ni su naturaleza ni sus condiciones de ejecución experimenten modificaciones importantes que alteren el objetivo inicial de la operación objeto de la ayuda”.

En el mismo sentido, el artículo 30 apartado 4 de este Reglamento establece:

“Los Estados miembros comprobarán que sólo se garantice la participación de los Fondos en una operación si ésta no sufre ninguna modificación importante durante cinco años a partir de la fecha de la decisión de la autoridad nacional competente o de la autoridad de gestión sobre la contribución de los Fondos:

a) que afecte a su naturaleza o a sus condiciones de aplicación o que proporcione una ventaja indebida a una empresa o a un organismo público, y

b) que resulte, bien de un cambio en la naturaleza del régimen de propiedad de una infraestructura, bien de la interrupción o del cambio de localización de una actividad productiva”.

Ahora las nuevas Directivas recogen el concepto de alteración sustancial por modificación contractual. Me centraré en la Directiva 2014/24, pues las otras dos Directivas son, en este aspecto, similares. La nueva regulación se limita a dar rango normativo a la doctrina de la jurisprudencia del TJUE, en especial las STUE Succhi di Frutta Spa y Pressetext.

Las modificaciones contractuales en la Directiva se regulan en el artículo 72.

Su apartado 1.a) introduce la posibilidad de modificar el contrato sin límite cuantitativo si las modificaciones estaban previstas, con el límite de la alteración de la naturaleza global del contrato, concepto que podemos identificar como la alteración de la causa o fin.

En definitiva, la Directiva no considera que exista alteración sustancial en su vertiente cuantitativa cuando se trata de modificados previstos. La explicación es que estas posibles modificaciones ya están contempladas en el valor estimado y aparecen perfectamente descritas, por lo que no hay riesgo de vulnerar los principios generales de la contratación pública. Además se ha dado publicidad a los modificados previstos, lo que garantiza una adecuada transparencia e igualdad de trato. Esto no supone que exista una

discrecionalidad ilimitada para la previsión de modificaciones contractuales (Considerando 111)⁴⁵⁹.

Para las modificaciones no previstas en el condicionado la Directiva establece una limitación cuantitativa, reputando sustanciales las modificaciones que conlleven una variación superior al 50% del valor del contrato inicial (apartado 1.b) artículo 72)⁴⁶⁰.

El Considerando 109 aclara que existe una limitación que se refiere a la alteración sustancial del objeto o fin del contrato. Es lo que se denomina “*alteración de la naturaleza de la contratación global*”. Este considerando ofrece algunos ejemplos de ello: si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado.

El apartado 4 del artículo 72 de la Directiva se dedica expresamente a la alteración sustancial del contrato por modificaciones contractuales. Las previsiones que realiza se aplican a todo tipo de modificados, estén o no previstos en el condicionado⁴⁶¹. Considera que existirá alteración sustancial cuando la modificación tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. Afirma lo siguiente:

“una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

a) 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

⁴⁵⁹ Con ello se aclara el debate doctrinal existente en España sobre si es posible modificar ilimitadamente la cuantía del contrato por medio de causas de modificación previstas en el condicionado.

⁴⁶⁰ Este porcentaje sorprenderá a los gestores de España acostumbrados ya a que el límite de las modificaciones no previstas fuera del 10% de variación.

⁴⁶¹ La regulación actual española es muy similar, pero solo afecta a las modificaciones no previstas en el condicionado.

oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;

b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;

d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d)”.⁴⁶²

Para el caso de que la modificación suponga una alteración sustancial del contrato, el apartado 5 del artículo 72 exige iniciar un nuevo procedimiento de contratación.

Por otra parte, en las modificaciones cubiertas por los umbrales de *minimis*, previstos en el artículo 72.4 de la Directiva, el límite es la imposibilidad de alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco.

Pero también, contempla la alteración sustancial por cambio del sujeto. El artículo 72.1.d) reputa sustancial la alteración subjetiva – un nuevo contratista sustituye en su posición al contratista inicial – salvo que exista: una opción o cláusula de revisión inequívoca prevista como un modificado previsto; la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la Directiva, o bien, la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71⁴⁶².

Así se proscribe la cesión del contrato tal como viene aceptándose en España, limitándose enormemente la sustitución del contratista.

⁴⁶² Véase en este sentido el Considerando 110 de la Directiva.

10.5- LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO EN ESPAÑA ANTES DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.

Antes de la modificación de la LCSP por la LES no había una determinación genérica sobre qué modificaciones alteraban sustancialmente el contrato originario. De hecho aunque pudiera ofrecerse alguna pauta cualitativa o cuantitativa el modificado resultaba validado si existía acuerdo del contratista en la ejecución de la modificación⁴⁶³.

Como antecedente figuraba la consideración como sustancial de las modificaciones superiores al 50% del precio del contrato que contemplaba el artículo 162 del Reglamento General de Contratos del Estado de 9 de enero de 1953. En la LCSP y normativa precedente, igualmente, solo había una determinación al respecto para los contratos de obras. En concreto el artículo 221.1 LCSP, en su redacción originaria, especificaba como causas de alteración sustancial *“entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial”*⁴⁶⁴.

Por su parte, desde un punto de vista cuantitativo, la LCSP determinaba un límite cuantitativo solo para el contrato de obras. Consideraba sustancial la variación del 30% en el precio del contrato de obras en lo referente a sustitución de unidades de obra que afecten al precio al menos en ese

⁴⁶³ BLANQUER CRIADO, D., trata de lo que denomina *“la borrosa frontera entre la modificación sustancial, la modificación encubierta y al adjudicación encubierta de un nuevo contrato diferente del originario”* (*La concesión de servicio público*, op. cit., 2012, pp. 1038 – 1046).

⁴⁶⁴ Un ejemplo de alteración sustancial cualitativa viene informado en el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de junio de 1967 en que estando prevista la construcción de un ferrocarril se transformó el objeto del contrato pasando a edificar una carretera. El Informe de la JCCA de Aragón 3/2009 alude a la imposible modificación del contrato si no hay previsión al respecto. El supuesto analizaba una modificación constitutiva de alteración sustancial. Se pretendía modificar un contrato administrativo para la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos del Consorcio de la Agrupación Nº 8 de Teruel y a cuyo objeto inicial (servicios prestados en el ámbito territorial de los municipios de diversas Comarcas) pretendían adicionarse la inclusión de la recogida en Teruel y la Comarca Sierra de Albarracín, mediante una modificación contractual que suponía un aumento del precio inicial del 500%.

porcentaje (artículo 221). En todo caso, de superarse ese importe el contrato de obra podía continuar. Lo obligatorio era retribuir el modificado, pero el contrato podía continuar si el contratista no solicitaba su resolución. En el resto de contratos, no existía ninguna limitación.

El Dictamen del Consejo de Estado 933/2009, de 9 de julio de 2009, analiza una modificación donde pese a superarse con creces tales porcentajes el contrato continuaba ante la conformidad del contratista:

“el contratista ha manifestado su conformidad a la modificación proyectada, mediante la firma del acta de precios contradictorios, por lo cual queda obligado a su ejecución si fuera aprobada, en los términos señalados en la propuesta de modificación del contrato”.

En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo de Estado 1460/1991, de 21 de noviembre de 1991, no dictaminó la resolución contractual en relación con la modificación consistente en el *"Reformado adicional a rehabilitación y reforma de la Escuela Universitaria de Enfermería "Marques de Valdecilla" en Santander"*, pese a que el modificado de las obras era del 72%. Aquí se argumentó que el acuerdo del contratista a ejecutar la modificación era suficiente para realizarlo.

Y el Dictamen 1459/1991 informó favorablemente la modificación y no propuso la resolución contractual, pese a que el modificado superaba el 65%, justificándolo en la existencia de nuevas necesidades operativas en el edificio a construir.

10.6.- EL CONCEPTO DE ALTERACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO EN EL TRLCSP.

10.6.1.- Alcance del concepto.

El concepto de alteración sustancial en el TRLCSP es susceptible de diversas interpretaciones. Algunos autores han destacado el acierto del legislador al definir tal concepto para evitar que la concreción del mismo quede a discreción de la propia entidad contratante, aludiendo al riesgo de que se

realizara una interpretación excesivamente amplia o no según qué interpretación se ajustara mejor a sus intereses⁴⁶⁵.

Afecta tanto a los modificados previstos como a los imprevistos. Si bien hay una expresa prohibición de afección a las condiciones esenciales propias del contrato para las modificaciones no previstas en el artículo 107.3 TRLCSP, ninguna previsión similar se hace para los modificados previstos en los artículos 105 o 106 TRLCSP. El artículo 107.3 del TRLCSP dice así:

“A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

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.

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”.

Estas prohibiciones establecidas para los modificados no previstos deben entenderse aplicables a los modificados previstos, por más que el

⁴⁶⁵ EDUARDO ESTÉVEZ, A., «El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 124, 2013.

artículo 106 también del TRLCSP permita cualquier clase de modificación prevista en el condicionado, incluso aquellas que pudieran comprometer los fines del contrato inicial o pudieran alterar su naturaleza global⁴⁶⁶.

Lo esencial es analizar el impacto de las circunstancias concurrentes caso por caso, como pone de relieve el informe 3/2009, de 15 de abril de la JCCA de Aragón⁴⁶⁷.

Se hace necesario reformar el TRLCSP para extender las prohibiciones previstas en el artículo 107.3 TRLCSP a los modificados previstos. No cabe aceptar que un modificado previsto en el condicionado efectúe una predicción sobre situaciones futuras e imprevisibles y que pudiera alcanzar un 500% del precio inicial, por ejemplo, sin afectar a una condición esencial del contrato.

10.6.2.- El artículo 107.3 del TRLCSP.

El legislador vuelve a pecar de pretender definir en exceso un concepto que debe radicar más sobre supuestos genéricos para luego ponerlos en consideración con su incidencia en los principios de contratación respecto de cada modificación del contrato que sobre supuestos concretos⁴⁶⁸.

El artículo 107.3 del TRLCSP recoge los diversos supuestos de alteración sustancial del contrato.

a) alteración del fin, la función y características esenciales.

El primer supuesto es que *“la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada”*. Esta previsión parece acorde con la jurisprudencia europea y las nuevas

⁴⁶⁶ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, «Modificación de un contrato de obra adjudicado para una autoridad portuaria», op. cit., pp. 167 - 171.

⁴⁶⁷ Entre otras cuestiones, este informe pone de manifiesto que no cabe realizar interpretaciones apriorísticas de los supuestos de alteración sustancial del contrato.

⁴⁶⁸ Según el Ministerio de Fomento la regulación dada por la Ley de Economía Sostenible al concepto de alteración sustancial y los nuevos presupuestos limitativos de la modificación hacen que se verifique una importante reducción de los sobrecostes. Afirmaban que en 2011 el 42% de los contratos eran modificados frente al 60% de 2007. Fuente: Diario El País. 14 de enero de 2014.

directivas sobre contratación pública, pues proscribire las alteraciones de naturaleza global del contrato.

Si se altera la finalidad del contrato inicial existirá una alteración sustancial del contrato. Cabe recordar que esta ha sido la tradicional y única limitación a las modificaciones contractuales, la conocida como “inmutabilidad del fin”⁴⁶⁹.

Lo esencial de un contrato es el fin al que va destinado, pero el límite a la modificación no puede ser solamente la alteración de su finalidad. Constituye un acierto que la LES no contemple en exclusividad esta causa, sino como una más del elenco de supuestos en que el contrato no pueda variar so riesgo de desnaturalización del contrato originario⁴⁷⁰.

Para el Consejo de Estado una obra nueva es una obra distinta y desvinculada de la inicial que por ello causa, una desvirtuación del principio de licitación pública⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ GIMENO FELIU, J.M., pone de relieve como la inmutabilidad del fin público ha sido el único límite a los modificados que ha impuesto la práctica española que “*ha venido interpretando de forma relajada esta regla sobre la máxima de que es una potestad administrativa cuya justificación radica en la mejor gestión del interés público*” («El régimen de modificación de los contratos: regulación actual y perspectiva de cambio», op. cit., pp. 29 - 54). CATALÁ MARTÍ, J.V., considera que la potestad de modificación se justifica en última instancia por el elemento finalista de consecución del interés público que siempre acompaña a la Administración (*La contratación de las administraciones públicas ajustadas a la Ley de Contratos del Sector Público*, op. cit., p. 456).

⁴⁷⁰ Dictámenes del Consejo de Estado 50641/1987, de 12 de noviembre de 1987, 51689/1988, de 25 de febrero de 1988, 4350/1997, de 6 de noviembre de 1997, (en él se dictaminaba sobre la imposibilidad de convertir una obra de simple acondicionamiento de una carretera en la construcción de nuevo tramos de carretera) e Informe de JCCA 59/2000, de 5 de marzo de 2001.

⁴⁷¹ Dictamen del Consejo de Estado 79/1993, de 1 de abril de 1994, y 863/1994, de 8 de octubre de 1992. El Dictamen 51698, de 25 de febrero de 1988, pone de manifiesto que “*el cambio en el trazado de la carretera conlleva realmente un cambio en la voluntad de la Administración Pública y en suma, un proyecto nuevo*”. El Dictamen 863/1992, de 8 de octubre de 1992, analizaba un contrato de remodelación de una playa que nació como una fase y se modificaba para ejecutar dos fases con el mismo contrato. El Consejo de Estado lo aceptó pero

b) Alteración del equilibrio económico.

La segunda causa proscribe las modificaciones que alteren la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

La retribución del contrato es sin duda su elemento decisivo. Pueden darse supuestos en que por obra de un modificado exista una alteración de tal calado que cambie el sistema de retribución fijado inicialmente y rompa el equilibrio inicialmente determinado entre la prestación y su contraprestación.

c) Diferente solvencia o habilitación profesional. Prohibición de cesión del contrato.

El apartado c) de este artículo 107.3 TRLCSP, considera alterado sustancialmente el contrato *“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”*.

Frente a los supuestos anteriormente mencionados, que atendían a alteraciones en el objeto que lo hacen sustancialmente diferente al inicialmente contratado se apunta ahora al sujeto. Se desvirtúa la licitación inicial cuando son necesarios nuevos y distintos requisitos para participar. Si se varían las condiciones de solvencia técnica iniciales es claro que podrán existir licitadores distintos a los inicialmente concurrentes.

La STJUE de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, determinó que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial.

con un voto particular que aludía a la vulneración del principio de concurrencia y afirmaba que el modificado no obedecía a razones técnicas sino de oportunidad.

Por otra parte, esta sentencia concluyó 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”*⁴⁷².

Surge la pregunta de si la cesión del contrato es una verdadera modificación del contrato que conlleva la alteración sustancial del contrato⁴⁷³. A primera vista el objeto es el mismo, solo cambia quién lo ejecuta. Para muchos autores no se trata de una novación sino que en la cesión al existir una subrogación en bloque de derechos y deberes estamos ante un mismo contrato⁴⁷⁴. Afirman que la modificación siempre va dirigida a modificar el elemento objetivo no el subjetivo, que depende únicamente de la voluntad del contratista⁴⁷⁵.

En cambio otros, opinión a la que me sumo, entienden que estamos ante una verdadera alteración sustancial del contrato⁴⁷⁶. En particular, no se comprende quién es el contratista para modificar por su propia iniciativa y eligiendo a quien más le conviene para ejecutar un contrato en el que existió publicidad y concurrencia. ¿De qué sirve entonces el proceso de elección del

⁴⁷² La STS de 14 de enero de 2000 (RJ 2000/1574) afirma que la sustitución del nuevo deudor en lugar del primitivo sin consentimiento del acreedor vulnera el artículo 1205 del Código Civil.

⁴⁷³ PADRÓS REIG, C. realiza un interesante estudio de la cuestión. («Modificaciones subjetivas en la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos: entre dogmática administrativa y realidad práctica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 135, 2007).

⁴⁷⁴ ARIÑO Y ASOCIADOS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 2005, p. 1146.

⁴⁷⁵ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato*, op. cit., p. 39.

⁴⁷⁶ NOGUELLOU, R., *La transmission des obligations en droit administratif*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 241, París, 2004, pp. 109 – 111 y 147.

contratista si esté tras un 20% de la ejecución puede decidir que continúe realizándolo otro empresario?⁴⁷⁷.

A la vista la jurisprudencia europea citada, a pesar de que no haya causa que directamente lo prohíba y aunque se regula la cesión del contrato en el artículo 226 del TRLCSP, considero esta posibilidad esta posibilidad contraria esta posibilidad contraria a los principios rectores de la contratación pública⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ HOEPPFNER, H., afirma que si una de las partes es remplazada por otra existe una modificación subjetiva que constituye alteración sustancial del contrato, constituyendo un cambio importante que no es una modificación sino una novación. Según esta autora (p. 55) lo que puede cederse por el contratista es solo la parte activa de la obligación, esto es, la subcontratación con ciertos límites y la cesión del crédito, para lo que se apoya en el artículo 1165 del Código Civil Francés y en el pronunciamiento del Consejo de Estado Francés de 6 de marzo de 1856 que afirma que *“el contrato administrativo se analiza como un medio o instrumento de servicio público y no como una simple suma de créditos y débitos”* (*La modification du contrat administratif*, op. cit, p. 7). En el mismo sentido se pronuncia RICHER, L. «Delegations de Service public: leur cession est elle compatible avec la loi sapin?» *MTPB*, 3 de marzo de 2000, p. 78. Véase también el arrét del Consejo de Estado francés de 8 de junio de 2000 que afirma que *“no cabe la cesión parcial de un contrato, pues ello sería tanto como fraccionar un contrato”*.

⁴⁷⁸ “1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.
- b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.

A las "condiciones de solvencia sustancialmente distintas" alude la Circular Nº 1/2011 de la Abogacía General del Estado que considera sustancial una modificación por la que ahora se exigiría clasificación empresarial, cuando antes no se requería o en un grupo o subgrupo distinto. Mayores dudas se suscitan en dicha Circular cuando es exigible una categoría inmediatamente superior a la inicialmente requerida.

En Navarra, la Ley Foral la 32/2013, de 31 de octubre, modificó el artículo 111 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra que regulaba la cesión del contrato permitiendo la alteración subjetiva sólo en supuestos de que fuese consecuencia de un modificación previsto, una reestructuración empresarial o una situación de insolvencia. En caso de concurso de acreedores del contratista exige que se posibilite al resto de licitadores por su orden de clasificación suceder al contratista original⁴⁷⁹.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública. Con ello parece excepcionarse la cesión cuando concurren circunstancias personales, o de solvencia muy determinadas, pero la redacción es muy posibilista".

⁴⁷⁹ El nuevo precepto dice así:

"1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato solo podrán ser cedidos a un tercero cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias y siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato o tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Ley Foral o restringir de forma efectiva la competencia en el mercado:

a) Que la cesión se produzca como consecuencia de la aplicación de una cláusula inequívoca prevista en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación en los términos y con los límites previstos en el apartado 2.a) del artículo 105 de esta Ley Foral.

b) Por sucesión universal o parcial en la posición del contratista inicial, a raíz de la reestructuración o modificación estructural de sociedades, incluidas las de adquisición, fusión, segregación, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de empresa o actividad o por encontrarse el contratista inicial en situación de concurso. Incluso abierta la fase de liquidación.

En el supuesto de situación de concurso, la propuesta de cesión del contrato deberá comunicarse a la Administración contratante para que esta posibilite ser cesionarios del

Resulta también de interés el Dictamen del Consejo de Estado 1748/2011, y el Dictamen de la JCCA de la Xunta de Galicia 8/2012, de 27 de noviembre de 2012, que en el estudio de un supuesto de cesión del contrato aluden de forma directa a las sentencias del TJUE de 19 de junio de 2008, *Presstetext*, y de 5 de octubre de 2000, *Comisión Contra Francia*. Consideran que el concepto de modificación sustancial debe ser el determinado por la jurisprudencia europea. En particular se refieren a que la cesión no puede constituir una modificación esencial del contrato que hubiera permitido participar a distintos licitadores aparte de los inicialmente admitidos o seleccionar una oferta distinta, y se alude también a la imposibilidad de que la modificación presente características sustancialmente distintas a las iniciales.

Sin embargo, el TACPA, en su Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre de 2013, consideró que no existía alteración sustancial del contrato respecto de una cesión del contrato, sino una cuestión incidental de ejecución de un contrato válidamente celebrado, que cumple las reglas de cesión del contrato regula⁴⁸⁰. Al respecto de la cesión el Tribunal afirmó que *“se trata de un incidente relativo al cumplimiento de un contrato válidamente celebrado, donde, mediante un contrato privado entre empresas, una sustituye a la otra en el cumplimiento del contrato público que se cede. (...) “No es, por sí, un supuesto*

contrato a los restantes participantes en la licitación y por su orden de clasificación. Si estos rechazasen tal posibilidad, podrá el cedente escoger libremente al cesionario.

El cesionario deberá disponer, al menos, de igual solvencia económica y financiera, técnica o profesional exigida al cedente y no deberá estar incurso en causa de prohibición para contratar.

2. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente”.

Según la Disposición transitoria única de la Ley Foral 32/2013, esta reforma será de aplicación a todos los contratos en ejecución y no extintos al tiempo de su publicación, con independencia de su fecha de adjudicación. La razón de ser de esta Disposición pudo ser la consideración como ilícita de cualquier alteración subjetiva diferente de las previstas y la necesidad de su inmediata y atemporal aplicación.

⁴⁸⁰ Varios concejales del Ayuntamiento de Zaragoza presentaron una cuestión de nulidad frente al Acuerdo del Gobierno de Zaragoza de 31 de mayo de 2013, de autorización previa de la cesión de un contrato.

de modificación contractual ex artículo 105 TRLCSP, como bien explica el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón”.

El Tribunal concluyó que la cesión de un contrato es un negocio privado sometido, como garantía del interés público causa del contrato, a la preceptiva autorización de carácter constitutivo. Consideró además que no altera nada este razonamiento la doctrina del TJUE alegada por los recurrentes, en concreto la STJUE de 19 de junio de 2008, Pressetext, que delimita en qué casos puede existir una nueva adjudicación en la modificación de los términos de un contrato.

Quizás la clave de este acuerdo del TACPA sea la que pueda extraerse de su siguiente afirmación: *“habrá una nueva adjudicación, y ésta será ilegal, si tal posibilidad, en tanto modificación del elemento personal del contrato, no se encontraba expresamente prevista. Pero en el supuesto objeto del recurso, tal cesión sí se encontraba prevista tanto en el Pliego como en la ley, por lo que la cesión del contrato, por sí, no puede considerarse una modificación sustancial de la licitación, ni un fraude a los principios de la contratación pública. La cesión del contrato es, en definitiva, una cuestión de ejecución del contrato, y no una nueva adjudicación, por lo que no existe objeto para la cuestión de nulidad. Solo el incumplimiento manifiesto de los requisitos exigidos para «validar» la cesión podría posibilitar la existencia de un nuevo contrato ilegal”.*

Por otra parte, debe aludirse a la consideración jurídica de la alteración subjetiva del contrato en supuestos de sucesión empresarial. El artículo 223.A) del TRLCSP determina que la extinción de la personalidad jurídica conlleva la extinción del contrato sin perjuicio de la posibilidad de sucesión del contratista en los supuestos recogidos en el artículo 85 del TRLCSP. Este último precepto se refiere a los supuestos de transformaciones empresariales (fusión, escisión, aportación de rama de empresa o rama de actividad) permitiendo la posibilidad de que el contrato continúe con la entidad a la que se atribuya el contrato. El contrato se extingue con el contratista y le sucede otra entidad. En cambio, en las nuevas directivas de 2014 los supuestos de alteración subjetiva se

consideran una modificación del contrato y no como una extinción del contrato y ulterior subrogación.

d) *La variación del precio en un 10%.*

La cuarta causa del artículo 107.3 del TRLCSP es la siguiente:

“cuando las modificaciones del contrato iguallen 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”.

Esta causa conlleva la mayor prohibición que ha existido en toda la legislación contractual en nuestro país. Es una restricción tal que fija como límite máximo el mismo importe que la Directiva 2014/24 considera una modificación sin importancia – *umbral de minimis* –. Es una auténtica revolución normativa⁴⁸¹.

No se entiende porque se fijaba el 10% como límite, cuando el Anteproyecto de LES lo determinaba en un 20% del precio de adjudicación del contrato. Quizás la explicación puede encontrarse en una cuestión fundada, pero ajena a las problemáticas de la ejecución de la contratación sobre la realidad; y es que, si las consultas al Consejo de Estado se debían llevar a cabo cuando el contrato fuera superior a un 20% del precio primitivo del contrato, siendo éste igual o superior a 6.000.000 euros – conforme al artículo 195.3.b) LCSP – ahora limitándose en el Anteproyecto al 20% jamás podía conocerse un modificado por el Consejo de Estado. Por ello ahora se cambia también esa redacción y se da intervención al Consejo de Estado cuando el modificado tuviera un aumento *“superior a un 10% del precio primitivo del contrato, siendo éste igual o superior a 6.000.000 euros”*⁴⁸².

Cabe preguntarse si no habría sido suficiente que la consulta se hubiera llevado a cabo cuando el modificado experimentase un aumento del 15% e

⁴⁸¹ VAZQUEZ MATILLA, F.J., «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos proyecto de Ley de Economía Sostenible, op. cit., Nº 37, 2010, p. 330.

⁴⁸² De hecho esta es la fundamentación que obra en el informe del Consejo de Estado aludido, que literalmente afirma que en otro caso *“se sustraerían de la consulta obligada a este Cuerpo Consultivo los casos potencialmente más conflictivos”*.

incluso si se hubiera estimado conveniente reducir el importe de 6.000.000 de euros por otras cifras menores para dar cabida a la importante labor de ese Consejo.

Otra justificación a esta limitación del 10%, ésta más razonable, es la que defendió GIMENO FELIU⁴⁸³, quien consideró en su día oportuno este límite del 10% con base en el fallo de la sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005 que declaró que no se ajustaba al Derecho europeo el hecho de que tras un procedimiento abierto o restringido que hubiere resultado desierto o cuando los candidatos no pudieren haber sido admitidos se incrementase el precio del contrato en un 10% para hacerlo así más atractivo a los potenciales licitadores. Esta sentencia fue clara al afirmar que esta elevación del precio constituía *“una condición nueva que debilita tanto el alcance como el carácter excepcional de aquellas”* y la consideró una modificación sustancial. Por el contrario, yo he defendido que el límite para considerar sustancial la variación del precio del modificado era del 50% del precio del contrato originario⁴⁸⁴. Y es que ningún sentido tendría que el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CEE permitiera la adjudicación de contratos complementarios al contratista inicial hasta un 50% del precio del contrato inicial para luego limitar los modificados al 10% del mismo.

Este criterio ha sido el acogido por la Directiva 2014/24. Su artículo 72.6 establece que *“no obstante lo dispuesto en el apartado 1, una modificación sustancial no requerirá un nuevo procedimiento de contratación cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:*

- a) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podría prever,*
- b) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato;*

⁴⁸³ GIMENO FELIU, J.M., *Las reformas legales de la Ley 30/2007, alcance y efectos prácticos*, op. cit., p. 113 y GALLEGO CÓRCOLES, I., «¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público? », op. cit., p. 59.

⁴⁸⁴ VAZQUEZ MATILLA, F.J., «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: proyecto de Ley de Economía Sostenible», pp. 344 – 346.

c) que cualquier aumento del precio no sea superior al 50 % del valor del contrato inicial”.

Lo relevante es la determinación del 50 % del valor del contrato inicial en vez del 10% que fijaba la LES. De hecho, ha sido interesante como los argumentos esgrimidos a favor del límite al 10% establecido en el TRLCSP no han resultado operativos para afrontar la cuestión de las variaciones de medición en las unidades de los contratos de obras, suministros o servicios.

Se trata de la posibilidad de que exista una variación en el número de unidades de obra hasta en más o en menos un 10%, prevista en los artículos 234.3, 296 y 306 del TRLCSP, para los contratos de obras, suministros y servicios. Puede darse el caso en que un 10% de las modificaciones provinieran de mayores mediciones respecto del número de mediciones inicialmente considerado y otro 10% con motivo de modificaciones no previstas. Ello obliga a reflexionar sobre si tratándose unas y otras de circunstancias imprevistas en el condicionado se toma en cuenta el límite global de modificados al alza o a la baja del 10% del precio de adjudicación del contrato que contempla el artículo 107.3 del TRLCSP.

Con independencia de que la modificación del contrato por variación del número de mediciones sea una habilitación legal expresa, diferente e independiente del artículo 107 del TRLCSP, considero que no cabe que el precio sea alterado en más de un 10%⁴⁸⁵.

En sentido opuesto se han pronunciado respecto de esta cuestión la Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de Aragón y Canarias. Así el informe de la JCCA de Aragón 23/2011, de 12 de septiembre, afirma que *“el supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP - alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del*

⁴⁸⁵ En muchos supuestos la variación de mediciones iniciales (por ejemplo, variación en el número de sillas a suministrar inicialmente) es fruto del error del contrato inicial (causa que sí figura en el artículo 107.1.a) TRLCSP). Error que unas veces es imprevisible, y otras, simplemente, se debe a la falta de diligencia del redactor del proyecto o del poder adjudicador. Además, suele ser objeto de prácticas colusorias donde se pretende hacer constar como mediciones variaciones que no tienen tal carácter o incluso nunca existieron.

proyecto de un contrato administrativo de obras- es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 92 quarter LCSP.

En concreto, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior, el de la medición final de la obra”.

Ciertamente, resulta una sólida argumentación, pero considero que el argumento formal que se ofrece para permitir tal amplitud – el hecho de que el artículo 217.3 LCSP, ahora 234.4 TRLCSP, no aparezca citado en el artículo 107 TRLCSP –, no puede desvirtuar la doctrina del TJUE sobre esta materia ⁴⁸⁶ Pese a lo dicho, bien podría citarse en apoyo de la tesis de la JCCA de Aragón la permisividad de un *umbral de minimis* en las nuevas Directivas sobre contratación Pública – artículo 72.2 Directiva 2014/24 –, puesto que se permiten sin justificación modificaciones inferiores al 10% en contratos de servicios y suministros y 15% en obras.

El informe 4/2011 de la JCCA de Canarias sostiene igualmente lo siguiente:

“1ª.- Dentro del límite del 10% a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, las variaciones de medición de las unidades de obra realmente ejecutadas respecto a las inicialmente previstas en el proyecto, no producen en ningún caso una modificación sustancial del contrato por ser inherentes al mismo, y, por tanto, su importe no se puede considerar acumulable al importe de las modificaciones a que se refiere el artículo 92 quater, a efectos del cómputo del límite del 10% a que se refiere el apartado 3.d) del artículo 92

⁴⁸⁶ Véase al respecto el comentario a dicho informe por BELTRAN GÓMEZ, A.I., «A vueltas con la modificación de los contratos», en la web del *Observatorio de Contratación Pública* (www.obcp.es) (link directo: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.26/relcategoria.121/relmenu.3/chk.9ca7a2983c9212192e4f7062c858dae4>).

quater para determinar la incidencia de una modificación sustancial del contrato.

2ª.- El importe de las variaciones de medición a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, cuyo importe no supere el 10% fijado en dicho artículo y que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 160.2 del R.G., se recojan posteriormente en un proyecto modificado, no ha de computarse junto al importe de las modificaciones que han dado lugar al proyecto modificado, a efectos de considerar el límite del 10% que determina la alteración sustancial del contrato.

En consecuencia, dichas variaciones de medición deberán reflejarse de forma diferenciada en el proyecto modificado, a fin de poder realizar el control diferenciado del cumplimiento de ambos límites.

3ª.- Si un pliego de cláusulas incluye expresamente la previsión de realizar posibles variaciones de medición de determinadas unidades de obra, detallando las condiciones, el alcance y los límites en que puedan realizarse, en los términos establecidos en el artículo 92 ter de la LCSP, tales variaciones no interfieren en la viabilidad ni en el límite establecido en el artículo 217.3 de dicha ley para aquellas otras variaciones en las mediciones que se realicen de acuerdo con lo previsto en este artículo”.

Asimismo, procede analizar la posibilidad de compensar las variaciones al alza y la baja para configurar el porcentaje del 10% de modificación del contrato.

El Informe de la JCCA 16/06, de 30 de octubre de 2006, concluyó que no existe ningún impedimento para compensar excesos y defectos de medición a efectos del cómputo del límite del 10%. Dicha Junta consideraba que el artículo 160 del RGLCAP, vigente y equivalente a los preceptos antes aludidos, se refiere a "variaciones" y no a aumentos o reducciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas de forma aislada.

Comparto por los mismos motivos que el límite del 10% ha de aplicarse sobre el saldo de dichos aumentos o reducciones, es decir teniendo en cuenta la variación total que se produce en el número de unidades ejecutada. Ello es esencial para entender cuál es el límite real no sólo respecto de esos preceptos, sino del límite global del 10% que establece el artículo 107.3.d)

TRLCSP. Defiendo también la aplicación de este límite porque la evidente definición al detalle del número de unidades hace que con frecuencia a toda adición de una unidad haya que restar otras.

Es cierto que si existe una reducción del contrato del 10% del precio inicial y otro aumento del 10%, el límite del 107.3 del TRLCSP podría considerarse superado. Con tal teoría no procedería tramitar un modificado. Así lo entendió la JCCA de Illes Balears en su Informe 10/03, de 27 de noviembre de 2003, al afirmar que *“la normativa sobre contratación pública que regula restrictivamente la capacidad de modificación de los contratos por parte de la Administración, dejó una puerta abierta a la modificación, sin autorización previa del proyecto de obra por exceso, siempre que ello no suponga más del 10 por 100 del presupuesto primitivo del contrato de obra y siempre que este exceso sea en unidades de obra previstas en las modificaciones del proyecto, y no admite, a sensu contrario, a introducción de unidades nuevas con cargo al 10 por 100 indicado. (...) La situación que se plantea en la consulta, no prevé el incremento del 10 por 100 del presupuesto de la obra proyectada, al contrario, la compensación entre unidades positivas y negativas tiene por finalidad poder agotar el presupuesto del contrato primitivo.*

Dicho esto y de acuerdo con las anteriores consideraciones de este informe, podría afirmarse la posibilidad de proceder a compensaciones entre unidades de obra positivas y negativas siempre que ello no supusiera ningún incremento del presupuesto primitivo del proyecto o que, suponiéndolo, no representara más del 10 por 100 de éste.

Ahora bien, si lo anterior es cierto, también lo es, que por vía de la compensación de unidades de obra positivas y negativas estemos desvirtuando el proyecto de obra modificándolo sustancialmente, en definitiva por la vía de la compensación se procedería a la modificación del objeto del contrato, en este caso de un proyecto de obra.

En todas estas actuaciones del "ius variandi" la solución, cuando afecte a la contratación pública, como ya se ha dicho, ha de examinarse desde un punto de vista restrictivo, con lo que la compensación de unidades de obra, como es una modificación contractual, debe interpretarse restrictivamente y con

ello afirmar que la compensación no podrá suponer en ningún caso, una sustancial variación del proyecto primitivo, ni en las cualidades ni en las cantidades de las unidades de obra proyectadas y aunque con ello no se sobrepase el presupuesto primitivo del proyecto. Caso contrario deberá abrirse el procedente de modificación de los contratos del artículo 101 y siguientes del TRLCAP”⁴⁸⁷.

Por último, cabe reseñar que en el supuesto de existir modificación del contrato el límite cuantitativo para valorar si estamos ante la alteración sustancial debe efectuarse sin tomar en cuenta los diferentes tipos impositivos del IVA o IRPF. Las modificaciones de estos impuestos no constituyen una modificación contractual. Debe prescindirse de ellas al tiempo de calcular el porcentaje que supongan las modificaciones contractuales.

Idéntica conclusión fue suscrita por el Informe 32/95, de 24 de octubre de 1995 de la JCCA que afirmaba que *“la determinación del importe de una modificación contractual y del porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato no puede realizarse tomando en consideración tipos impositivos distintos del IVA, pues la diferencia de tipo impositivo, por ser extremo distinto e independiente y, en cierto modo, accidental al contrato, no puede servir para cuantificar una modificación contractual ni el porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato”*.

e) La concurrencia o la presentación de distintas ofertas.

El apartado e) de este artículo 107.3 TRLCSP considera alterado sustancialmente el contrato *“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”*.

Se trata de una cláusula que deja abierta la interpretación de qué es una alteración sustancial al caso concreto que se plantee.

⁴⁸⁷ El TRLCSP induce a confusión al sustituir el término de *“alteración”*, que empleaba el RGLCAP, por el de *“variación”*.

La Sentencia de 29 de abril de 2004, Succhi di Frutta Spa, analizaba una modificación del contrato que alteraba la forma de pago, y concluía que si el poder adjudicador desea modificar ciertas cláusulas contractuales debió preverlo en el condicionado. La finalidad es garantizar la transparencia e igualdad de trato no solo durante la licitación, sino también en la ejecución del contrato. La causa analizada reproduce literalmente la doctrina fijada por esta sentencia.

10.7.- CONCLUSIÓN.

Existirá alteración sustancial cuando lo pretendido sea renegociar las condiciones del contrato, varíe la naturaleza o fin del contrato o la modificación supere ciertos límites cuantitativos⁴⁸⁸.

Ante una modificación del contrato (prevista en el condicionado o no) que conlleve la alteración sustancial del contrato debe procederse a la resolución del contrato.

Es preciso suprimir las prácticas que permiten o admiten las modificaciones sustanciales de los contratos aunque exista consentimiento del contratista a ejecutarlas. De acuerdo al Derecho europeo en materia de contratación pública un contrato que requiere de una modificación sustancial no puede continuar pese a la existencia de consentimiento del contratista, al contrario que lo que ha venido ocurriendo en España.

La alteración del contrato puede ser también subjetiva cuando pretenda sustituirse al contratista por otro sujeto, o introducir a uno nuevo junto a él. La cesión del contrato configurada en el TRLCSP es contraria a la nueva regulación de las directivas sobre contratación pública de 2014. En el mismo sentido, si se modifica las condiciones de solvencia u otras que tuvieron impacto en la selección del licitador existirá alteración sustancial.

11.- EL CONSENTIMIENTO DEL CONTRATISTA SOBRE EL MODIFICADO COMO PRESUPUESTO EN DETERMINADOS SUPUESTOS.

Hasta el dictado de la LES, la aprobación de las modificaciones contractuales dependía de la voluntad del contratista. Se pretendía proteger al contratista de la imposición unilateral de modificaciones por la Administración. Si existía consentimiento aunque existiera alteración sustancial el contrato podía continuar válidamente.

Además, lo frecuente era que el contratista propusiera las modificaciones contractuales. Ello resulta incoherente, pues ante el ejercicio de la potestad administrativa de modificación contractual, el contratista – un tercero ajeno al interés perseguido en el contrato – no puede comprometer negativamente el interés público.

Ahora, el TRLCSP, continua protegiendo al contratista del abuso del poder de modificación pues las modificaciones que los licitadores no conocen, las modificaciones no previstas en el condicionado, se limitan al 10% del precio del contrato. El fundamento está en que el contratista no tiene que soportar aquello que desconoce que va a acontecer y menos sin límite – pues antes no existía un límite cualitativo ni cuantitativo real al modificado –.

Pero si existe alteración sustancial el contrato no puede continuar, aunque el contratista consienta la modificación. Es obligado, mantener intacta la adjudicación del contrato sobre la base de un procedimiento de licitación pública. Prevalece el respeto de los principios generales de la contratación pública sobre el interés del contratista y del propio contrato. Conforme a esta idea, en el caso de las modificaciones previstas no se precisa el consentimiento del contratista. Si las modificaciones han sido plasmadas con el suficiente grado de precisión el licitador al presentar su oferta, las conoce y si no deseara realizarlas no debe concurrir a la licitación⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ La oferta es el reflejo o contestación a la demanda del poder adjudicador de un bien o un servicio a cuya realización opta todo licitador, incluyendo tanto el objeto principal como los posibles modificados.

12.- LA DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES, EN PARTICULAR, LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS.

12.1.- INTRODUCCIÓN.

Las modificaciones contractuales constituyen variaciones respecto de los elementos fundamentales del contrato. Sin embargo, existen algunas variaciones del contrato inicial que no tienen la consideración de modificaciones, como la revisión de precios, que pretende la actualización al mercado del precio inicial, conforme a lo previsto en el condicionado inicial, o las prórrogas del contrato que plantean un escenario futuro respecto de la duración del contrato.

El problema se plantea en relación con los denominados contratos complementarios, contratos para completar o mejorar la prestación inicial, son contratos convenientes pero no imprescindibles.

La Sentencia del TGUE de 31 de enero de 2013 se servía del régimen jurídico que las anteriores directivas contemplaban para los contratos complementarios para subsanar la falta de regulación de las modificaciones contractuales. La propuesta de Directiva en su versión redactada por la Comisión introducía la regulación sobre modificaciones contractuales pero eliminaba los contratos complementarios que finalmente se han incorporado en el artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24 como un modificado más.

Ello exige modificar el TRLCSP para incorporar los contratos complementarios en sede de modificación contractual y aplicarles los límites generales establecidos para los modificados imprevistos en las nuevas directivas – el 50% de aumento sobre el precio del contrato originario –.

Pese a ello, considero que modificación y contratos complementarios no son la misma figura. Aunque es comprensible que ante la existencia de dificultades conceptuales prime el elemento común: ambas figuras son nuevas contrataciones sin publicidad al adjudicatario inicial.

Para analizar las distinciones entre ambas figuras se van a estudiar, especialmente, los contratos complementarios más frecuentes, los de obras complementarias.

12.2.- LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS DE OBRAS Y SERVICIOS.

12.2.1.- Introducción.

Los contratos complementarios, pese a considerarse que tienen propia entidad, se han empleado y confundido con las modificaciones de los contratos administrativos⁴⁹⁰.

Se trata de clarificar este concepto y las cuestiones de imprescindible conocimiento para la adjudicación de los contratos complementarios, sin perjuicio de dejar constancia que los supuestos en que proceda su apreciación debe ser excepcional⁴⁹¹ y su aplicación no debe vulnerar los principios esenciales de la contratación administrativa.

La regulación de los contratos complementarios ha estado presente en todas las Directivas dentro de los supuestos tasados que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación previa de un anuncio de licitación. El artículo 31.4 de la Directiva 2004/18/CEE

“con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio: cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o bien, cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.

⁴⁹⁰ Véase el dictamen del Consejo de Estado 424, de 6 de abril de 1992, que reconoce que la diferencia entre obras complementarias y modificaciones de obras *“no aparece tan clara en todos los casos”*.

⁴⁹¹ Vid. ente otras SSTJUE de 2 de diciembre de 1999, o de 14 de septiembre de 2004.

No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del importe del contrato inicial”.

Sólo las nuevas directivas de 2014 lo recogen como un modificado. El artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24 dice así:

“1. Los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes: (...)

b) para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista:

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y

ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva”.

12.2.2.- Evolución de la regulación de las obras complementarias.

En España los precedentes normativos de la vigente regulación de los contratos complementarios se relacionan con las obras complementarias y vienen dados por el RGCE (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre) y por el TRLCAP que trataban esta figura de forma similar.

El artículo 153 del RGCE establecía que las obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto que durante el curso de la obra principal la Administración estimara conveniente ejecutar, debían ser objeto de contrato independiente, salvo aquéllas cuyo importe no excediera del 20% del

precio del contrato, cuya ejecución podrá confiarse al contratista de la principal, y de acuerdo con los precios que rigieron el contrato principal y, en su caso, fijados contradictoriamente.

Por su parte, el artículo 141.d) del TRLCAP continuaba exigiendo que el importe de las obras complementarias no superara el límite del 20% del contrato para su adjudicación al contratista principal de acuerdo con los precios que rigieron el contrato primitivo y, en su caso, fijados contradictoriamente y determinaba que éstas no debían figurar en el proyecto ni en el contrato principal, al tiempo que determinaba que éstas sólo podían tener por causa circunstancias imprevistas. Además, condicionaba la contratación de estas obras a que no se separaran técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar inconvenientes mayores a la Administración o que, aunque se pudieran separar de la ejecución de dicho contrato, fueran estrictamente necesarias para su ejecución.

El TRLCAP determinaba que las obras a ejecutar definidas en el correspondiente proyecto estuvieran formadas, al menos, en un 50 % del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal; añadiendo que en caso de que las obras no reunieran los requisitos exigidos aludidos habrían de ser objeto de contratación independiente.

12.2.3.- La regulación del TRLCSP.

El TRLCSP regula los contratos complementarios solo para los contratos de obras y servicios, en los artículos 171.b) y el 174.b)⁴⁹². Ello a diferencia de la Directiva 2014/24 que extiende esta posibilidad a obras, servicios y suministros.

Respecto de los contratos de obras el artículo 171.1.b) del TRLCSP posibilita la adjudicación de contratos de obras por procedimiento negociado *“cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en*

⁴⁹² La redacción de los artículos 171.1.b) y 174.b) del TRLCSP fue objeto de diferentes enmiendas (96, 176 o 181) de los grupos parlamentarios Socialista y Popular durante la tramitación de la LCSP (en lo referido a los contratos complementarios) con objeto de deslindar el concepto de obras complementarias y modificaciones de contratos.

el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por 100 del precio primitivo del contrato. Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente”.

Respecto de los contratos de servicios el artículo 174.b) del TRLCSP, al igual permite la adjudicación al contratista original de servicios complementarios en el siguiente supuesto: *“b) Cuando se trate de servicios complementarios que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarios para ejecutar el servicio tal y como estaba descrito en el proyecto o en el contrato sin modificarlo, y cuya ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para éste o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que los servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento y que el importe acumulado de los servicios complementarios no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato”.*

Para estudiar el régimen jurídico de los contratos complementarios analizaré las principales características de las obras complementarias, que son las siguientes⁴⁹³:

a) Obras complementarias o accesorias a la principal.

En sentido literal la palabra “accesorio” puede definirse como aquello “que depende de lo principal o se le une por accidente” o como “edificio contiguo a otro principal y dependiente de este”; definiéndose la palabra “complementario-a” como algo “que sirve para completar o perfeccionar algo”.

Desde un punto de vista jurídico podemos caracterizar a las obras principales como aquéllas que cuentan con una existencia propia, y son capaces de subsistir por sí solas por ser independientes de otras obras, y por tanto de otros contratos. *Sensu contrario*, por obras accesorias o complementarias podemos entender aquéllas que no pueden subsistir por sí solas (de modo que la extinción de la principal conlleva la de la accesorio) y que gozan de una independencia no absoluta, sino relativa, por derivar de una obra principal.

Si las obras son distintas y pueden ser utilizadas separadamente⁴⁹⁴, éstas deben ser contratadas de forma separada a la principal conforme al régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias. Sin perjuicio de ello, deben poseer una especial dependencia de la principal. En otro caso, será necesaria una nueva y pública licitación⁴⁹⁵.

Asimismo, la complementariedad viene determinada por la interrelación física entre la obra principal y las complementarias y accesorias⁴⁹⁶. También se

⁴⁹³ Vid. mi trabajo «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación administrativa práctica*, Nº 94, 2010, pp. 54-63.

⁴⁹⁴ Vid. Dictamen del Consejo de Estado 839/1993, de 15 de julio de 1993 y 3357/2003, de 20 de noviembre de 2003.

⁴⁹⁵ Vid. Dictamen del Consejo de Estado 3357/2003, de 20 de noviembre de 2003. STS de 7 de julio de 1998 (RJ 1998/5744).

⁴⁹⁶ Vid. Dictamen del Consejo de Estado 47127/1984, de 29 de diciembre de 1984.

ha esgrimido como elemento determinante de la complementariedad la imposibilidad de segregar las obras nuevas de las ya construidas⁴⁹⁷.

b) Obras necesarias pero no indispensables.

Para que las obras puedan considerarse como complementarias no deben tratarse de obras imprescindibles o esenciales pero sí deben ser estrictamente necesarias para el perfeccionamiento de los fines que satisfará la obra principal. Más bien, se trataría de obras que siendo necesarias para asegurar el cumplimiento de la finalidad inicialmente prevista para el contrato principal, no suponen “añadidos esenciales”.

Si las obras fueren de ejecución esencial o imprescindible por resultar imposible su ejecución y entrega al uso público de la obra principal⁴⁹⁸ en la forma inicialmente prevista⁴⁹⁹, nos encontraríamos ante un modificado del proyecto de obra principal y no ante una obra complementaria.

c) Obras que no figuren en el proyecto ni en el contrato ni puedan integrarse en ellos.

Relacionada con la característica anterior, se encuentra la prohibición que efectúa el TRLCSP de que las obras que figuren en el proyecto o en el contrato deban calificarse como obras complementarias. Si hubiera que modificar el contrato o proyecto⁵⁰⁰ nos encontraríamos ante un modificado. Las obras complementarias requerirán un nuevo proyecto, independiente del principal.

El párrafo segundo del artículo 202.1 de la LCSP añade que no tendrían la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto

⁴⁹⁷ Vid. Dictamen del Consejo de Estado 257/1992, de 29 de julio de 1992. JIMENEZ APARICIO, E. y Otros, *Comentarios a la legislación de contratación pública*, op. cit., pp. 112 y ss.

⁴⁹⁸ MENENDEZ GÓMEZ, E. *Contratos del Sector Público. Contrato de Obras Públicas*, op. cit., pp. 398 – 411.

⁴⁹⁹ Informe de la JCCA 16/1999, de 30 de junio de 1999.

⁵⁰⁰ Vid. Dictamen del Consejo de Estado 45942/1983, de 15 de diciembre de 1983.

que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo.

d) Prestación de aprovechamiento independiente o dirigido a satisfacer finalidades nuevas.

También se exige que las obras consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigido a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, y siempre que se den todos los requisitos aludidos.

e) Obras debidas a circunstancias imprevistas.

Para que las obras se consideren complementarias – en el sentido determinado por la Directiva 2004/18 y 2014/24 – es necesario que vengan motivadas por la aparición de circunstancias imprevistas.

f) Dificultad técnica o económica de adjudicación independiente.

De la dificultad técnica o económica de que las obras complementarias sean ejecutadas por contratistas distintos en un mismo emplazamiento resulta la necesidad de que las obras sean adjudicadas al adjudicatario del contrato principal, de suerte que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración.

Parece razonable que el mismo contratista que está efectuando en un emplazamiento determinado una obra sea quien acometa la ejecución de las obras complementarias que se encuentre en su ámbito de interacción más próximo. De igual modo, en aras de llevar a cabo un correcto control del gasto y una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras es apropiado que las obras sean realizadas por el mismo contratista que ya dispone de los medios humanos desplegados en la obra y sobre todo que posee los suministros necesarios para llevar a cabo la obra principal.

Las obras complementarias deben comenzar durante la ejecución del contrato principal⁵⁰¹. En caso de que la ejecución no fuera simultánea no podría darse la adjudicación al contratista principal sin publicidad.

La JCCA en su informe 16/1999, de 30 de junio de 1999, ha reiterado que si la obra complementaria se ejecutara una vez finalizada la principal se generaría una desnaturalización del carácter complementario de las respectivas obras.

Desde otro punto de vista, es posible, incluso más que probable, que por diversas razones (la principal que el precio de ejecución será equivalente al ofertado) que sea seguro que el contratista principal acepte el encargo de la nueva ejecución. Por ello, será conveniente, antes de comenzar con la tramitación del expediente de contratación a favor de éste, contar con su asentimiento por escrito de su continuación al frente de las obras⁵⁰².

12.2.4.- Régimen jurídico y expediente.

La contratación de las obras complementarias se realizará de forma autónoma. Sin embargo, aunque el contrato de las obras principales y el contrato de las obras complementarias, sean contratos jurídicamente distintos, la contratación de las obras accesorias o complementarias es continuación del contrato principal por lo que participará de su régimen jurídico⁵⁰³.

En el expediente deberá obrar el informe de necesidad justificativo de la conveniencia de ejecutar las obras, acreditando especialmente las circunstancias que aconsejan la adjudicación como obras complementarias o accesorias.

En cuanto a las condiciones que regirán la contratación, será necesario la existencia de nuevos pliegos de condiciones autónomos, no siendo de aplicación automática los pliegos de la prestación principal, ya que obviamente

⁵⁰¹ Vid. informes de la JCCA 20/1998 y 16/1999.

⁵⁰² Vid. Dictámenes del Consejo de Estado 48034/1985, de 24 de julio de 1985, 51278/1988, de 4 de febrero de 1988 y 1629/91, de 23 de enero de 1992.

⁵⁰³ Vid. Dictámenes del Consejo de Estado 476/2002, de 15 de marzo de 2002 y 2413/2004, de 18 de noviembre de 2004.

las características jurídicas y técnicas de la prestación complementaria diferirán de la prestación principal⁵⁰⁴. Sin perjuicio de ello, podrá existir una remisión a la mayor parte de las cláusulas del condicionado de la obra principal, regulándose las cuestiones divergentes o específicas de las obras complementarias.

Deberá contarse con el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización previa de la intervención, la justificación jurídica de la elección del procedimiento negociado sin publicidad, el acuerdo de aprobación del contrato y de adjudicación del contrato, así como una nueva formalización del contrato a la que habrá precedido las oportunas garantías para la licitación y para el cumplimiento de las obligaciones distintas que las prestadas para el contrato principal. También habrá que redactar un nuevo proyecto de obras, sin que sea ya necesario que las unidades de obra de este proyecto complementario estén formadas, al menos, en un 50% del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal. El proyecto deberá contener el replanteo y acreditar la disponibilidad del terreno previa su aprobación.

En lo referente a la ejecución de las obras, el acta de inicio de obras deberá redactarse nuevamente con ocasión del inicio del contrato complementario, siendo también independientes las certificaciones de obra que se expidan para la obra complementaria respecto de la obra principal, así como el plazo de garantía de las mismas⁵⁰⁵.

12.2.5.- Importe de las obras complementarias. Especial referencia a la revisión de precios.

a) Importe de las obras complementarias.

⁵⁰⁴ Vid. Informe de la JCCA 37/2007, de 29 de octubre y el dictamen del Consejo de Estado 2642/2003, de 30 de octubre de 2003.

⁵⁰⁵ En las SSTs de 31 de enero y 14 de julio de 2003 se determinaba que el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar el importe de las obras complementarias no se produce con la conclusión de las obras accesorias sino con la liquidación de la obra principal.

El precio de las obras complementarias será el que rija para el contrato primitivo o en el caso de que se trate de unidades de obra nuevas el precio será fijado contradictoriamente.

Así pues, las unidades de obra comunes al proyecto principal participarán del mismo precio que conste en aquel y que llevarán aplicado el coeficiente de adjudicación o de baja que el contratista efectuó en la licitación.

Respecto de las nuevas unidades no incluidas en el proyecto principal los precios se fijarán contradictoriamente como si de un modificado se tratara y también llevarán aplicado el coeficiente de adjudicación, sin que quepa hacer uso de mecanismos indebidos como la aplicación de la “contrabaja”.

El Consejo de Estado ha recordado que si no fuera de este modo el contratista había de ejecutar los trabajos de las obras complementarias a precios inferiores a los de la principal, lo que no resulta conforme a la naturaleza de las cosas, más cuando una y otras forman una unidad material⁵⁰⁶.

b) Revisión de precios en supuestos de obras complementarias.

Para que la revisión de precios sea de aplicación a los precios del contrato el condicionado del contrato original debió prever la existencia de revisión de precios.

Además se precisará el cumplimiento de los requisitos generales que el TRLCSP establece, esto es, que el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20% de su importe y que hubiese transcurrido un año desde su adjudicación.

12.2.6.- El límite del 50% del precio primitivo del contrato.

El TRLCSP impone como límite que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50% del precio primitivo del contrato por cuanto en otro caso habrán de ser objeto de contratación independiente.

Se modifica lo establecido en el TRLCAP que fijaba este límite en el 20% del precio primitivo. La explicación la encontramos en el artículo 31 de la

⁵⁰⁶ Vid. Dictamen del Consejo de Estado 2642/2003, de 30 de octubre de 2003.

Directiva 2004/18/CEE, que determinaba que el porcentaje de superación del precio del contrato era del 50%. La nueva Directiva 2014/24 también mantiene este límite en el artículo 72.1.b).

CAPÍTULO QUINTO.

EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

1.- INTRODUCCION.

La modificación contractual es una prerrogativa de la Administración que requiere la tramitación de un expediente administrativo, cuya resolución pone fin a la vía administrativa y que es inmediatamente ejecutiva. Así lo destaca el Informe 18/2013, de 25 de septiembre, de la JCCA de Aragón:

“(…) en congruencia con el principio de prohibición de la contratación verbal recogido en la actualidad en el artículo 28 texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), para que se perfeccione una modificación contractual es necesario, al margen de que se den los presupuestos sustantivos exigidos en cada caso por la normativa vigente, la tramitación del procedimiento regulado, que incorpora una resolución del órgano de contratación aprobando el expediente y concluye con la formalización del contrato modificado por la Administración y el contratista (en el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón se exige, además, la publicidad y la notificación a los interesados del acuerdo de modificación contractual dictado por el órgano de contratación, en aplicación del artículo 12 bis) de la Ley 3/2011, incorporado por la Ley 3/2012)”.

El procedimiento de modificación del contrato es un procedimiento contradictorio. En él deben participar todas las partes intervinientes en la ejecución del contrato. Es un procedimiento administrativo especial.

A medida que ha existido una evolución legislativa de la normativa sobre contratación pública ha ido adquiriendo un mayor carácter rigorista. Si inicialmente era suficiente con la avenencia del contratista, ahora se siguen numerosos trámites que dotan al procedimiento de costosas formalidades, que, lamentablemente, han conllevado que los gestores y el propio contratista vean el procedimiento no como una garantía sino como una carga. La tramitación de un procedimiento de modificación contractual puede llevar semanas o meses, sin perjuicio de las modificaciones de ciertos contratos de obras⁵⁰⁷.

⁵⁰⁷ BASTARDO YUSTOS, F.M., *Contratos para la Administración Local*, op. cit., pp. 343

El TRLCSP posibilita que el Pliego de condiciones contemple un procedimiento especial para el caso de los modificados previstos, señalando una serie de trámites para los supuestos en que la modificación a tramitar no está prevista en los mismos. Rigen así los procedimientos especiales establecidos por el TRLCSP o, por habilitación de éste, por el Pliego de Condiciones, que priman sobre las previsiones generales de la LRJPAC.

El Informe de la JCCA 16/2000, de 11 de abril de 2000, mantiene que la aplicación supletoria de la LRJPAC en relación con los pliegos de condiciones, únicamente puede entrar en juego, cuando la normativa a aplicar en primer lugar guarde silencio sobre un determinado extremo, y, sobre todo, cuando la normativa supletoria no sea contraria al contenido general y principios generales que inspiran aquélla, pues en estos casos debe entenderse que la materia aparece regulada por la primera:

“En el caso concreto que se examina, la duración y efectos de los procedimientos de adjudicación de los contratos y de los llamados procedimientos para la modificación, resolución, cesión de los contratos y subcontratación debe quedar subordinada al cumplimiento de los trámites y al despliegue de efectos que la legislación de contratos de las Administraciones Públicas consagra y si tales trámites y efectos son incompatibles con los plazos y efectos que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común señala esta última debe quedar descartada en su aplicación puramente supletoria”⁵⁰⁸.

Como se acaba de señalar, el procedimiento administrativo de modificación es un procedimiento especial, regido por el TRLCSP y la restante normativa sectorial de aplicación. La LRJPAC es de aplicación supletoria. Así lo establece el apartado uno de la Disposición Final Tercera del TRLCSP:

⁵⁰⁸ PERÉZ ALEGRE, V., y GARCIA SERRANO, J., afirman que en lo que se refiere a la modificación del contrato o las prórrogas es más rígida la LCSP que el TRLCAP (*Ley de contratos del Sector Público. Adaptada a la Ley 2/2001 de 4 de marzo de Economía Sostenible*, DYCKINSON S.L., Madrid, 2011, p. 160). En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado en su dictamen 447/2001, de 29 de marzo de 2001.

“Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”.

2.- LA PREVISIÓN DE UN PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN EN EL CONDICIONADO O EN LAS INSTRUCCIONES INTERNAS.

El artículo 108.1 del TRLCSP establece que el pliego debe especificar el procedimiento para acordar la modificación de las modificaciones previstas. Es un requisito esencial, no es una opción sino una obligación impuesta por el legislador. Un mecanismo más para que las modificaciones previstas reúnan los requisitos de correcta y clara previsión en los condicionados, frente a la regla práctica de previsión genérica y sin especificación del procedimiento.

Además si se trata de modificaciones, cuya cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 % del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros, será necesario informe del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente, conforme dispone el artículo 211.3.b) del TRLCSP. Asimismo, tampoco podrá faltar tampoco la audiencia al contratista.

Es frecuente que las modificaciones previstas obedezcan a nuevas incorporaciones de trabajos a efectuarse en el contrato. Ante este tipo de situaciones, para evitar ulteriores conflictos y para que el contratista realice una oferta lo más certera posible, es importante fijar la forma de abono de las mismas. Ello puede realizarse, por ejemplo, por unidad (una muestra de ella, por metro cuadrado de suelo, de jardín,...) y multiplicarlo por la baja de la licitación.

3.- EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PRIVADOS.

El TRLCSP solo regula el procedimiento para modificar el contrato respecto a los contratos administrativos. Sin embargo, las limitaciones para modificar afectan a todos los poderes adjudicadores incluidos aquellos que no

son una Administración Pública pero que sí están incluidos dentro del paraguas del “sector público” en sentido amplio.

La Circular 1/2011 de la Abogacía del Estado afirma que *“no se establece en la LCSP ninguna regla que fije el procedimiento que deba seguirse. Así las cosas, y dado que no resulta aplicable el procedimiento del artículo 195 de dicho texto legal (artículo 211 TRLCSP), hay que entender que el procedimiento será el que se determine, en la documentación que rija la licitación, por el ente, organismo o entidad contratante, que podrá aplicar el procedimiento que, en su caso, haya establecido en las normas de contratación a que se refieren los artículos 175 y 176 de la LCSP,(191 y 192 TRLCSP) si bien deberá darse trámite de audiencia en todo caso al contratista, siendo recomendable el informe de la Asesoría Jurídica...”*.

La consecuencia de la no previsión de un procedimiento específico no puede ser que para éstos no vaya a existir un procedimiento. Será necesario que los condicionados regulen el procedimiento a seguir en caso de modificación contractual. Las instrucciones internas son un instrumento recomendable para regular el procedimiento de modificación.

En todo caso, un elemento que no podrá faltar será la audiencia al contratista – incluso en ausencia de previsión por el condicionado –. Conocer su posición al respecto del modificado y, sobre todo, su conformidad para el caso de introducción de unidades nuevas. Igualmente se deberá recabar la opinión del proyectista, si fue contratado por el poder adjudicador⁵⁰⁹.

4.- INICIATIVA Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN. CUESTIONES GENERALES.

La iniciativa para promover un modificado al menos en el plano teórico es competencia exclusiva de la Administración. Así lo pone de manifiesto el Informe de la JCCA 42/02, de 17 de diciembre de 2002. En el mismo sentido, la Sentencia del TS de 21 de noviembre de 1981 (RJ 1981/5267) afirma que

⁵⁰⁹ FUNDACIÓN FIASEP, *Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo*, op. cit., p. 19.

corresponde a la Corporación municipal y no al arquitecto redactor del proyecto la iniciativa y adopción de las modificaciones contractuales.

El inicio del procedimiento debe llevarse a cabo antes de la ejecución de la modificación –si no estaríamos ante un reformado anticipado que luego estudiaremos–. Sin embargo, las cargas procedimentales y sobre todo los plazos de tramitación han convertido la excepción – no cumplimiento del procedimiento – en regla general.

Además debe realizarse después de la perfección del contrato. Es en ese momento cuando surge el vínculo obligacional entre las partes. El problema se presenta cuando la Administración detecta la existencia de errores en el pliego o proyecto que ella misma ha aprobado durante la fase de presentación de ofertas o cuando va a realizar la propuesta de adjudicación.

En ese caso, la Administración debería efectuar un acuerdo motivando la aparición de la circunstancia y desistiendo de la licitación, pues no puede verificarse como inicialmente se ha pactado.

Es posible que parezca una solución rígida y grave pero la eficacia de la medida de conceder un nuevo plazo a los licitadores para que presenten oferta es lo apropiado. Si no estaremos falseando la contratación. Los licitadores estarán ofertando irrealmente y a "ciegas".

Teniendo además en cuenta que las modificaciones conllevan un encarecimiento asegurado respecto del precio ofertado y respecto del precio de mercado del futuro modificado, la solución de reiniciar la licitación es la más prudente y eficiente.

No es posible modificar la licitación sobre la base de los errores que en la oferta detectan los propios licitadores. La comparación de las ofertas debe realizarse con criterios de igualdad y empleando como fórmula de valoración el objeto del contrato y no sus errores.

Tampoco puede emplearse como criterio de adjudicación, la detección de errores o cuestiones incompletas en el proyecto de obras, sin que quepa considerar estas cuestiones como una mejora o variante.

No será tampoco posible modificar un contrato que se ha extinguido. Si el vínculo contractual se inicia con la perfección del contrato, termina con la

recepción. Entonces las partes habrán terminado su labor y la habrán cumplido satisfactoriamente.

Además, en este caso no existe una verdadera modificación contractual, pues el contrato ha sido ejecutado en sus propios términos y no ha habido, por ello, imposibilidad de ejecución, ni ha surgido la consecuente necesidad de modificación contractual.

5.- AUDIENCIA AL CONTRATISTA, AL REDACTOR DEL PROYECTO Y ACEPTACIÓN ANTE NUEVOS PRECIOS.

El TRLCSP configura como obligatorias para el contratista las modificaciones adoptadas por el órgano de contratación. Sin embargo, exige la audiencia del contratista, siendo en otro caso nulo el procedimiento llevado a cabo⁵¹⁰.

Audiencia que puede evitarse, no existiendo indefensión cuando conste expresamente su conformidad a la valoración económica del modificado, y éste se haya tramitado sobre la base de los datos suministrados por él⁵¹¹.

Los dictámenes del Consejo de Estado 51278, de 4 de febrero de 1988, 1629/1991, de 23 de enero de 1991, o 1508/1993, de 10 de febrero de 1994, ponen de manifiesto la necesidad de que la aceptación del modificado conste por escrito y de forma expresa debiendo evitarse las manifestaciones de las voluntades tácitas o simples documentos contractuales firmados por la representación del contratista⁵¹².

El artículo 108.2 TRLCSP exige dar audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que,

⁵¹⁰ MENÉNDEZ GÓMEZ, E., *Contratos del sector público: Contrato de Obras Públicas*, op. cit., p. 384. Ver Dictamen 417/12, de 4 de julio de 2012 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

⁵¹¹ Ver dictámenes del Consejo de Estado 40/1994, de 21 de abril de 1994 y 4350/1997, de 6 de noviembre.

⁵¹² NUÑEZ MUÑAIZ, R., *Comentarios al texto refundido y el reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, op. cit., p. 230.

en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente, en los supuestos de modificados imprevistos.

Incluso un tercero interesado en el expediente puede personarse en el expediente de modificación. Así lo ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado, en su dictamen 1281/2005, de 28 de julio de 2005, con base en el artículo 31.1.c) de la LRJPAC:

“(...) Este parece ser el supuesto que aquí se contempla, aunque quepa poner en duda hasta qué punto les afecta directamente a (...), la resolución que se adopte. Pero no hay que olvidar que la jurisprudencia (aunque referida a la legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo) ha sido cada vez más aperturista reconociendo la legitimación a los titulares de un interés propio, personal o colectivo, distinto del de cualquier ciudadano, para que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico en el sector en que ellos operan. Este reconocimiento amplio de la legitimación ha sido también admitido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de primera instancia de 16 de marzo de 2004, siempre dentro del ámbito jurisdiccional; y es también el criterio de este Consejo, en contra de lo alegado por... pues estima que los terceros que se personaron en este procedimiento tienen un interés legítimo, aunque no sea directo”.

6.- PROPUESTA DEL SERVICIO ADMINISTRATIVO Y AUTORIZACIÓN DE GASTO COMPLEMENTARIO.

Debe justificarse la existencia de los presupuestos que habilitan a llevar a cabo una modificación contractual. Ello lo debe realizar la unidad gestora encargada de la tramitación de la modificación del contrato, sin perjuicio de que la identificación de la causa que origina la modificación contractual pueda ser ejercida por otros agentes.

Asimismo, el artículo 102 RCAP, a falta de una nueva disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, dispone: *“Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente”.*

Con carácter previo a la tramitación del expediente de modificación contractual deberá practicarse la correspondiente reserva de crédito presupuestaria que garantice que la modificación a tramitar cuenta con los recursos económicos adecuados y suficientes.

Así lo advierten los dictámenes 371/11, de 6 de julio de 2011, y 417/12, de 4 de julio de 2012, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que enfatizan en la necesidad de garantizar la existencia de crédito, como ya señalaron en su Dictamen 171/10, de 23 de junio:

“De carácter igualmente necesario resulta la incorporación al expediente de modificación del contrato, y dado que el mismo origina gasto para la Administración, del certificado de la existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización de la Intervención y la aprobación del gasto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 93.3 de la LCSP y el artículo 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y 102 del RD 1098/2001, de 12 octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la LCAP”.

Igualmente, el artículo 114.3 TRRL, requiere que se emita informe por la Secretaría y la Intervención (Dictámenes 226/10, de 21 de julio de 2010 y 371/11, de 6 de julio de 2011 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid).

HORGUE BAENA subraya la necesidad de aprobar el gasto complementario siempre y cuando esos gastos complementarios no rebasen el importe de los créditos autorizados, pues en otro caso dicho acuerdo será nulo de pleno derecho conforme a lo previsto en la Ley General Presupuestaria⁵¹³.

7.- INFORME JURÍDICO.

El TRLCSP establece que cuando quien ejerza la potestad de modificación del contrato sea la Administración del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o

⁵¹³ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., pp. 156.

demás entidades públicas estatales, se requerirá informe jurídico del servicio jurídico correspondiente. Para el resto de Administraciones Públicas habrá de estarse a lo que señale la normativa reguladora.

Sin embargo, parece chocante que el TRLCSP no exija que exista un informe jurídico sobre el modificado, si la licitación sí requirió de informe jurídico. Las modificaciones del contrato son nuevas adjudicaciones sin publicidad.

8.- EL DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO O CONSEJO CONSULTIVO AUTONÓMICO.

El artículo 211.3.b) del TRLCSP exige con carácter preceptivo que el Consejo de Estado o su equivalente autonómico emitan informe para las modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 % del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros⁵¹⁴.

El carácter preceptivo de la intervención del Consejo de Estado ha sido puesto de relieve reiteradamente. En este sentido, el dictamen del Consejo de Estado 975/2002, de 16 de mayo, reproduciendo lo señalado en su Dictamen 4709/98, de 4 de febrero de 1999, señala lo siguiente:

"Es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado. Pero dicha preceptividad encuentra su ubicación formal en el seno del procedimiento justo

⁵¹⁴ Véase Dictamen del Consejo de Estado 3062/1998, de 10 de septiembre de 1998. Anecdóticamente cabe señalar que la LFCP establece en su artículo 124.2.b) que el Dictamen del Consejo de Navarra será exigible cuando sea preceptivo, de acuerdo con su legislación específica. Esta legislación propia es la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra y regula en su artículo 16 los supuestos en que su dictamen es preceptivo y sólo lo exige para los expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral, sin referirse en momento alguno a los entes que conforman la Administración Local. Así reza, literalmente, el aludido precepto: *"i) Expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un organismo consultivo, que se refieran, entre otras, a las siguientes materias: (...) Modificación de concesiones y contratos, cuando la cuantía de los mismos, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio de adjudicación del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas"*.

en el momento anterior a la adopción del acuerdo por el órgano encargado de resolver. ...lo que dice el artículo 60.3.b) es que en los casos de modificación del contrato cuando la cuantía del cambio supera el 20% del importe y exceda el contrato de 1.000 millones de pesetas (caso del presente) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado. Pero tal dictamen debe necesariamente ser previo a la adopción de la resolución definitiva no solicitarse después de tomada ésta y cuando nada hay que aconsejar porque todo está resuelto". A diferencia del supuesto considerado en tal caso en el presente ha sido correctamente remitido al Consejo de Estado el expediente con carácter previo a la adopción de la medida en cuestión. La misión de éste en expedientes como el de referencia no es una mera diligencia rutinaria que apostilla una resolución preconcebida sino que tiene por objeto que una instancia jurídica externa y objetiva vele por el respeto a la legalidad e incluso la oportunidad y conveniencia de la medida a tomar (artículo 2.1 de la Ley Orgánica)".

9.- ACUERDO DE APROBACIÓN DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.

9.1.- ÓRGANO COMPETENTE.

Una vez iniciado el expediente de modificación del contrato tiene que recaer acuerdo de aprobación, sin que sea posible ejecutar el modificado de forma anticipada (lo que se conoce como “*reformado anticipado*” ejecutado antes de la aprobación por el órgano de contratación), con la excepción del procedimiento de modificación de urgencia⁵¹⁵.

La modificación tiene que ser adoptada por el órgano de contratación. Ningún otro interviniente en el contrato tiene esa prerrogativa.

No la tiene el Director de las obras. El único argumento a favor de la atribución de esta capacidad al Director de obras venía de la cláusula 50 del Pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del

⁵¹⁵ Así lo señala el Dictamen del Consejo de Estado 2549/1979, de 7 de octubre de 1979.

Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre⁵¹⁶. El Informe de la JCCA 22/2004, de 7 de junio de 2004, afirma que no puede ser aplicada esta cláusula por oponerse a lo establecido en la legislación de contratos, sin perjuicio de las actuaciones previstas para el procedimiento de modificaciones de urgencia por el TRLCSP.

9.2.- CONTENIDO DEL ACUERDO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

El acuerdo de modificación debe aludir en sus antecedentes a la adjudicación del contrato y a las anteriores modificaciones contractuales. Su primer punto debe ser una breve exposición que motive la causa de la modificación del contrato.

Esta motivación puede ser *in aliunde*, por referencia a informes que se incorporen al expediente. Sin embargo, esta segunda opción, no debiera ser práctica habitual. Deben exponerse cuáles son las modificaciones del contenido obligacional y qué efectos económicos produce el modificado, sobre el plazo de ejecución y sobre la garantía definitiva prestada para responder de la ejecución.

Asimismo deberá figurar la posibilidad de interposición de recursos frente al modificado.

9.3.- LA OBLIGACIÓN DE PUBLICITAR Y NOTIFICAR EL MODIFICADO.

Las modificaciones contractuales deben ser objeto de publicación en el perfil del contratante y notificación a los licitadores admitidos a la licitación. Esto es obligatorio sólo en Aragón y Navarra, pero también debiera ser incluido por el resto de poderes adjudicadores pues permite garantizar la transparencia y el consiguiente control de las modificaciones contractuales.

⁵¹⁶ Esta norma se enmarcaba en el ámbito de la LCE, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y del RGCE, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, ya derogados.

Ya el informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública de 2004 afirmaba que *“la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste”*. Y ello en la medida que las adjudicaciones de los contratos son objeto de publicación, las modificaciones de contratos en cuanto alteraciones del contrato inicial también deberían serlo siempre.

Ello en cualquier contrato, con independencia de su cuantía. A menudo un contrato para el que no se exigió publicidad se modifica de modo que supera el límite cuantitativo, siendo exigible, entonces, tal publicidad.

Igual requisito se debiera exigir para los contratos complementarios por cuanto se trata de contrataciones dirigidas al contratista inicial, sin publicidad ni concurrencia y, por ello, deben ser objeto de un control generalizado.

El TRLCSP no incorpora una obligación en este sentido, como tampoco lo hacía la LCSP en su redacción originaria. Una vez más, las Comunidades Autónomas han sido pioneras en esta cuestión.

La primera de ellas fue la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears. Obliga a que los órganos de contratación publiquen en el perfil del contratante, en formato reutilizable, las modificaciones del contrato adjudicado que representen un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, si procede, y la cesión del contrato, entre otras actuaciones (artículo 10.2.f)).

La Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012 lo regula en su artículo 40 que lleva precisamente por título *“publicidad de contratos menores, modificaciones contractuales y contratos complementarios”*. Obliga a que las modificaciones contractuales sean inscritas en el Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, con indicación además en este caso de los datos del contrato primitivo.

Pero sin duda, la norma que con más claridad y perfección trató la cuestión fue la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, luego seguida por otras

Comunidades como Navarra. Esta norma introduce un nuevo artículo 12 bis en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón –denominado “*publicidad de lo modificado*”– precisamente para obligar a la publicación de las modificaciones, advirtiendo además de la posibilidad de recurso. El tenor de este precepto es el siguiente:

“1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en todo caso, en el Boletín Oficial y perfil en que se publicó la adjudicación, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.

2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales”.

La Circular 1/2012, de 11 de abril, de la JCCA de Aragón aclara el alcance del precepto. Considera que solo los modificados contractuales en sentido estricto – artículos 105 a 108 TRLCSP - deben ser objeto de esta especial publicidad.

Excluye, por tanto, las cesiones contractuales, cuya consideración como modificados ha sido, al contrario de lo que afirma el informe, avalada por las nuevas Directivas sobre contratación pública. También excluye las modificaciones contractuales previstas en el artículo 234.3 TRLCSP, consistentes en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras, con el límite del 10% del precio primitivo del contrato. Considera, al respecto, que constituyen un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación⁵¹⁷ sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 107 TRLCSP, y, por ende la obligación de publicación⁵¹⁸.

⁵¹⁷ Como ya señalara la Junta en su Informe 23/2011, de 13 de septiembre.

⁵¹⁸ BELTRAN GÓMEZ, A., «La transparencia en la modificación de los contratos públicos», Observatorio de Contratación Pública, 8 de octubre de 2012.

La normativa navarra sobre contratos públicos introdujo una previsión en este sentido, mediante la reforma del apartado 5 del artículo 97 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos a través de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero. La nueva regulación dice así:

“El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato o adjudicar contratos accesorios o complementarios se publicará, en todo caso en el Portal de Contratación de Navarra, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación, de no ajustarse a los requerimientos legales”.

Finalmente, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno ha exigido dar publicidad a las modificaciones contractuales en el apartado 1.a) de su artículo 8. Esta publicidad debe hacerse en el Portal de Transparencia de la entidad, como ordena esta norma, y no en el perfil del contratante o el Portal de Contratación. La información concreta que ha de ser objeto de publicación es la siguiente:

“a) Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público”.

<http://obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.72/chk.dc1f2bd73cec03f1eb1e816857115caa>

La previsión legal es parca: *“las modificaciones del contrato”*, porque no se aclara si hay que plasmar su número, su causa, su importe o todo ello. Como lo pretendido es dar una información económica, presupuestaria y estadística, todo apunta a que, aunque no es lo más transparente, solo deben publicitarse las consecuencias económicas. Sin embargo, sería conveniente que con independencia de su importe económico toda modificación fuera objeto de publicidad y asimismo, que se expresaran brevemente las circunstancias que la motivaron.

El artículo 58.2 de la LRJPAC exige que la notificación se curse dentro del plazo máximo de diez días hábiles a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y contenga el texto íntegro de la resolución, indicando si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

De ello se desprende que la notificación del modificado deberá incluir la posibilidad de interponer los recursos administrativos ordinarios que procedan (alzada o reposición) y jurisdiccionales (recurso contencioso administrativo). Además, se considera que deberá incluirse el recurso especial.

10.- MODIFICACIONES CONTRACTUALES POR VARIACIÓN DEL NÚMERO DE UNIDADES SIN PROCEDIMIENTO.

En los contratos de obra o suministros es frecuente que el número previsto inicialmente varíe en su medición final. El artículo 123 del TRLCSP exige que los pliegos de prescripciones técnicas especifiquen cómo se medirán las unidades ejecutadas y el control de calidad de los materiales empleados y del proceso de ejecución.

Si de la medición final resultan más unidades que las inicialmente proyectadas, la consecuencia será el deber de la Administración de indemnizar al contratista que las ejecutó, salvo en los supuestos de las obras a tanto alzado regulados en el artículo 233. Además se permite excluir el sistema de precio cerrado a las unidades que así se identifiquen en el condicionado.

JIMENEZ APARICIO pone de manifiesto que este tipo de modificaciones es muy habitual y constituye un campo abonado al fraude que hay que controlar porque *“el contratista trata de obtener que la liquidación refleje hasta el máximo posible las variaciones por medición”*⁵¹⁹.

El Consejo de Estado ha insistido en el carácter excepcional de la modificación de los contratos, entre otros, en el Dictamen 3371/1996, de 28 de noviembre de 1996:

“En suma, entiende este Consejo de Estado que deben introducirse en las prácticas administrativas insertas en el marco del giro o actividad contractual de la Administración, las adecuadas previsiones para que la técnica del “proyecto reformado” y, consiguientemente, de la novación objetiva del contrato obedezca a su razón de ser, se constriña a la excepcionalidad y no sea práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues, de lo contrario, se encubrirían contrataciones que no observaran los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores, del sistema de contratación pública”.

Con las mediciones, las modificaciones se hacen generalizadas. Cabe preguntarse si es casual que la mayoría de obras finalice con un aumento de mediciones del 10% del precio de adjudicación. Quizás ello tenga relación con que el artículo 234.3 del TRLCSP permita que sin necesidad de previa aprobación se puedan introducir variaciones cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato.

Debe tomarse nota de que el concepto de precio primitivo del contrato se refiere al precio de adjudicación del contrato, sin tener en cuenta a tal efecto, ni ulteriores modificaciones aprobadas ni contratos complementarios, como

⁵¹⁹ JIMENEZ APARICIO, E., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, op. cit., p. 934. Resulta interesante también el posicionamiento de CASTAÑEDA SÁNCHEZ, R, «Reflexiones sobre la supervisión de proyectos: ¿cuándo y cómo la supervisión de proyectos?», *Revista de Obras Públicas: órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, Nº 3443, 2004, pp. 19 - 30.

expresa el Informe de la JCCA de la Generalidad de Cataluña 8/2008, de 27 de noviembre. El informe de la JCCA 37/2007, de 29 de octubre de 2007, coincide con el anterior y añade que habrá que incorporar la *“actualización de tal importe por la repercusión sobre el mismo de los índices o fórmulas de revisión aplicables en el tiempo, sin que sobre tal resultado puedan aplicarse los importes resultantes de las posibles modificaciones del contrato”*.

Además, la doctrina ha entendido generalizadamente que el límite del 10% de variación para modificados imprevistos es distinto a éste del 10% por variación del contrato por mediciones. Ello conlleva que el límite real de modificaciones no previstas en el condicionado sea en estos casos del 20%.

En este sentido se pronuncia el informe de la JCCA de Canarias 4/2011:

“1ª.- Dentro del límite del 10% a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, (234.3 TRLCSP) las variaciones de medición de las unidades de obra realmente ejecutadas respecto a las inicialmente previstas en el proyecto, no producen en ningún caso una modificación sustancial del contrato por ser inherentes al mismo, y, por tanto, su importe no se puede considerar acumulable al importe de las modificaciones a que se refiere el artículo 92 quater, (107 TRLCSP), a efectos del cómputo del límite del 10% a que se refiere el apartado 3.d) del artículo 92 quater para determinar la incidencia de una modificación sustancial del contrato.

2ª.- El importe de las variaciones de medición a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, (234.3 TRLCSP) cuyo importe no supere el 10% fijado en dicho artículo y que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 160.2 del RGLCAP se recojan posteriormente en un proyecto modificado, no ha de computarse junto al importe de las modificaciones que han dado lugar al proyecto modificado, a efectos de considerar el límite del 10% que determina la alteración sustancial del contrato. En consecuencia, dichas variaciones de medición deberán reflejarse de forma diferenciada en el proyecto modificado, a fin de poder realizar el control diferenciado del cumplimiento de ambos límites.

3ª.- Si un pliego de cláusulas incluye expresamente la previsión de realizar posibles variaciones de medición de determinadas unidades de obra, detallando las condiciones, el alcance y los límites en que puedan realizarse, en los términos establecidos en el artículo 92 ter de la LCSP,(106 TRLCSP)

tales variaciones no interfieren en la viabilidad ni en el límite establecido en el artículo 217.3 de dicha ley (234.3 TRLCSP) para aquellas otras variaciones en las mediciones que se realicen de acuerdo con lo previsto en este artículo”.

Igualmente, el Informe de la JCCA de Aragón 23/2011, de 12 de septiembre, justifica dicha afirmación en que el supuesto de variación de unidades es un supuesto específico de modificación legal:

“...en la regulación de la modificación del contrato administrativo de obras, contenida en el artículo 217 LCSP, se mantiene inalterada tras la reforma operada por LES (...).

Como ya señaló esta Junta Consultiva en su reciente Informe 9/2011, de 6 de abril, sobre variación de unidades de obra y modificaciones en contratos de obras, cuyas consideraciones generales también se dan por reproducidas a los efectos de este informe, éste es «un supuesto de modificación contractual —solo para contratos administrativos—, en el que la especialidad es la ausencia de su tramitación como tal». Nos encontramos en este caso concreto con un supuesto específico de modificación legal de larga tradición en nuestro derecho, prevista, no ya en los pliegos o en el anuncio como exige el artículo 92 ter LCSP, sino en la propia Ley y aplicable únicamente a una categoría de contratos —el administrativo de obras—, lo que no impide que la figura pueda recogerse para contratos privados de tal naturaleza como un supuesto de modificación prevista del artículo 92 ter LCSP en los correspondientes pliegos o en el anuncio de licitación.

De lo anterior se concluye que el supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP nada tiene que ver con las circunstancias y condiciones recogidas en el artículo 92 quater LCSP, ya que, por una parte, entre las circunstancias recogidas en las letras a) a e) del apartado 1 de este último precepto no figuran los excesos de medición en las unidades finales de una obra y, por otra, los supuestos en los que se considera se produce una alteración esencial lo son exclusivamente —como señala el precepto— «a los efectos de lo previsto en el apartado anterior», sin que puedan extrapolarse a otros supuestos, como el contenido en el artículo 217.3 LCSP, que tiene una finalidad propia (...)

El supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP — alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras— es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 92 quater LCSP. En concreto, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior, el de la medición final de la obra”.

Por otra parte, las nuevas Directivas sobre contratación pública sin mencionar expresamente la posibilidad de variación por mediciones regulan un *umbral de minimis*. Conforme prevé el artículo 72.2 de la Directiva 2014/24, no es necesario iniciar un nuevo procedimiento de modificación contractual, ni siquiera justificar si se cumplen las condiciones habilitantes para modificar un contrato si el modificado no supera los umbrales de sujeción a las Directivas, ni el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15% del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

La flexibilidad de tramitación y los porcentajes de permisividad de estas modificaciones recuerdan claramente a la posibilidad de variación del contrato por mediciones.

No obstante todo lo anterior, para las modificaciones que conlleven variación del número de unidades debe exigirse la oportuna motivación respecto de las causas que los generan. Sin perjuicio de que sea legalmente posible la continuación del contrato en estos casos, es preciso valorar si existió o no imprevisión y depurar las responsabilidades oportunas.

11.- EL PROCEDIMIENTO SUMARIO O SIMPLIFICADO DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.

El artículo 234.4 del TRLCSP prevé un procedimiento especial para evitar la suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras y ello

ocasiona graves perjuicios para el interés público, cuando, en otro caso, un modificado pudiera acarrear dicha suspensión⁵²⁰.

En este supuesto el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 10 % del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación⁵²¹.

Con ello se pretende romper con el tópico de que el coste burocrático de tramitación de los expedientes de modificación contractual es imposible de conciliar con la marcha de las obras. Habitualmente el contratista no desea parar el ritmo de ejecución y comienza con las obras modificadas antes de ser aprobadas, y lo que es peor, los propios supervisores del contrato lo consienten o alientan justificándose en que las obras no pueden esperar a un informe jurídico, la fiscalización de la intervención, y mucho menos al informe del Consejo de Estado⁵²².

El artículo 234.4 del TRLCSP reduce el expediente a la incorporación de las siguientes actuaciones:

- a) Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figure el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar.
- b) Audiencia del contratista.
- c) Conformidad del órgano de contratación.

⁵²⁰ La Ley italiana 2248/1865, prevé en su artículo 342 un procedimiento simplificado para la aprobación de modificaciones en contrato de obra en caso de “*assoluta urgenza*” en que basta con la orden del director de obra con inmediata comunicación a la Administración,

⁵²¹ RODRIGUEZ LOPEZ P., *Los contratos del sector público (Comentario)*, op. cit., pp. 631 – 632.

⁵²² En este sentido podemos citar los dictámenes del Consejo de Estado 1281/1994 de 21 de julio de 1994 o 1025/1994, de 21 de julio de 1994. Véase también el informe de la JCCA 49/01, de 30 de enero de 2002.

d) Certificado de existencia de crédito.

Este expediente urgente no exige de tramitar la modificación con las pautas generales exigibles a todo modificado. Tan solo se relega la aprobación al plazo de ocho meses. Para el sexto mes exige que esté aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente del modificado. Dentro del citado plazo de ocho meses se ejecutarán preferentemente, de las unidades de obra previstas, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas.

La autorización del Ministro para iniciar provisionalmente las obras implicará en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos y Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social la aprobación del gasto, sin perjuicio de los ajustes que deban efectuarse en el momento de la aprobación del expediente del gasto.

El informe de la JCCA 49/01, de 30 de enero de 2002, afirma que deben distinguirse dos fases en este procedimiento sumario: la primera relativa a la autorización de la continuación provisional de las obras y la segunda relativa al expediente del modificado. Dice así:

“En la primera fase se resuelve sobre la base de una propuesta técnica que elabora la dirección facultativa y el expediente a tramitar al efecto exige las actuaciones detalladas en las letras a) a d) del segundo párrafo del artículo 146.4⁵²³ entre las cuales deben figurar el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar.(...)”

La segunda fase está constituida por la aprobación del expediente del modificado que debe producirse en el plazo de ocho meses y en el que ya no será suficiente fijar el importe aproximado de las obras y realizar una descripción básica de las mismas, sino que este expediente del modificado deberá comprender todos los documentos y cumplir todos los requisitos de los expedientes de modificación, entre ellos, la aprobación técnica del proyecto que el propio artículo 146.4 (234.4 LCSP) prevé que ha de tener lugar en el plazo de seis meses posterior a la autorización de continuación de las obras”.

⁵²³ Ahora 234.4 TRLCSP.

La única legislación autonómica en torno al procedimiento de modificación es la de Navarra. El artículo 107.2 de la LFCP establece que cuando la tramitación de una modificación de un contrato de obras exija la suspensión parcial o total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, la unidad gestora del contrato podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas de acuerdo con la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa siempre que el importe máximo previsto no supere el 20 % del precio de adjudicación del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación. El expediente exigirá los siguientes trámites:

- a) Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra donde figurará el importe máximo estimado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar.
- b) Autorización de la unidad gestora del contrato.
- c) Informe del contratista en el plazo máximo de diez días desde la solicitud.
- d) Certificado de existencia de crédito.
- e) Resolución motivada del órgano de contratación.

En el plazo de seis meses desde la resolución del órgano de contratación se aprobará el proyecto técnico y en el de ocho meses el expediente de modificación.

El uso del procedimiento simplificado debe limitarse únicamente a los casos en que fuese necesario evitar la en otro caso inevitable suspensión total de las obras. El uso de este procedimiento es la solución que rompe con la falsa creencia de que el procedimiento de tramitación de las modificaciones contractuales es dilatado en el tiempo, que provoca con harta frecuencia que el personal técnico consiente o induce a la que los modificados se ejecuten antes de su aprobación – reformados anticipados –.

12.- EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACION DE LOS CONTRATOS MENORES.

El artículo 138.3 del TRLCSP define los contratos menores como los contratos de obras de importe inferior a 50.000 euros, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

Cabe preguntarse qué ocurre ante un contrato menor que debe ser objeto de modificación contractual. Ello teniendo en cuenta el grave riesgo que un contrato que no ha sido objeto de publicidad pueda, a través del mecanismo de la modificación contractual, exceder de estos límites máximos y requerir, de un procedimiento distinto.

Pues bien, no es posible modificar el contrato que excede de esos límites. Así lo ha señalado el informe 4/2001, de 4 de abril, de la JCCA de la Comunidad de Madrid, que versa, precisamente sobre la modificación contractual de los contratos menores.

Este informe concluye que un contrato menor es susceptible de modificación cuando se reúnan los presupuestos exigibles por la normativa aplicable con carácter general y *“siempre que con la modificación no se superen las cuantías máximas establecidas en la LCAP para los referidos contratos menores”*⁵²⁴.

Considera que *“los órganos de contratación que prevean que los contratos se pueden desviar, con ocasión de los modificados, del importe total previsto en la Ley para los contratos menores, deberán tramitar el expediente principal por el procedimiento previsto en la Ley que más se adapte a la naturaleza del objeto del contrato que se licite”*.

⁵²⁴ Alude a que el informe de la JCCA 40/95, de 7 de marzo de 1996, establece que corresponde al órgano de contratación, cuando el contrato es susceptible de calificarse como menor y al mismo tiempo ser adjudicado por el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, optar por el régimen simplificado o por la tramitación completa del expediente con pliegos, garantías, ... y por la adjudicación, con constitución, en su caso, de Mesa de contratación y solicitud de ofertas.

Además un contrato menor no puede, como consecuencia de un modificado, transformarse en un procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, y menos aún, en un procedimiento distinto. Al respecto, el informe aludido afirma que *“dicha opción es contraria a los principios generales de la LCAP relativos a la adjudicación de los contratos, debido a que toda modificación de contrato se sujeta a un procedimiento especialmente establecido en la normativa de contratos, (...). Únicamente se podrá acudir a un procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, cuando la modificación sea causa de resolución contractual en los términos y condiciones establecidos en el artículo 214 c) de la LCAP y no se contrate el modificado con el adjudicatario del contrato principal”*.

Y concluye que la modificación contractual no puede tramitarse como un nuevo contrato menor independiente. Esta práctica es contraria a derecho por incurrir en fraccionamiento del contrato *“que elude los requisitos de publicidad, procedimiento y forma de adjudicación que correspondan”*.

13.- LA FORMALIZACIÓN DE LA MODIFICACIÓN. INEXISTENCIA DE PLAZO DE ESPERA PARA FORMALIZAR.

Una prueba más de la identidad entre nueva adjudicación y modificación contractual es que el artículo 156 del TRLCSP exige que las modificaciones contractuales deban ser formalizadas, como ocurre con la adjudicación.

El artículo 156 del TRLCSP establece que la formalización debe realizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que la modificación del contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

El apartado 3 del artículo 156 prohíbe que el contrato se formalice antes de los quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Ello porque es en ese plazo cuando

es posible la interposición de recurso especial. Sin perjuicio de que se considera posible la interposición de recurso especial para las modificaciones contractuales, esta previsión es específica para la fase de adjudicación del contrato y no parece que pueda extenderse a las modificaciones contractuales. Así lo ha entendido la Circular 1/2012, de 11 de abril, de la JCCA de Aragón.

14.- CONSECUENCIAS DE NO SEGUIR EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO.

El informe de la JCCA 57/00, de 5 de marzo de 2001, pone de manifiesto que la falta de tramitación de las modificaciones de los contratos de conformidad con las normas de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas supone prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido, determinando la nulidad de pleno derecho de las citadas modificaciones⁵²⁵.

En particular, la falta de dictamen del Consejo de Estado cuando es preceptivo supone la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado, por considerarse una omisión de un trámite esencial del procedimiento. En este sentido se pronuncian las sentencias del TS de 14 de julio de 1997 y 14 de marzo de 1989⁵²⁶.

El Dictamen 328/2013, de 15 de mayo, del Consejo Consultivo de Andalucía, relativo a la modificación de un contrato para la gestión de un centro de protección de menores, plantea un caso singular: por segunda vez el modificado ya está aprobado para cuando se solicita el dictamen. Por ello, este órgano consultivo pone de relieve la nulidad radical e insubsanable de la modificación, si bien la informa favorablemente respecto del fondo. Dice así:

“Como se indicara en los dictámenes 651 y 652/2011 (entre otros muchos), (...) considera que la omisión del dictamen preceptivo constituye un supuesto de nulidad radical, no susceptible de convalidación ni subsanable

⁵²⁵ BASTARDO YUSTOS, F., (Coord.), *Contratos para la Administración Local*, op. cit., p. 345.

⁵²⁶ Véase también en este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado 1069/1994, de 10 de noviembre de 1994.

mediante la solicitud y emisión tardía de dictamen. En efecto, como expone la STC 204/1992, de 26 de noviembre (FJ IV), la intervención preceptiva de un órgano consultivo de las características del Consejo de Estado, sea o no vinculante, supone en determinados casos una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo.

En razón de los asuntos sobre los que recae y de la naturaleza del propio órgano, se trata de una función muy cualificada que permite al legislador elevar su intervención preceptiva, en determinados procedimientos sean de la competencia estatal o de la autonómica, a la categoría de norma básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas o parte del procedimiento administrativo común (artículo 149.1.18.ª CE) (...).

Se afirmaba en tales dictámenes que "la apreciación del referido vicio conduciría a considerar nula de pleno derecho la modificación acordada, devolviendo el expediente para la tramitación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio". No obstante, en los mismos se hacía notar que "la singularidad del caso, obliga a destacar que la omisión del dictamen y la consecuencia jurídica de nulidad del acto de modificación y de las actuaciones subsiguientes pueden ser apreciadas en esta sede, al no precisar de mayores indagaciones, y poder pronunciarse este Consejo Consultivo sobre la concurrencia de una causa objetiva de nulidad, cuya base fáctica – omisión de su propio dictamen – no admite discusión. Por ello, aun siendo presumiblemente inanes las alegaciones que pudiera formular la entidad favorecida por el acto nulo (la empresa contratista se ha mostrado favorable a la modificación e incluso ha firmado el documento administrativo de modificación), bastaría con el inicio formal del procedimiento de revisión, la solicitud de informe al Gabinete Jurídico y la concesión del trámite de audiencia a la contratista para proceder a declarar la nulidad, pudiendo tenerse por emitido desde este mismo momento el dictamen de este Órgano Consultivo sobre la procedencia de la revisión de oficio".

El Informe 18/2013, de 25 de septiembre, de la JCCA de Aragón aborda los posibles mecanismos jurídicos adecuados para dejar sin efecto una modificación adoptada sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa vigente:

“En el asunto sometido a informe, el órgano de contratación duda acerca de la existencia de la modificación contractual, por lo que se deduce que no consta formalizada en documento administrativo, previa tramitación del oportuno expediente. Por lo expuesto, lo primero que deberá comprobarse es la propia existencia de la modificación contractual, en función de que la documentación obrante en el expediente evidencie o no la voluntad de la Administración en este sentido, teniendo en cuenta que la cuestión aquí singular es que la supuesta orden o conformidad verbal de la Administración que ha podido configurarse en una aparente modificación contractual, se produce en el seno de una relación contractual, en la fase de ejecución de un contrato en la que ya existe una relación contractual entre las partes.

En segundo término, una modificación sustancial adoptada contraviniendo lo dispuesto en la normativa aplicable puede ser considerada una «nueva adjudicación». Esta Junta ya se ha pronunciado en ocasiones anteriores, teniendo siempre presente la doctrina del TJUE, sobre la naturaleza de las modificaciones contractuales como algo más que la simple ejecución del contrato, como «un acto de ejecución vinculado al mantenimiento de las condiciones de la adjudicación inicial». Así se argumentaba en el Informe 12/2012:

«...la Ley aragonesa ha pretendido consolidar el modelo estatal desde una perspectiva integral, al considerar, de forma acertada, que toda modificación es, en esencia, un elemento propio de la decisión de adjudicación, por lo que, al igual que ésta, y en la medida que supone una alteración de lo inicialmente decidido, debe ser objeto de notificación y publicidad.

... cuando no concurren los presupuestos habilitantes, o se incumple el régimen que permite la modificación, nos encontramos ante un supuesto de adjudicación directa contraria al marco normativo vigente —STJUE de 19 de junio de 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH) — ante la que debería poder reaccionarse mediante los procedimientos de recurso en materia de

contratación, con el fin de anular lo que no es sino una decisión ilegal de adjudicación de un contrato, ya que como puso de manifiesto la STJUE de 19 de junio de 2003 (GAT), la Directiva 89/665/CEE se aplica a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que estén sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos”.

En definitiva, la sanción por no seguir el procedimiento de modificación, es con carácter general, grave, especialmente si no existieron los trámites de audiencia al contratista, o no se emitió informe del Consejo de Estado. Sin embargo, en la práctica, es extraño el modificado que se aprueba antes de ser ejecutado. Para evitar esta situación es necesario prever en el condicionado un procedimiento rápido y ser ágiles en la tramitación de la modificación. De otro modo, los intervinientes en el procedimiento de modificación lo ven como un barrera burocrática que dificulta la ejecución del contrato y avoca a su suspensión.

Todo ello conlleva el grave de riesgo de que un modificado ejecutado no sea aprobado –por ejemplo, por no ser informado favorablemente por los servicios jurídicos o los correspondientes órganos consultivos– trayendo como consecuencia la necesaria indemnización al contratista por lo ejecutado.

15.- EL REFORMADO ANTICIPADO. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.

15.1.- CONCEPTO Y CONSECUENCIA PRINCIPAL: EL PAGO.

Un reformado anticipado puede definirse como una variación del contrato que se ejecuta antes de ser autorizada y aprobada por la Administración. La Administración los ordena o consiente y el contratista los ejecuta. Puede ocurrir también, que sea el contratista quien sin instrucción ni conocimiento de la Administración ejecute modificaciones en el contrato.

Con independencia de las irregularidades procedimentales, con carácter general, tan solo el pago libera a la Administración de la producción del enriquecimiento injusto por la prestación recibida⁵²⁷.

⁵²⁷ Esto es lo que exige la jurisprudencia. Por todas STS de 14 de noviembre de 1985 (RJ 1985\5553) que aborda la obligación de abono de la obra realmente ejecutada por el

Ya no está vigente la previsión del Real Decreto de 10 de octubre de 1845, por el que se aprueba la Instrucción para promover y ejecutar obras públicas que en su artículo 14 afirmaba que no serían válidas las reducciones, aumento o variaciones que se hubieren hecho en distintas contrataciones si no habían sido previamente aprobadas, *“aún en concepto de mejora a las primeras condiciones”*, y tampoco el Real Decreto de 11 de junio de 1886 que consideraba que *“el contratista renuncia a su derecho y se conforma con los que fije la Administración”* cuando emplee nuevos materiales o ejecute nuevas obras sin aprobación superior.

En definitiva, la principal consecuencia de un reformado anticipado es la imposibilidad de que la Administración se enriquezca por sus propios actos ilícitos y el correlativo deber de abono de lo ejecutado.

La adopción con posterioridad de un acuerdo de modificación contractual no sana, corrige o regulariza la infracción consistente en ejecutar un modificado sin aprobación. Ningún sentido tiene aprobar la modificación cuando la modificación ya está ejecutada.

15.2.- CONSECUENCIAS PARA EL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

El reformado anticipado debiera conllevar inevitablemente, cuanto menos, la apertura de un expediente disciplinario y por responsabilidad contable a los funcionarios si éstos lo hubiesen permitido u ordenado, y sanciones cuando quién consiente o fomenta los modificados es la dirección de obra contratada al efecto por la Administración⁵²⁸.

Lamentablemente el reformado anticipado, no es una excepción sino más bien una regla general. Cuando existe acuerdo con el contratista, la

municipio de Leizta (Navarra), pese a que se trató de modificaciones ordenadas por el Director de la obra sin aprobación de la Administración contratante. La STS de 2 de abril de 1986 (RJ 1986\4214), en el mismo sentido que la anterior, obligando al pago de obras realmente ejecutadas por orden del Director de obras en Rafelbuñol (Valencia).

⁵²⁸ Véase en este sentido los dictámenes 40/1994, de 21 de abril de 1994, 1281/1994, de 22 de julio de 1994, 1578/1994, de 21 de septiembre de 1994.

Administración – o mejor dicho, la Dirección de obra o los responsables del contrato – relajan las exigencias procedimentales exigibles.

Existe una prohibición expresa a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones contractuales sin la debida aprobación y sin la cobertura presupuestaria correspondiente⁵²⁹.

En este sentido es muy gráfico el informe del Consejo de Estado 3371/1996, de 28 de noviembre de 1996, que dictaminaba sobre una modificación contractual por errores de proyecto con aumento del 38% sobre el presupuesto originario:

“no puede pasar por alto este Consejo de Estado las circunstancias especialmente graves que han jalonado el proyecto modificado sometido a consideración, dado que las obras cuya modificación se tramita se estaban ejecutando (...) siendo muy presumible que a la fecha de hoy puedan encontrarse totalmente ejecutadas o en un avanzado estado de ejecución.

Debe señalarse a este respecto, que la modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se constituyen como esenciales, de tal forma que, para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado, primero, y de la novación, después, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente instituido. Entre tales exigencias se encuentra la del tiempo, toda vez que la novación objetiva que comporta un modificado de obras está sujeta a unos límites temporales, como se deriva de la prohibición explícita impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato, sin la debida aprobación, así como del presupuesto correspondiente (Cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado).

En el caso objeto de la presente consulta, se ha producido lo que algún sector de la doctrina ha calificado como de "reformado anticipado", por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y

⁵²⁹ Dictámenes del Consejo de Estado 1281/1994, de 21 de julio de 1994 y de 216/1997, de 20 de marzo de 1997.

contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado - en no pocas ocasiones (entre ellas, dictámenes N° 1.834/95, de 11 de octubre, 454/96, de 8 de febrero, etc.)- ha recordado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública.

En este sentido, a tenor del anteriormente mencionado informe de la Inspección de la Contratación de la Obra Pública, resulta que las obras se estaban llevando a efecto sin la aprobación del oportuno proyecto reformado y antes de que se emitieran los informes preceptivos exigibles (Oficina de Supervisión de Proyectos, Asesoría Jurídica, Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y dictamen del Consejo de Estado), que se han recabado "a posteriori" para "convalidar", sin duda, la situación creada y consumada "de facto" con la ejecución material de la modificación.

Tales anomalías, que rebasan y contravienen frontalmente las prescripciones legales, por lo demás, han trascendido al aspecto de la financiación de la obra pública, pues, como se infiere de las actuaciones remitidas y aduce el propio informe de la Intervención General, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la retención del crédito presupuestario adecuado y suficiente, acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado.

Por todo ello, el Consejo de Estado en el ejercicio de su función de garantía, aunque en la situación a que se ha llegado -con mejora en las soluciones técnicas advenida por los órganos técnicos informantes- puede aceptar la conveniencia de formalizar la aprobación de la modificación, debe señalar, con especial énfasis y severidad, que ello no enerva el valor esencial de las consideraciones efectuadas -habida cuenta las deficiencias e imprevisiones advertidas en el proyecto de obras originario- ni releva a ese Departamento de la obligación de incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir. (...)"

15.3.- ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN O LA DIRECCIÓN DE OBRA QUE VALIDAN UN REFORMADO ANTICIPADO.

15.3.1.- Necesidad de orden cualificada.

La cuestión decisiva del reformado anticipado es la “orden” proveniente de la Administración o los agentes que actúan por ella durante la ejecución del contrato. Para que podamos hablar de un modificado anticipado debe haber existido una orden dada por quien tuviese apariencia de efectiva potestad⁵³⁰. No es de recibo que el contratista altere unilateralmente el contrato para luego reclamar el correspondiente pago. La Sentencia del TS de 22 de febrero de 1980 (RJ 1980\740) afirma lo siguiente⁵³¹:

“Que no es posible fundar exclusivamente en el artículo 47-1 de la Ley de Contratos de Estado (RCL 1965\771 y NDL 7365), subsidiariamente aplicable, el abono al contratista de las cantidades de obras ejecutadas con exceso sobre la contrata porque este precepto en relación con el 12-1 de la misma ley no constituye una negación del principio de inalterabilidad del contrato (expresa en el artículo 51 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales- sino simplemente una previsión ordenada a los casos de liquidación de la obra realizada, bien por inejecución parcial debida a rescisión u otro motivo -así en la sentencia de la Sala 3.ª de 13 noviembre 1978 (RJ 1978\3618)- bien por un exceso que sea consecuencia de la aplicación de otros principios rectores del contrato, pero no simplemente de la unilateral modificación por el contratista, ya que en ese caso resultaría pura y simplemente la posibilidad incontrolada de que aquél alterase el contenido contractual pactado sin más que introducir aumentos de obra; de ahí que éstos solamente pueden producir el efecto de su abono cuando sean consecuencia de modificaciones legítimas ordenadas por la Administración en uso de las potestades atribuidas al efecto por razones de interés público en el artículo 54 del Reglamento de Contratación citado o las meras variaciones de detalle que

⁵³⁰ Véase el Informe de la JCCA de Aragón 13/2013, de 22 de mayo.

⁵³¹ Véase Informe de la JCCA 29/1997, de 14 de julio de 1997.

puede disponer según el 53; o como consecuencia de la aplicación del principio del enriquecimiento injusto que a su vez, como una interpretación flexible de esos preceptos en orden a la modificación del contrato, determina el abono de las modificaciones pero no como consecuencia simple de su ejecución por el contratista, sino por haber sido ordenadas o admitidas por la Administración, con infracción de las normas de procedimiento, tal como esta Sala ha interpretado en SS. de 16 diciembre 1974 (RJ 1974\5218) o 15 marzo 1978 (RJ 1978\1164) y las que en ella se citan”.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del TS de 28 de enero de 2000 (RJ 2000\1579):

“Efectivamente, como la sociedad recurrente expone, el caso presente no es un supuesto en que sea aplicable el principio de riesgo y ventura (...).En consecuencia, al encontrarnos ante unidades de obra realizadas unilateralmente por el contratista y, además, por aplicación del principio de riesgo y ventura que rige en los contratos administrativos, debe mantenerse que no es posible exigir su abono. (...)

Como declara probado la sentencia de instancia (y nada resulta en contra) se trata de una ampliación de la obra basada en una decisión unilateral imputable a la empresa contratista, sin que exista una modificación del contrato realizada por la Administración. Debemos pues aplicar la doctrina de que, si bien es cierto que el contratista tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada, constituye regla general que el cumplimiento y efecto de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas (cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización). En este sentido se pronunció la sentencia de 27 de junio de 1988 (RJ 1988, 4775), privando de significación a las meras indicaciones verbales que el Ingeniero Director pudiera hacer, circunstancia que aquí no se ha producido. Y de la misma manera ordena el artículo 155 del Reglamento General de Contratación del Estado que los empresarios que ejecuten modificaciones no autorizadas, con conocimiento de su irregularidad, no tendrán derecho al abono de las mismas. En el presente caso no consta que se diese a Norca, SA orden

alguna para la ejecución del exceso de unidades de obra que reclama, que se debieron a su decisión unilateral (como la sentencia de instancia puso de manifiesto), por lo que era procedente la denegación de su pretensión de pago y el motivo de casación debe ser desestimado”.

Igualmente, la Sentencia del TS de 3 de diciembre de 2012 (RJ 2013\588) no admitió el deber de compensación de las modificaciones en una concesión de obras públicas que no fueron impuestas por la Administración:

“4.- Lo anterior determina que las cuestiones a decidir en el actual litigio sean estas: por un lado, si la ejecución de obras distintas a las inicialmente proyectadas ha obedecido a modificaciones ordenadas por la Administración o a circunstancias sobrevenidas e imprevisibles; y, por otro, si ello ha producido un desequilibrio financiero en la concesión.

5.- No cabe hablar de modificaciones que puedan dar lugar a los sobrecostes reclamados porque las aquí controvertidas no respondieron a necesidades nuevas o a causas técnicas imprevistas y tampoco fueron ordenadas por la Administración concedente.

No se ha practicado prueba que haya demostrado que las modificaciones que aquí son objeto de polémica hayan producido un desequilibrio en la concesión y en qué medida, pues la parte recurrente se limita a reclamar la compensación de unos supuestos sobrecostes, pero no efectúa razonamiento alguno que refleje su concreta influencia en el estudio económico financiero realizado al celebrarse el contrato”.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 4 de noviembre de 2013 (JUR 2013\349517) afirma que *“ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización”*⁵³².

⁵³² Se trataba de una obra para “establecimientos residenciales para ancianos en Asturias” donde según confirma la sentencia apelada por cuanto el estudio geotécnico considera una excavación de 5 metros de profundidad, que no fue respetado por la contratista, sin consultar a la Dirección facultativa ni suscitarle una posible modificación del proyecto; no se autorizaron taludes mayores de 5 metros de altura; se alteraron las condiciones de la ejecución

De nuevo aparece el principio de que el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de las partes, y que es necesario el respeto del principio de inmutabilidad del contrato, tanto por el poder adjudicador, como por los contratistas.

El Dictamen del Consejo de Estado 2549/1999, de 7 de enero de 1999 pone de relieve *“la irregularidad que comporta la ejecución de unidades de obra sin haberse aprobado el oportuno reformado y, por tanto, contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. Dicha actuación comporta una infracción grave de lo prevenido en la cláusula 62 del pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del estado que de forma tajante establece que ni la Administración, ni el contratista, ni ambos de consuno, pueden introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto de contrato sin la debida aprobación. Ello aunque la modificación ejecutada se pretenda basar en una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público, pues dicha agilidad y eficacia han de acomodarse”*.

Esta cuestión no es nueva. El pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 28 de marzo de 1903 establecía que el contratista no tiene derecho al abono de las obras que ejecute en contravención al proyecto o a las modificaciones aprobadas *“á no ser que justifique, presentando la orden escrita del Ingeniero, que éste, dentro de sus atribuciones, le ha ordenado llevarlas á cabo, y, en tal caso, le serán de abono con arreglo á los precios de contrata”*.

15.3.2.- La necesidad de apariencia de legalidad.

Considero que la postura a seguir es aquella que deja de lado la importancia de las normas de competencia y procedimiento y se detiene en la necesidad de indemnizar ante supuestos de enriquecimiento injusto donde existe “apariencia de legalidad” en quien las ordena. Todo ello con base en el

de la obra por cuenta y riesgo del contratista; es evidente el error de la demandante cuando el proyecto parte de una determinada localización del nivel freático del terreno; y no se respetaron las condiciones del proyecto, ni el porcentaje del talud y no cabe imputar por ello responsabilidad a la Administración.

principio de justicia material al que alude la Sentencia del TS de 13 de abril de 1981 (RJ 1981/1840), o con arreglo al Derecho natural al que se refiere directamente la Sentencia de ese Tribunal de 20 de diciembre de 1983 (RJ 1983/6454). Además, del principio de seguridad jurídica que rige toda la actuación administrativa.

La doctrina estima que existe enriquecimiento injusto cuando la orden es verbal y la persona que la imparte reviste apariencia suficiente para impartir esas órdenes siempre que sean mejoras⁵³³.

En este sentido, se ha admitido que son las órdenes dadas por el director de obras sin previa aprobación por el órgano de contratación son válidas. Por ejemplo, la Sentencia del TS de 16 de mayo de 1986 (RJ 1986/2379) avala la orden de un ingeniero del órgano de contratación que dio órdenes para modificar un contrato. Pues bien, sobre la base de la teoría del enriquecimiento injusto el Tribunal pone de relieve que el ingeniero creó una situación de apariencia para ordenar la modificación⁵³⁴.

Igualmente, la Sentencia del TSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2013 (JUR 2013\306714) acepta la orden verbal del Director de obras sin considerar que el exceso de obra sea decisión unilateral del contratista, la sentencia dice así:

“De los datos expuestos y recogidos por el Juzgador de la Instancia en la Sentencia apelada, queda acreditado que hubo un exceso de obra realizada por el contratista a instancia de la Administración, mediante órdenes verbales realizadas por el Director de la obra, siendo dicho exceso de obra así como su importe asumido y aceptado por ambas partes, por lo que no puede sostenerse que la ejecución del tan citado exceso de obra respondiera a una decisión unilateral de la contratista que, ciertamente de haber sido así, no habría generado derecho a su pago. Por tanto, esta Sala no puede aceptar, como

⁵³³ JIMENEZ APARICIO, E., *Comentarios a la legislación de contratación pública*, op. cit., p. 90. REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, ediciones jurídicas S.A., Madrid, 1995, pp. 417 – 459. Ver especialmente página 445.

⁵³⁴ Véase la STS de 24 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8017) en relación con la presunción de validez de las órdenes de la Dirección de obra.

hace el Juzgador de la instancia, que las modificaciones hayan sido realizadas unilateralmente por la contratista. Por otro lado, la Administración no niega la realidad de las obras, ni propone otro importe a abonar al contratista, por lo que una vez realizadas debió proceder a su pago, sin que sea factible acoger la alegación de la Administración de que es necesaria la convalidación por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid para proceder a su abono no siendo posible efectuarlo mientras que dicha convalidación no se produzca, ya que es evidente que el pago de la obra realizada no puede quedar al arbitrio de una de las partes, quien puede demorar sine die el pago con base en dicha argumentación, con evidente perjuicio para el contratista”.

Por el contrario, la Sentencia del TS de 19 de noviembre de 1992 (RJ 9207/1992) ha afirmado que no era válida una orden verbal de ejecución del modificado.

La clave para la aceptación de las órdenes verbales está en verificar si a la orden verbal sigue la ejecución por el contratista y se prueba la existencia de dicha orden – mediante actas de obra, en el Libro de Órdenes de la Obra, mediante correos electrónicos posteriores (...)–. Al efecto puede verse la STS de 29 de septiembre de 1986.

Igual ocurre con las autorizaciones tácitas de la Administración que el TS, en su sentencia de 3 de marzo de 1991 (RJ 1991/2022), consideró suficientes para el abono de obras no incluidas en el proyecto de obras originario.

En todo caso, parece muy difícil que no se abonen los modificados que provengan de la orden del Director de obra o del responsable del contrato/responsable de la Administración o cuando la orden sea verbal, si la Administración y la Dirección de obras reciben las obras que ellos mismos ordenaron. Por más que no conste aprobación, surge sin duda el derecho al abono de lo realmente ejecutado por el contratista⁵³⁵. Sin embargo, como se ha visto, en otros casos, no se acepta que la orden verbal justifique el abono de los modificados realizados. Por tanto, la clave para decidir si se debe abonar lo

⁵³⁵ Comité de redacción, «Modificaciones de obra no autorizadas por el órgano de contratación», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 104, 2011, pp. 10 -11.

ejecutado radica, a mi juicio, no tanto en la competencia del órgano o de la persona que da la orden, sino si la decisión de modificación del contrato es unilateral por parte del contratista, o hay una conducta en la Administración que le requiere a ello⁵³⁶. Y además la conducta de la Administración reviste una apariencia que dota de “buena fe” a la conducta posterior del contratista. De hecho la jurisprudencia, en multitud de sentencias, ha apreciado el derecho al abono por parte de la Administración de los excesos de trabajos u obras ejecutados de buena fe por el contratista⁵³⁷.

La ejecución de excesos de obra no determina en todo caso que éstos deban ser abonados. Se exige que la calidad y la cantidad de las obras realizadas por el contratista obedezcan a órdenes expresas o tácitas de la Administración Pública, aunque tuviere vicios de forma⁵³⁸.

Sin embargo, se ha considerado que no procede el pago de lo ejecutado cuando quien realiza la orden es un órgano manifiestamente incompetente. Por ejemplo, si lo realiza el Alcalde cuando se trata de una competencia de Pleno. Así lo sostienen las sentencias del TS de 18 de abril de 1979 (RJ 1979/2121) y de 12 de noviembre de 1980 (RJ 1980/4489).

En todo caso, se trata de una cuestión compleja y que debe ser objeto de análisis individualizado. Ello determina, por ejemplo, que la Sentencia del TS de 19 de marzo de 2014 (RJ 2014\1742), condenase a la Administración al abono de la diferencia de liquidación por diferencias de mediciones pese a no

⁵³⁶ Ver MARTIN OVIEDO, J.M, PRESEDOR REY, C.M., *Memento práctico de contratos públicos*, op. cit., pp. 630.

⁵³⁷ Ejemplo de ello dan buena cuenta, entre otras las SSTS de 8 de junio de 1977 (RJ 2841/1977), 12 de febrero de 1979 (908/1979). Ver en el mismo sentido las SSTS de 11 de marzo de 1980 (RJ 2146/1980), de 13 de abril de 1981 (RJ 1840/1981), de 21 de noviembre de 1981 (RJ 5267/1981, de 2 de julio de 2004 (5094/2004), 28 de marzo de 2005 (RJ 3304/2005). Igual criterio se ha empleado para justificar las obras complementarias no previstas en el proyecto (véase SSTS de 24 de enero de 1984 – RJ 2841/1984, 8 de junio de 1988 – RJ 5075/1988, entre otras).

⁵³⁸ Todo ello conforme a la jurisprudencia del TS al respecto, por todas, STS de 20 de diciembre de 1983 (RJ 1983\6354), 24 y 27 de febrero de 1984 (RJ 1984\1406). Véase igualmente STSJ Galicia, de 26 septiembre de 2002 (RJCA 2002\1277).

existir orden de la Dirección Facultativa ni de ninguno de los agentes de la Administración.

15.4.- LA VALORACIÓN DE LOS REFORMADOS ANTICIPADOS.

La cuestión que suscita más problemas es la valoración económica de los nuevos trabajos realizados. Mientras el precio de las modificaciones contractuales se determina de forma contradictoria entre la Administración y el contratista, pudiendo acudir, inclusive, al arbitraje, no ocurre igual cuando estamos en supuestos de enriquecimiento injusto.

Es cierto que, como en todos los casos, lo idóneo es lograr un acuerdo en cuanto al valor de lo ejecutado anticipadamente, aunque lo frecuente es que no exista tal acuerdo.

La cuestión se vuelve más compleja cuando en la ejecución han existido otras irregularidades, como certificar y abonar trabajos previstos en el contrato que realmente nunca fueron ejecutados, para evitar la tramitación de un modificado (obviando que no haya existido corrupción en la contratación).

A menudo la Administración pretende que los nuevos precios se basen en los que ya estaban contenidos en el proyecto de obras – cuando se trata de trabajos previstos en parte en el proyecto, o precios descompuestos previstos inicialmente—. En cambio, el contratista, pretende considerar cada trabajo ejecutado como ajeno al proyecto en su objeto y en su valoración, en definitiva, pretende una nueva valoración más ventajosa para él.

De no mediar acuerdo, todo suele desembocar en un informe pericial del contratista que normalmente dictamina la necesidad de abono de una cantidad importante por parte de la Administración. Mientras que la Administración acostumbra a conformarse con un informe de sus servicios técnicos o la Dirección de obra que no reconocen estas nuevas cantidades.

En definitiva, son los juzgados y tribunales los que conocen de esta cuestión, con incierto resultado, y ésta ha sido la única cuestión que ha generado pronunciamientos jurisprudenciales en materia de modificaciones contractuales, puesto que no era relevante para las partes si existía o no la posibilidad de modificar el contrato, sino sólo determinar el precio que la Administración debe abonar al contratista para compensarle por su ejecución.

15.5.- PROCEDIMIENTO DE ABONO DEL REFORMADO ANTICIPADO.

Las modificaciones contractuales que han sido aprobadas se abonan previa certificación de obra o factura acreditativa de que lo modificado ha sido ejecutado. Se abonan como un pago más del contrato.

Sin embargo, los reformados anticipados, se abonan bien previo reconocimiento de oficio por la propia Administración, o, mayoritariamente, a solicitud del contratista una vez finalizado el contrato principal – normalmente en el momento de la liquidación –.

Entre las propuestas existentes para abonar estos modificados no autorizados en tiempo y forma se plantea la posibilidad de su abono con motivo de la certificación final. Realmente, no importa tanto el momento sino el hecho. Deberá abonarse lo realmente encargado y ejecutado⁵³⁹.

La tramitación que habrá de darse no es otra que la de realizar un acuerdo de reconocimiento del enriquecimiento injusto de la Administración y el correspondiente pago. Y en consecuencia, no será otra cosa que una adjudicación sin publicidad y sin procedimiento y por tanto una adjudicación ilegal, nula de pleno derecho.

El pago del importe de lo ejecutado con o sin aprobación, está sometido al plazo de prescripción, establecido por el artículo 15 LGP.

⁵³⁹ Comité de Redacción, «Modificaciones de obra no autorizadas por el órgano de contratación», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 104, 2011, p. 10.

CAPÍTULO SEXTO.

EFFECTOS Y CONTROL DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

1.- LA MODIFICACIÓN DEL CONTENIDO OBLIGACIONAL.

La esencia de todo contrato es la existencia de obligaciones de dar (contratos de suministro) o de hacer (contratos de servicios y obras). La primera consecuencia de una modificación contractual es la variación del contenido obligacional inicial. La modificación contractual supone la variación de las obligaciones pactadas al inicio del contrato. Por ello, el alcance de las variaciones puede estar relacionada con el objeto del contrato, la duración, el precio, el plazo de ejecución de la prestación, u otros elementos.

Las modificaciones contractuales se caracterizan por ser unilaterales. El efecto no es sólo una variación obligacional sino que es una imposición al contratista en favor del interés público con las salvedades explicadas anteriormente.

La variación no puede ser sustancial. No cabe realizar una variación de tal calibre que hubiera procedido la concurrencia de distintos licitadores, o bien que la oferta presentada inicialmente hubiera podido ser sustancialmente diferente haciendo variar el resultado de la licitación original.

2.- LA CONTINUIDAD DEL CONTRATO.

La razón de ser de la modificación del contrato es la imposibilidad de ejecutar el contrato conforme estaba inicialmente previsto. En consecuencia, un contrato que no se modifica no puede continuar y exige, como alternativa la resolución del contrato⁵⁴⁰. Es preciso que las modificaciones sean imprescindibles para que el objeto del contrato inicialmente pactado pueda concluirse y llevarse a buen término.

Lo anterior permite deslindar cuándo nos encontramos ante una verdadera modificación contractual o ante otro tipo de fórmulas distintas. Ejemplo de ello es realización de obras complementarias o las variaciones de detalle.

⁵⁴⁰ Sí cabe continuar el contrato cuando la modificación tiene por motivo, por ejemplo, la cláusula de progreso o la realización de mejoras en el mismo.

Para asegurar la continuidad del contrato las modificaciones deben reunir los presupuestos habilitantes exigidos por el TRLCSP y por la doctrina europea sobre modificaciones contractuales y no alterar sustancialmente el contrato. Por consiguiente, puede existir una necesidad de modificar el contrato que reúna interés público y tenga como origen una circunstancia imprevisible para un poder adjudicador diligente y que, sin embargo, no pueda materializarse por no constituir una modificación contractual. La consecuencia ante la imposibilidad de modificar el contrato no puede ser que el contrato continúe sino su resolución.

Todo modificado, exige como regla general, su necesaria incorporación al contrato para que éste logre el fin al que estaba destinado. La única excepción es la posibilidad de incorporar mejoras que constituyan avances sobre el contrato.

Según HORGUE BAENA, el retraso y el coste de resolución de los contratos son connaturales a la propia ley de contratos y se ven justificados por el respeto a los principios de libre y pública concurrencia⁵⁴¹.

Sin embargo, esto no es más que una cara de la moneda. Desgraciadamente la otra es que ante una modificación contractual la Administración ve como mayor riesgo, además del mayor desembolso económico, el retraso en la continuidad o viabilidad efectiva de los contratos. Ello provoca la “apertura” hacia la aprobación de modificados.

Lo expone RODRIGUEZ DE RIVERA DOMINGO al criticar la *"actitud reiterada de los contratistas de presentar ofertas manifiestamente insuficientes en la confianza de que posteriormente durante la ejecución del contrato, la Administración contratante, para evitar los retrasos que desvinculan de resolver el retraso cuyo proyecto es incompleto e iniciar los trámites de una nueva adjudicación aprobarán tales reformados como sean necesarios"*⁵⁴².

⁵⁴¹ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., pp. 134 – 144.

⁵⁴² RODRIGUEZ DE RIVERA DOMINGO, C., en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dtores.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, op. cit., p. 2038.

3.- LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL.

En el supuesto de que no concurren los presupuestos, o se excedan los límites establecidos por la ley para la modificación del contrato, el TRLCSP establece la obligación de proceder a la resolución del contrato, indemnizando oportunamente al contratista, y llevar a cabo la licitación de uno nuevo⁵⁴³.

Recordemos que estos presupuestos o límites no concurrirán o se excederán:

a) Cuando no exista una razón de interés público para modificar el contrato.

b) Cuando no sea posible la modificación del contrato por tener por finalidad adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

c) Cuando no concurren las circunstancias previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación para la modificación del contrato y,

d) tampoco concurren las circunstancias señaladas por la ley para las modificaciones contractuales no previstas, a las que hace referencia el artículo 107.1 TRLCSP o, concurriendo, alteren las condiciones esenciales de licitación y adjudicación señaladas en el artículo 107.2 TRLCSP.

En los supuestos señalados en el anterior apartado b) podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios, si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b), (artículo 105.2 TRLCSP).

Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación

⁵⁴³ Ya lo señalaba GIMENO FELIU, J.M., en «Aproximación a las principales novedades de la ley de contratos del sector público», N^o X, monográfico El derecho de los contratos del Sector Público, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2008, p. 43.

del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el anterior contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles (artículo 225.6 TRLCSP).

El principal efecto de la resolución del contrato es la imposibilidad de continuar con el contrato. Y el siguiente es la indemnización al contratista. La Circular 1/2011, de 7 de abril, de la Abogacía General del Estado, sobre régimen de modificación de los contratos privados enfatiza la necesidad de indemnización en estos supuestos:

“Si en el ámbito de la contratación regida por el derecho privado es excepcional la resolución del vínculo contractual por voluntad de una sola de las partes, dado lo dispuesto en los arts. 1091 y 1258 del Código Civil (y demás preceptos concordantes de este texto legal), resulta indudable que la resolución del contrato por consecuencia de la modificación en el supuesto al que se refiere el artículo 92.1bis, párrafo segundo, de la LCSP [hoy, artículo 105.1 II TRLCSP], debe llevar a aparejada la pertinente indemnización al contratista, pues es éste quien de forma singular o particular sufre el perjuicio económico que comporta la regla legal de la resolución del contrato que sanciona la norma. Es más, si tratándose de un contrato administrativo la resolución de éste por causa de modificación da lugar a indemnización [artículo 225.5 TRLCSP], no se aprecia ninguna razón objetiva que justifique que en cambio no se admita la indemnización en el contrato privado como es el que concierne a una entidad pública empresarial, una sociedad mercantil o una fundación del sector público....”.

Por su parte, EDUARDO ESTEVEZ considera que la indemnización en los contratos privados no tiene por qué ser necesariamente del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, es decir, como se prevé cuando el contrato que se resuelve es administrativo. En cualquier caso, acorde a la naturaleza privada del contrato, la cuantía de la indemnización siempre podrá discutirse ante los tribunales del orden jurisdiccional civil (artículo 21.2 TRLCSP)⁵⁴⁴.

4.- LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO.

4.1.- CONCEPTO.

El TRLCSP regula la suspensión del contrato como parte de la modificación del contrato. La suspensión es claramente una manifestación del *ius variandi* en cuanto a que obedece a una decisión unilateral de variar el contenido del contrato, que no afecta al objeto sino al plazo, parte esencial del contrato⁵⁴⁵.

El Informe de la JCCA 40/08, de 29 de enero de 2009, define muy adecuadamente la razón de ser de la potestad de suspensión del contrato:

“Si bien es cierto que el precepto invocado establece la posibilidad de la Administración suspenda el contrato; no obstante, de una interpretación sistemática del marco normativo la norma resulta que la suspensión no es una de las prerrogativas discrecionales que el art 59 concede al órgano de contratación por razones de interés público, es realmente una medida cautelar ante determinadas incidencias (tramitación de modificados, problemas en el acta de comprobación del replanteo,...)”.

En esta línea, el artículo 220 del TRLCSP se limita a abordar más que las causas de la suspensión del contrato el procedimiento que debe llevarse a cabo en caso de suspensión. En particular, establece la necesidad de levantar un acta consignando las circunstancias que lo han motivado y abonando al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste.

⁵⁴⁴ EDUARDO ESTÉVEZ, A., «El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence», op. cit, p. 80.

⁵⁴⁵ TENA RUIZ, J., «Modificaciones de los contratos, especial referencia a la modificación de los contratos de obras», *Boletín de Derecho Local*, 3, junio de 2009, p. 628.

Debe tenerse presente que el acta de suspensión carece de efectos constitutivos, por lo que su omisión no enerva el derecho del contratista a ser indemnizado⁵⁴⁶.

Sin perjuicio de la suspensión del contrato en caso de impago por la Administración Pública o la paralización de los contratos⁵⁴⁷, cabe destacar la posibilidad de suspender el contrato, con audiencia al contratista, en supuestos de interés público, ante la tramitación de un modificado. Esta tiene un carácter instrumental en razón del modificado⁵⁴⁸.

Muchas veces la suspensión es una amenaza por parte del contratista – especialmente en los contratos de obras –. Éste comunica su intención de paralizar la obra por considerar que se precisa una modificación contractual sin la cual no puede avanzarse en ella.

En estos casos, el contratista debe efectuar una solicitud de suspensión de forma escrita ante el poder adjudicador comunicando las circunstancias que concurren, y también los riesgos de continuar las obras sin aprobación de la modificación, incluyendo de ser posible su valoración de las obras, estudios, o trabajos, que se requerirían para continuar.

Ello tiene especial relevancia en los supuestos en que la petición viene motivada por el temor del contratista de que la obra se arruine por motivos de estabilidad o que haya riesgo para los trabajadores o maquinaria que pudieran desembocar en accidentes con daños en los mismos⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ RODRIGUEZ DE RIVERA DOMINGO, C., en *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, op. cit., p. 1938.

⁵⁴⁷ Un ejemplo de actualidad, que no es objeto de este trabajo, es la paralización total o parcial de obras por motivos presupuestarios.

⁵⁴⁸ GARCÍA TREVIJANO, E., *La suspensión del contrato administrativo*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1991, p. 19.

⁵⁴⁹ En el año 2014, un supuesto de suspensión de obras por motivo de modificación contractual a instancias del contratista ha sido el de las obras de “ *proyecto Diseño y Construcción del Tercer Juego de Esclusas del Canal de Panamá*” en que la contratista (Grupo Unidos por el Canal integrada por la española SACYR, la italiana Impregilo, la belga Jan De Nul y la panameña Constructora Urbana) paralizaron las obras a comienzos de febrero de 2014 motivado por la falta de aprobación de la modificación contractual que incrementara el precio a

4.2.- EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN. EN ESPECIAL LA INDEMNIZACIÓN.

Los efectos de la suspensión son la suspensión del plazo de ejecución del contrato, la obligación del contratista de abstenerse de ejecutar el contrato total o parcialmente –según el alcance de la suspensión– ,y la necesidad de indemnizar al contratista los daños causados por esta decisión del órgano de contratación⁵⁵⁰.

En cuanto a la indemnización, se consideran indemnizables tanto los costes directos no amortizados durante la suspensión como los costes indirectos.

a) Costes directos.

Dentro del concepto de costes directos se incluyen los gastos de personal adscritos o relacionados de forma directa con la prestación del servicio o la realización de la obra. El artículo 130.2 del RGCAP 2, afirma que se considerarán costes directos:

- La mano de obra que interviene directamente en la ejecución de la unidad de obra.
- Los materiales, a los precios resultantes a pie de obra, que quedan integrados en la unidad de que se trate o que sean necesarios para su ejecución.

abonar a los contratistas debido. En concreto, se solicitaba el abono de 1.600 millones de dólares. Las causas del modificado vendrían dadas, principalmente a anomalías en los estudios del terreno realizados por el poder adjudicador (la Autoridad del Canal de Panamá, conocida como ACP) que según los contratista generaron un retraso de las obras y costes no previstos por contrato, ausencia de materiales que debían estar en esa área según la ACP pero no estaban; que se tuviera que relocalizar y ampliar la presa; la necesidad de una mayor dotación de materiales, etc. Ante la suspensión, el representante de la ACP, calificaba de “chantaje” la suspensión (Fuente: documentación interna de ACP y GUPC de acceso público y prensa: Diario El Mundo, 2 de febrero de 2014, <http://www.elmundo.es/economia/2014/01/02/52c48d6d22601d47658b4578.html>)

⁵⁵⁰ GARCÍA TREVIJANO, E., *La suspensión del contrato administrativo*, op. cit., 54.

- Los gastos de personal, combustible, energía, etc. que tengan lugar por el accionamiento o funcionamiento de la maquinaria e instalaciones utilizadas en la ejecución de la unidad de obra.

- Los gastos de amortización y conservación de la maquinaria e instalaciones anteriormente citadas.

Además, también debe considerarse coste directo el coste de los subcontratistas, la pérdida de la rentabilidad de los materiales acopiados, sobrecostes por encarecimiento de los precios de suministradores o proveedores, etc.

En resumen, podría decirse que los costes directos son aquellos que afectan directamente a la determinación del precio del producto o prestación.

b) Costes indirectos.

Los costes indirectos serían aquellos que no son utilizados directamente en la ejecución del contrato.

Dentro del concepto de costes directos se incluyen los gastos de personal adscritos o relacionados de forma directa con la prestación del servicio o la realización de la obra. El artículo 130.3 del RGCAP afirma que consideraran costes indirectos: Los gastos de instalación de oficinas a pie de obra, comunicaciones, edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obreros, laboratorio, etc., los del personal técnico y administrativo adscrito exclusivamente a la obra y los imprevistos. Todos estos gastos, excepto aquéllos que se reflejen en el presupuesto valorados en unidades de obra o en partidas alzadas, se cifrarán en un porcentaje de los costes directos, igual para todas las unidades de obra, que adoptará, en cada caso, el autor del proyecto a la vista de la naturaleza de la obra proyectada, de la importancia de su presupuesto y de su previsible plazo de ejecución.

Además, deben considerarse como costes indirectos el alquiler de maquinaria y vehículos, gastos financieros, gastos generales no amortizados

durante la suspensión, y, las compensaciones por sobrecostes de precios si no existe cláusula de revisión de precios⁵⁵¹.

Los costes indirectos deben ser objeto de una especial prueba. Será muy relevante el estudio de la oferta del contratista, especialmente en los contratos de obra⁵⁵².

Téngase en cuenta que, a menudo, al presentar su oferta –sobre todo en el caso de ofertas anormalmente bajas– puede haber una distribución irreal de costes indirectos. De ahí la importancia de que se exija que junto con la oferta económica se incluya su justificación económica con desglose de todos los costes económicos que el contratista vaya a soportar.

Además, no son similares los costes indirectos previstos en el proyecto y los propios de la suspensión del contrato. La sentencia del TSJ de Madrid de 30 de abril de 2012 (JUR 2012\204041) sostiene que:

“Así, los costes indirectos a los que alude el precepto que acabamos de transcribir son los que se producen cuando las obras de que se trate se están ejecutando normalmente, siendo obviamente distintos los costes indirectos que se producen cuando las obras se hallan en un período de suspensión, sea ésta total o parcial, porque en tales casos es indiscutible que el personal afecto a la obra se reduce, si la suspensión es total, a los empleados encargados de la vigilancia y guardería de las instalaciones y en su caso al personal necesario para llevar a cabo las labores de mantenimiento, reparaciones y conservación que sean imprescindibles, y si es parcial al personal necesario para ejecutar la parte de la obra no suspendida pero que evidentemente no será todo el destinado en una obra que se ejecuta normalmente y en su totalidad. En cualquier caso, la posibilidad de indemnizar por los costes indirectos pasa porque la empresa acredite cuál ha sido el concreto personal y medios

⁵⁵¹ BERNAT MAICAS, C. «La suspensión de la ejecución de las obras», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 2, 2011, p. 185. CUADRADO ZULOAGA, D., «Indemnización al contratista por la suspensión de obras públicas», *Actualidad Administrativa*, op. cit., p. 77.

⁵⁵² En este sentido puede verse la STS de 18 de febrero de 2014 (RJ 2014\1368) que exige la justificar la existencia de daños y perjuicios derivados de la suspensión, sin que la sola suspensión no determina de modo automático el derecho a la indemnización.

materiales que ha tenido que mantener en la obra en los periodos de suspensión y lo que efectivamente le ha costado, y en el caso de que hubiera personal adscrito exclusivamente a las obras que por causa de la suspensión no sea necesario en las obras de que se trate, pero al tiempo que sigan devengando sus retribuciones y demás cargas, será necesario que la empresa acredite que a ese personal no se le empleó en otras obras que llevase a cabo la empresa o en otras actividades propias de ésta”.

En todo caso, lo relevante para determinar la indemnización será la prueba de la existencia de un perjuicio sufrido por el contratista que éste no tenga el deber de soportar y que sea consecuencia de la suspensión. No existe limitación conceptual de los daños y perjuicios indemnizables.

El acuerdo de suspensión del contrato debe fijar la indemnización, conforme señala el Dictamen del Consejo de Estado 504/2006, de 22 de junio de 2006. En caso de que no se fije en el acuerdo de suspensión, el contratista podrá efectuar la pertinente reclamación, conforme señala la Sentencia del TS de 9 de julio de 2007 (RJ 2007\6674).

5.- LA OBLIGATORIEDAD DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES.

Las modificaciones del contrato son independientes de la voluntad de las partes. Hasta el dictado de la LES, la LCSP, en su artículo 220.e) permitía que, superado el 20% del precio de adjudicación del contrato, el contratista pudiera optar por la resolución del contrato. Ahora, el TRLCSP ha determinado que, con independencia de su porcentaje – para los modificados previstos – o en el caso de modificados imprevistos antes de superarse el porcentaje que determina que el modificado es sustancial, todo modificado es obligatorio.

Sin embargo, se contempla como excepción la posibilidad de que el contratista no desee ejecutar una modificación del contrato. Se prevé para el supuesto de que existan nuevas unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, con cuyo precio – determinado contradictoriamente entre la Administración y el contratista – éste no esté de acuerdo, (artículo 234.2 TRLCSP). En este caso, el órgano de contratación podrá contratar las mismas con otro empresario.

La obligación de ejecutar las modificaciones contractuales es aún más clara para las modificaciones previstas en el condicionado. Toda vez que en el momento de presentar su oferta el licitador las conocía, no puede excusar su cumplimiento. Lo contrario sería no sólo opuesto al carácter obligatorio de las modificaciones contractuales en el TRLCSP sino que iría en contra del principio esencial de que el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes, conforme establece el artículo 1256 del Código Civil⁵⁵³.

6.- LA NECESIDAD DE PREVEER UN NUEVO PLAZO DE EJECUCIÓN Y UN NUEVO PROGRAMA DE TRABAJO A CAUSA DEL MODIFICADO.

La modificación de los contratos provoca un cambio más o menos significativo en la ejecución del contrato. Puede suponer que, en ocasiones, el contratista tenga que hacer menos o más prestaciones o trabajos de distinta naturaleza. Si todo ello se relaciona con el plazo de ejecución del contrato nos encontramos con la necesidad de precisar si toda modificación conlleva automáticamente el reajuste de plazos.

El plazo constituye un elemento esencial de todo contrato. Frecuentemente, incluso, es un criterio de adjudicación importante – si bien rara vez se controla y sanciona su incumplimiento, especialmente, en determinados contratos –.

Con carácter general el modificado exige que la Administración señale un nuevo plazo, como señala la Sentencia del TS de 9 de febrero de 2004 – RJ 2004\1048 –:

“no puede imputarse al contratista un incumplimiento de plazo por acuerdo de 13 de mayo de 1994 cuando el 11 de abril del mismo año se había acordado modificar el contrato de obras en el sentido de ampliarlo a una obra no contratada que ascendía a 33.599.586 pesetas (folio 37 y siguiente del expediente). Cuando la Administración acuerda la ampliación de la obra –

⁵⁵³ DÍEZ CALZADA, J.R., «Comentarios al nuevo Régimen de modificación de los Contratos del Sector Público», op. cit. La legislación Navarra de contratos considera potestativas como obligatorias las modificaciones de mediciones hasta el 20% y potestativas las de diferentes unidades (artículos 105.3 y 5 y 106 de la Ley Foral de Contratos Públicos).

continúa diciendo la sentencia de instancia– el plazo de ejecución del contrato matriz ya había transcurrido, y esto ciertamente lo conocía la Administración, demostrando de forma tácita una clara intención de seguridad, dando vida al contrato que un mes más tarde rescindió. Es aplicable pues, como cita el Tribunal a quo, el artículo 149, párrafo segundo, del Reglamento General de Contratación, de 25 de noviembre de 1975 (RCL 1975, 2597), que impone que, cuando las modificaciones del proyecto representen variación en más en el presupuesto de obras (como en el supuesto de autos), se reajuste el plazo de ejecución. No hay razón pues para atribuir al contratista incumplimiento de un plazo que el Ayuntamiento ha rehabilitado al modificar el contrato y no procede, en consecuencia, la incautación de la fianza”.

En el mismo sentido, el informe de la JCCA 74/09, de 23 de julio de 2010 responde afirmativamente a la pregunta de si puede entenderse ampliado el plazo de ejecución en los contratos de obras de forma automática y en la misma proporción en que lo sean las unidades de ejecución dando respuesta afirmativa a dicha cuestión:

“Lo que se desprende del artículo indicado es que, salvo el caso en que deban introducirse nuevas unidades de obra, es decir salvo el caso en que el proyecto requiera modificaciones que impliquen la realización de obras no previstas en él, la modificación del plazo deberá ser proporcional al incremento de precio que represente la variación en las unidades de medida ejecutadas. En tales circunstancias, resulta que si la modificación requiere aprobación, la ampliación del plazo se aprobará conjuntamente con ella, aplicando la regla de proporcionalidad mencionada. Si por el contrario, la modificación se entiende implícitamente aprobada por no exceder del límite indicado del diez por ciento del precio primitivo del contrato, la ampliación del plazo también debe ser acordada de forma expresa por el órgano de contratación, si bien su capacidad de decisión versará exclusivamente sobre si el incremento producido ha exigido ampliación del plazo de duración del contrato o no. Si la decisión fuera favorable a dicho incremento este deberá fijarse en el mismo porcentaje respecto del plazo inicial en que se hubiera incrementado el precio.

Claro está que esta afirmación, además, debe hacerse con las debidas cautelas, especialmente derivadas de las exigencias contenidas en el artículo 96 del Reglamento respecto de la necesidad de reajustar las anualidades como consecuencia de las modificaciones contractuales producidas. En tales casos el párrafo segundo de dicho artículo exige la conformidad del contratista (salvo que razones excepcionales permitan hacerlo con sólo su audiencia) y el informe de la Intervención. Asimismo, en el párrafo último del citado precepto se prevé para tales casos la modificación del programa de trabajo cuando éste estuviera previsto en el contrato, lo que supone aprobación del nuevo programa por el órgano de contratación. Pues bien, con independencia de la aprobación tácita de la prórroga en los supuestos mencionados, se deberán observar los trámites indicados, si reglamentariamente, fueran exigibles”.

La Sentencia del TS de 21 de julio de 1986 (RJ 1986/5536) pone de manifiesto que *“es claro que cuando la Administración, en el curso de la ejecución de un contrato administrativo, modifica el contenido inicial de las obras, aumentando la entidad de éstas, sin ampliar expresamente el plazo previsto ... habrá de entender, en términos generales, que la ampliación del plazo se produce como consecuencia de la modificación del objeto”*⁵⁵⁴.

Salvo que exista una motivación en sentido diferente, la modificación del plazo debe ser proporcional a la variación del precio del contrato (STS 28 de junio de 2002 - RJ 2002\7071-).

Con todo es necesario que el acuerdo de modificación contractual realice la previsión que corresponda en torno al plazo. El problema, o el riesgo, surge cuando no existe pronunciamiento al respecto. En tal caso ante una judicialización del modificado, es probable que se aplique la regla de la ampliación proporcional del plazo.

Cuando, sin introducir nuevas unidades de obra, las modificaciones del proyecto provoquen variación en el importe del contrato e impliquen la necesidad de reajustar el plazo de ejecución de la obra, éste no podrá ser aumentado o disminuido en mayor proporción que el que resulte afectado el

⁵⁵⁴ En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del TS de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004/3670).

citado importe. El plazo se concretará en meses redondeándose al alza el número de días sobrantes que resulte.

Cuando sea necesaria la ejecución de unidades nuevas no previstas en el proyecto, el director de las obras elevará al órgano de contratación las propuestas de los precios nuevos y la repercusión sobre el plazo de ejecución del contrato. La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas.

HORGUE BAENA señala, con mucho acierto, que el reajuste del plazo debe verificarse en función de la complejidad real para su ejecución y al margen de la variación del presupuesto⁵⁵⁵.

El artículo 96 del RGCAP establece que cuando por diversas circunstancias (entre las que expresamente incluye las modificaciones en el proyecto, y las suspensiones autorizadas) se produjese desajuste entre las anualidades establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares integrado en el contrato y las necesidades reales en el orden económico que el normal desarrollo de los trabajos exija, el órgano de contratación procederá a reajustar las citadas anualidades siempre que lo permitan los remanentes de los créditos aplicables, y a fijar las compensaciones económicas que, en su caso, procedan.

El mismo precepto exige la conformidad del contratista sobre el reajuste *“salvo que razones excepcionales de interés público determinen la suficiencia del trámite de audiencia del mismo y el informe de la Intervención”*.

Asimismo, la modificación del plazo exigirá el reajuste de las previsiones presupuestarias propias del contrato, con los efectos que ello conlleva para la

⁵⁵⁵ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 168. En el mismo sentido, la normativa italiana establece que no existe una ampliación automática del plazo del contrato sino que ésta solo existirá en caso de que se trate de modificaciones que conlleven mayores trabajos que los previstos inicialmente. Así lo dispone el artículo 26 del decreto 145/2000 (ahora refundido en el decreto 207/2010). En contra de la no ampliación automática se posiciona SANDULLI, R; DE NICTOLIS M.A., GAROFOLI, R., *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, volumen V, 2008, p. 3537.

modificación de anualidades, en relación con el sometimiento de las prestaciones que hayan de ejecutarse en una anualidad diferente a la existencia de crédito adecuado y suficiente en los correspondientes presupuestos para hacer frente a las obligaciones económicas del contrato.

La modificación del contrato requiere también la revisión del el programa o plan de trabajo (en obras el conocido como diagrama de Gantt en que se describen las labores a realizar, su tiempo y coordinación con el resto de la obra) para adaptarlo a los nuevos importes anuales. El nuevo programa de trabajo resultante debe ser aprobado por el órgano de contratación.

El artículo 152 del RGCAP establece expresamente que *“cualquier reajuste de las anualidades exige la revisión del programa de trabajo, acoplándolo a las también nuevas circunstancias, y precisará la aprobación de la Administración”*. Y es que como ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen 38927/1974, de 31 de enero de 1974 *“sin programa no hay ejecución razonable”*.

Es necesario contar con la conformidad del contratista, o cuanto menos, ante su disconformidad, acreditar que se ha dado la audiencia debida. Así lo pone de manifiesto el artículo 161 del RGCAP.

7.- EL REAJUSTE DE LA GARANTIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

Cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, el precio del mismo experimente variación, deberá reajustarse la garantía en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado. Ello debe verificarse en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al contratista el acuerdo de modificación (artículo 99 TRLCSP).

Cabría preguntarse cómo debe verificarse el reajuste de la garantía ante los modificados a la baja, tan comunes en esta época. En este caso, parece que lo razonable es que se produzca el reajuste por la propia Administración.

En estos casos sería necesaria la prestación de un nuevo aval – en el caso de que ésta hubiera sido la fórmula empleada, por el contratista –. Surge

la duda de quién debe hacerse cargo de los costes de generación de un nuevo aval. A mi juicio, en caso de que el contratista opte por reducir el aval prestado inicialmente deberá ser la Administración quien responda de esos gastos, como señalan las Sentencias del TS de 21 de julio de 1986 (RJ 1986/5536) y de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004/3670).

Como las garantías tienen carácter máximo cabría que el pliego de condiciones acordara que solo se reajuste la garantía cuando el precio del contrato varíe en cierta proporción. Ello evitaría tener que reajustar la fianza por modificaciones contractuales menores.

8.- LOS EFECTOS ECONÓMICOS DEL MODIFICADO.

8.1.- CUÁNDO SURGE EL DERECHO AL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO ANTE UN MODIFICADO.

8.1.1.- Los modificados como excepción al riesgo y ventura.

Tradicionalmente las modificaciones no han sido cuestionadas en cuanto a sus causas. La protección se centraba en que no existiera un abuso en la utilización de las modificaciones contractuales que recayera sobre el contratista⁵⁵⁶. Aunque ahora lo relevante de la modificación del contrato es la causa del contrato y el interés protegido es el inherente a la licitación original del contrato, tampoco se produce desamparo del contratista en la normativa vigente.

El concepto y alcance de riesgo y ventura están previstos en diferentes preceptos del TRLCSP. En primer lugar para definir al contrato de concesión de obras en el artículo 7 del TRLCSP, al señalar que el contrato *“se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista”*. Más importante es la previsión del artículo 215 del TRLCSP que se aplica a todos los contratos administrativos y que exige al contratista que *“la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el*

⁵⁵⁶ Realiza un interesante estudio de la cuestión LIBERT, X, «Les modifications du marché en cours d´ execution», *Actualite des marches publics*, AJDA, Droit Administratif, 1994, p.67.

artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.”

El contratista debe ejecutar y cumplir el contrato a tenor de los pactos y condiciones acordados, con independencia de las consecuencias que ello tenga en el orden económico para el contratista o para la Administración⁵⁵⁷.

El principio de riesgo y ventura tiene cuatro fundamentos, como ha puesto de manifiesto el Consejo de Estado⁵⁵⁸: el principio de seguridad jurídica, el principio de concurrencia, la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos y la protección de los intereses de la Hacienda Pública.

En virtud del principio de riesgo y ventura el contratista puede obtener una ganancia mayor o menor a la prevista, o incluso perder si, sus cálculos están mal realizados, conforme relata el Dictamen del Consejo de Estado 399/2002 de 21 de marzo de 2002.

El principio de riesgo y ventura tiene, como excepción, aquellos riesgos que el contratista no está obligado a soportar, y en particular las modificaciones contractuales. Una modificación del contrato es una contravención a lo pactado inicialmente y, por tanto, el contratista no tiene el deber de soportarla⁵⁵⁹.

La regla general es la indemnización. Se trata de garantizar una reparación económica adecuada al contratista con origen en el principio del equivalente económico.

⁵⁵⁷ MARTIN OVIEDO, J.M, PRESEDOR REY, C.M., *Memento práctico de contratos públicos*, op. cit., pp. 612 – 620.

⁵⁵⁸ Dictámenes del Consejo de Estado 3344/2002, de 13 de marzo de 2003, 7/2003, de 13 de marzo de 2003, 443/2004, de 11 de marzo de 2004, 619/2004, de 25 de marzo de 2004, 620/2004, de 25 de marzo de 2004.

⁵⁵⁹ DE LAUBADÉRE, A., MODERNE, F. y DELVOLVÉ, P., *Traité des contrats administratifs, Tomo II*, op. cit., pp. 512 – 513.

Como señala HORGUE BAENA, el *ius variandi* se asienta en la relación entre los principios de contratista colaborador y mutabilidad del contrato; inmutabilidad del fin y equivalente económico o equilibrio financiero⁵⁶⁰.

GARCIA DE ENTERRIA – FERNANDEZ RODRIGUEZ afirman que “*si la Administración Pública modifica el objeto del contrato es de toda lógica que deba compensar al contratista todas las consecuencias de la modificación. La reparación pecuniaria al contratista se convierte así en contrapunto de la modificación del contrato*”⁵⁶¹.

La Sentencia del TS de 2 de julio de 1979 (RJ 2866/1979) pone de manifiesto que el *ius variandi* lleva como correlativo deber de la Administración Pública de compensación al contratista por los perjuicios que la modificación le cause, a fin de mantener el equilibrio económico, y la Sentencia del TS de 23 de junio de 1989 (RJ 1989\4431) señala que la consecuencia de modificar el contrato es “*resarcir los daños y perjuicios causados*”.

El Dictamen del Consejo de Estado de 1 de marzo de 2007 relativo a la modificación del contrato de gestión del servicio público de recogida de residuos urbanos, recogida selectiva, limpieza viaria y transporte a una planta de transferencia, puso de manifiesto que “*la corporación tiene la potestad de modificar el contrato, debiendo compensar a la concesionaria por razón de tales modificaciones para mantener el equilibrio financiero de la concesión*”.

Por su parte, el Informe de la JCCA de Galicia de 11 de junio de 2008, señala que la modificación del objeto por causas sobrevenidas, siempre que no sean imputables a las partes contratantes, puede implicar la necesidad de restablecer el equilibrio financiero del contrato.

La Sentencia del TS de 20 noviembre de 1985 (RJ 1985\5566) describía esta situación del siguiente modo:

“(…) *siendo cierto que todo contratista ha de asumir los riesgos derivados de su contrato, ello no puede entenderse con el rigor y carácter tan*

⁵⁶⁰ HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., p. 172.

⁵⁶¹ GARCIA DE ENTERRIA, E., FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 707.

absolutos como es entendido aquí por la parte, en la medida en que consiente un pacto expreso de revisión de precios tendentes a mantener durante la vigencia del contrato el equilibrio de las prestaciones económicas a que el concesionario tiene derecho conforme al condicionamiento económico de lo concertado, remedio este de revisión contractual que es independiente del que ha de buscarse y operar cuando acontezcan eventualidades o anomalías no previstas en el contrato, determinantes de un riesgo imprevisible derivadas de circunstancias sobrevenidas y erradicadas del convenio que, sin embargo, de algún modo inciden en la ejecución del mismo, lo que, por un elemental principio de equidad y de buena fe, ha de acarrear una novación de las condiciones económicas pactadas, como, por ejemplo, lo demuestran el número 2 del artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado y 221 de su Reglamento cuando, aun reconociendo la potestad administrativa para modificar las características del servicio contratado, cuida de advertir que, cuando tales modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que presidieron la perfección de aquél, y es así lo que va dicho porque, como recuerdan, entre otras sentencias de este Alto Tribunal, las de 18 de octubre de 1984 (RJ 1984\5000) y 9 de febrero de 1985 (RJ 1985\1012), han de existir técnicas tendentes a asegurar el equilibrio financiero, no sólo en el caso de que la Administración haga uso de su «ius variandi» sino en el del llamado «factum principis» o de medidas administrativas adoptadas al margen del contrato pero con repercusión en las obligaciones nacidas de él haciendo más oneroso su cumplimiento, porque la «ratio legis» en uno y otro caso es la misma de restablecer el equilibrio de la retribución económica del contratista”.

En definitiva, la primera garantía a asegurar es que tras una modificación del contrato el contratista no resulte perjudicado. Si la modificación implica un aumento de los costes en el contrato debe, existir una compensación adecuada⁵⁶². Además, se prohíbe el enriquecimiento injusto de la

⁵⁶² HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, op. cit., pp. 77 y 130.

Administración con motivo de una modificación contractual. De otro modo se generaría un supuesto de responsabilidad contractual del poder adjudicador⁵⁶³.

La teoría del equivalente económico fue formulada por primera vez en el Arret del Consejo de Estado Francés Cie General Francaise des Tramways, de 10 de enero de 1902 y desarrollado luego por la jurisprudencia de 21 de marzo de 1910, Compagnie générale française des tramways y de 30 de marzo de 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux⁵⁶⁴. Parte de la posibilidad de modificar el contrato – es decir, flexibilizarlo en su objeto y contenido – pero garantizando una igualdad de ventajas para las partes, con la “*equivalencia financiera y comercial*”. Una compensación que, según ARIÑO ORTIZ, debe ser integral y justa⁵⁶⁵.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, obligaba a las corporaciones a mantener el equilibrio financiero de la concesión por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementen los costos o disminuyeren la retribución (artículo 127.2).

El Dictamen del Consejo de Estado español, 50226 de 14 de mayo de 1987, ponía de manifiesto que no hay que confundir el riesgo y ventura con el fenómeno de nuevos elementos que alteran su curso normal, originando la

⁵⁶³ GARCÍA PÉREZ, M., *La utilización del dominio público marítimo terrestre: estudio especial de la concesión demanial*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 163. Ver SSTs de 24 de abril de 1985 (RJ 1985/2229), de 20 de diciembre de 1986 (RJ 1987/1175), de 17 de julio de 1991 (RJ 1991/6171) y de 14 de febrero de 1986 (RJ 1996/1582).

⁵⁶⁴ <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/10-janvier-1902-compagnie-nouvelle-du-gaz-de.html> Deville-les-Rouen había concedido en 1874 a la nueva Compañía de Gas Deville-les-Rouen el contrato, en exclusiva, de la iluminación por gas. Sin embargo, con el desarrollo de la iluminación eléctrica, la ciudad había tratado de persuadir al contratista para proporcionar la iluminación por electricidad. Cuando ella se negó el Consejo de Estado reconoció la posibilidad de que el municipio prestara el servicio de iluminación por electricidad en vez de por gas pero a cambio de una justa remuneración. Reconocía además la posibilidad de sustituir al contratista en caso de que, como ocurrió, el adjudicatario se negara a la ejecución de la modificación del contrato.

⁵⁶⁵ ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, op. cit., p. 249.

ruptura del equilibrio económico, establecido entre las prestaciones recíprocas.

El TRLCSP dispone la obligatoriedad de mantener el equilibrio económico tras un modificación de una concesión (artículo 282 TRLCSP). Afirma que cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. Al contrario, concluye que, en el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.

8.1.2.- Modificaciones susceptibles de compensación.

No toda modificación contractual comporta la indemnización al contratista por parte del poder adjudicador. Así lo determina la sentencia del TS de 24 de mayo de 2004 (RJ 2004/3670):

“la modificación de un contrato no implica en sí mismo incumplimiento ni de ella deriva necesariamente la obligación de indemnizar. Aquella circunstancia solo se produce cuando las variaciones introducidas por la Administración originen perjuicios al contratista que éste no deba soportar”.

De consistir la modificación en una reducción o supresión de obra, no tendrá el contratista derecho alguno a indemnización, se entiende que entra dentro del concepto de riesgo y ventura. De suponer la modificación un aumento de obra, el contratista tendrá derecho al mayor precio resultante.

Debe valorarse, no obstante, si los trabajos pueden ser reutilizables por el contratista como señala el Dictamen del Consejo de Estado 375/1993, de 20 de mayo de 1993.

No habrá que indemnizar las modificaciones contractuales decididas por el propio contratista – trabajos sin autorización – sin autorización, consentimiento u orden de la Administración o sus agentes (Dirección de obra). Tampoco serán indemnizables las actuaciones que deban realizarse por

culpabilidad o error del contratista (por ejemplo en el caso de que el contratista sea el ejecutor de una obra cuyo proyecto ha redactado él mismo)⁵⁶⁶.

Lo que no son indemnizables son los perjuicios imprevisibles, como destacan las Sentencias del TS de 21 de octubre de 1980 (RJ 4.005/1980), y de 14 de marzo de 1985 (RJ 1985\1246). Esta última recalca que la revisión debe orientarse hacia el mantenimiento del servicio mediante la distribución proporcional y razonable de las pérdidas entre ambos contratantes de modo que la cuantía de la compensación no sea tan escasa que no impida la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo normal de la empresa a la Administración, imponiendo un auténtico seguro de beneficios mínimos en favor del concesionario o un resarcimiento de todos los perjuicios sufridos.

Una excepción al principio de compensación integral por modificaciones contractuales es el de los contratos "llave en mano" donde los precios se fijan a tanto alzado por precio cerrado. Esta modalidad, muy empleada en el ámbito privado para garantizar la responsabilidad del adjudicatario en la ejecución del contrato, se caracteriza porque el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable con independencia de que el proyecto de obras presente errores. En este sentido, el artículo 233.2 TRLCSP, señala que no serán abonables las modificaciones para corregir estos errores u omisiones conforme a lo establecido en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 107 del TRLCSP.

Esta transferencia del riesgo al contratista tiene su justificación en el hecho de que en las obras a tanto alzado y precio cerrado, el licitador tiene la posibilidad, de forma previa a la presentación de su oferta, de comprobar la adecuación del proyecto a la realidad de la obra. Para ello el órgano de contratación viene obligado a garantizar a los interesados el acceso al terreno donde se ubicarán las obras, a fin de que puedan realizar sobre el mismo las comprobaciones que consideren oportunas con suficiente antelación a la fecha

⁵⁶⁶ Véase al respecto la STS de 10 de julio de 2002 (RJ 2002\7081). No ocurre lo mismo, cuando el error del proyecto lo causa la propia Administración, como expresa la STS de 16 de febrero de 2006 (RJ 1997/8017).

límite de presentación de ofertas y los licitadores están obligados a presentar un proyecto básico⁵⁶⁷.

8.2.- DETERMINACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES POR MODIFICACIONES CONTRACTUALES.

El problema comienza cuando se analiza cuál debe ser el alcance de esta reparación. Debe atenderse al principio de compensación integral. Ello determina que debe indemnizarse tanto el daño emergente como el lucro cesante producido por causa del modificado.

Para ello, en primer lugar, el contratista debe acreditar la relación de causalidad entre los daños y la modificación. Sólo son válidas las modificaciones donde la Administración en un primer momento⁵⁶⁸ determina el impacto de la modificación sobre el precio o en que el contratista motivada y fundadamente presenta propuesta describiendo estos efectos.

En caso de conflicto, éste terminará habitualmente con una reclamación judicial. En ella el demandante pedirá más importe por la ejecución acompañando informe pericial. Seguidamente se efectuará, normalmente, una posterior peritación judicial en fase probatoria, que aunque no goce de la adecuada consistencia, determinará el precio de las modificaciones contractuales ya ejecutadas para ese momento.

Lo frecuente es que ante las primeras negociaciones de las modificaciones surjan numerosos nuevos conceptos que apuntan a un mayor coste del contrato.

Lo esencial será restringir al grado mínimo la modificación contractual y emplear para el cálculo de los costes del modificado todos los elementos que ya estén fijados en la licitación inicial (a menudo un precio nuevo se compone

⁵⁶⁷ En este sentido se pronuncia igualmente el Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo de 2006.

⁵⁶⁸ Primer momento teórico o legal, pues con frecuencia, es el contratista quien suele hacer la propuesta de lo que la modificación le supone; ello si no se da el caso de que incluso el contratista sea quien proponga la modificación contractual y su precio nada infrecuente.

de varios precios que ya figuraba en el contrato). Ello evitará conflictos y acercará posiciones.

Serán fundamentales albaranes o comunicaciones –también correos electrónicos– o actas de obra que arrojen luz de lo ocurrido, lo ejecutado y su valor. Y es que a menudo no se recogen las conversaciones y mediciones en fase de obra y se llega sin documentos probatorios bastantes. Una buena prueba es la base de todo acuerdo o sentencia favorable a los intereses que representemos.

A menudo, la Administración, pone poco énfasis en esta cuestión, al igual que hace en la redacción del proyecto. La clave sería la mejora de los procesos de seguimiento y control de la ejecución por parte de la Administración.

a) *¿Daño emergente y lucro cesante?*

La indemnización del daño emergente nunca ha sido puesta en duda por la jurisprudencia, pero en cambio sí lo fue la percepción del lucro cesante por el contratista.

Dentro del concepto de *damnum emergens* se incluyen todos los daños irrogados al contratista y producidos por la modificación contractual. Se encuadran el coste de la ejecución de los nuevos trabajos, y otras cuestiones complementarias (por ejemplo, sobrecostes por cambios de emplazamiento de las obras)⁵⁶⁹.

El Dictamen del Consejo de Estado 378/1993, de 20 de mayo de 1993, pone de manifiesto que *“no puede incluirse la percepción de beneficios que de no haberse introducido la modificación hubiera obtenido”*.

Respecto de la indemnización del lucro cesante, la Sentencia del TS de 6 de marzo de 2013 (RJ 2013\4003) consiente el abono del lucro cesante. Igual hace el Dictamen 156/2013, de 7 de mayo, del Consejo Consultivo de Castilla - La Mancha, afirma lo siguiente:

⁵⁶⁹ La STS de 31 de diciembre de 1985 (RJ 1986\1544) pone de manifiesto que los mayores gastos por emplazamiento de la obra deben ser abonados.

“Aunque han existido pronunciamientos a favor de que en caso de resolución por suspensión de las obras durante más de ochos meses acordada por la Administración, la indemnización se limitaba al 6 por 100 al que literalmente se refiere el artículo 222.c), [Artículo 237.c TRLCSP] ya el TS en su Sentencia de 30 de diciembre de 1983 (Arz. RJ 1983,6843), dijo que “lo correcto es que se aplique el principio carismático del equilibrio, por ello, en el caso que nos ocupa hay que partir de la compatibilización del lucro cesante y el daño emergente, pues, en los casos de resolución, la parte a la que es imputable debe indemnizar, sin lugar a dudas, el daño emergente, siquiera el legislador se refiriera, al lucro cesante, exclusivamente, por la dificultad de probar su alcance, cifrándolo en el beneficio industrial, pero sin excluir, obviamente, el daño emergente, sin olvidar que esta matización del lucro cesante también puede obedecer a dejar incólume, desde una perspectiva económica, al contratista, de las consecuencias de un actuar de la Administración, por cuanto, si se suspenden obras, el contratista sufre, cuando menos, el perjuicio derivado del beneficio industrial dejado de percibir, refiriéndose a él el legislador, pero sin excluir el daño emergente”. (...) La anterior doctrina ya hizo que el Consejo de Estado, en su Dictamen 49922, de 18 de marzo de 1987, considera compatibles ambas indemnizaciones (...)

Aunque la doctrina expuesta lo fue con referencia a una legislación que ya ha sido derogada y sustituida por otra, la aplicación de la misma resulta obvia a la luz del contenido de los artículos 203.1 de la LCSP [Artículo 220.2 TRLCSP]“Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste”, pues si bien este precepto se refiere a la suspensión temporal de los contratos, no ha de olvidarse que en el presente caso, antes de la resolución existió una declaración administrativa de suspensión temporal y total de las obras decretada por la Administración. Es cierto que producida la suspensión temporal el contratista ya pudo instar la indemnización por los daños y perjuicios que ello le suponía, pero el no haberlo hecho antes, no supone que no lo pueda efectuar en el momento de resolución, que es cuando se ha concretado el plazo total de suspensión, pues como ha dicho el Consejo de Estado en números dictámenes, entre los que cabe citar el 918/2012, de 25 de octubre, “los efectos onerosos de la situación -suspensión

de las obras- no pueden recaer sobre el contratista si no es imputable a él la causa directa o indirecta de la suspensión”.

También se pronuncia en sentido de la compatibilidad entre el lucro cesante y el daño emergente el artículo 208.2, según el cual “el incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista”.

En definitiva, debe admitirse la compatibilidad entre el lucro cesante, que se determina legalmente en el 6 por 100 de las obras dejadas de realizar, y el daño emergente, que viene constituido por los daños y perjuicios que se acrediten en el expediente de resolución, (...).”.

Ello supone que también se acepta la indemnización por lucro cesante.

b) Costes directos e indirectos.

Los costes a incluir son tanto los costes directos de ejecución de las prestaciones, como los costes indirectos.

Los costes directos son aquellos que se imputan directamente a la realización del trabajo contratado (en una obra sería las partidas de que se compone el proyecto de obra). Se consideran costes indirectos de ejecución todos aquellos gastos de ejecución que no sean directamente imputables a unidades concretas sino al conjunto o parte de la obra, y que resultan de difícil asignación a determinadas unidades de obras de forma directa. Los gastos originados por los conceptos integrantes de los costes indirectos se cifran en un porcentaje de los costes directos igual para todas las unidades, tanto de obra como de seguridad y salud, cuando ésta sea objeto de presupuesto independiente.

Ejemplo de ello es la mano de obra indirecta que podríamos definir como el personal que sólo interviene, de forma indirecta, en la ejecución de las unidades de obra realizando funciones de control, organización, distribución de tareas, vigilancia, etc.; los medios auxiliares, que son el conjunto de medios humanos, materiales maquinaria e instalaciones de utilización múltiple que no intervienen directamente en la ejecución de unidades concretas ni forman parte

de la unidad de obra, pero son necesarios para su realización, están formados por: mano de obra auxiliar, materiales y auxiliares, maquinaria, útiles y herramientas; personal técnico y administrativo, instalaciones y construcciones provisionales, o los fungibles que definiríamos como los consumos de maquinaria, talleres, oficinas de obra, etc.⁵⁷⁰.

Para la indemnización de los costes indirectos debe atenderse a la oferta del contratista. Ello porque con frecuencia, para justificar la rebaja excesiva en las obras se emplea como mecanismo la reducción de costes indirectos, alegando que por determinadas circunstancias éstos son inferiores a los previstos en el proyecto de obras. Si se renunció total o parcialmente a los beneficios también ello deberá ser tenido en cuenta ahora al calcular el valor del modificado.

8.3.- CÓMO DEBE RESTABLECERSE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO ANTE UN MODIFICADO.

8.3.1.- Pago en metálico.

Aunque existen diversos medios para restablecer el equilibrio económico, el más apropiado consiste en el abono en metálico al contratista del mayor gasto ocasionado por el modificado. No sólo es el medio más justo sino también el que genera menos conflictos.

Para algunos autores esta es la única forma de compensación al contratista por la ejecución de modificados. A este respecto, LLAVADOR CISTERNES afirma, con base en la sentencia del TS de 25 de mayo de 2006 (RJ 2006/3234), que *“la modificación del contrato sólo puede ser compensada mediante resarcimiento económico y no por prórroga de la duración del contrato”*⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ Una buena exposición sobre la forma de determinación de costes directos e indirectos en las obras la encontramos en la “Base de Costes de la Construcción de Andalucía (BCCA)” (2013). <http://www.juntadeandalucia.es/fomentoyvivienda/portal-web/web/areas/vivienda/texto/706e4686-1fbd-11e0-89b8-998a90d310ed>

⁵⁷¹ LLAVADOR CISTERNES (Coord.), *Contratación administrativa*, op. cit., p. 280.

8.3.2.- La ampliación de la duración del contrato y otros medios de compensación.

La compensación dineraria no es el único medio empleado para compensar al contratista por la modificación del contrato. Alternativamente, la otra vía más utilizada es la ampliación del contrato, configurando *ex novo* prórrogas del contrato no establecidas inicialmente. Se suele emplear en contratos de servicios o concesiones y en éstos el plazo es un elemento importante, en particular, ante la expectativa de lograr mayores beneficios en los contratos donde existe explotación, o de asegurarse la permanencia durante más tiempo en contratos de servicios. Sin embargo, considero que este medio no es lícito. Con él se modifica una condición sustancial del contrato: el plazo de duración del contrato. Además de desnaturalizar la licitación, conlleva el riesgo de cálculo de la reversión del valor de las modificaciones. Si se calcula el plazo por el que se amplía el contrato en función de los beneficios esperados, es potencialmente viable una reclamación del contratista solicitando el reequilibrio económico del contrato.

El informe de la JCCA 5/2011, de 28 de octubre de 2011, dictamina negativamente sobre la posibilidad de ampliar una concesión de 8 a 30 años como medida de restablecimiento del equilibrio destacando que *"siendo el contrato el resultado de un procedimiento de adjudicación en el que han concurrido distintos licitadores, en atención a los principios de igualdad y concurrencia, las condiciones del mismo no pueden resultar alteradas sustancialmente por vía de la modificación del mismo"*⁵⁷².

Sin embargo, el propio TRLCSP permite expresamente que el restablecimiento del equilibrio económico se realice de otros modos para los

⁵⁷² Es destacable la siguiente afirmación realizada por el informe: *"dicho de otra forma el contratista sin mediar la obligatoria licitación, obtiene un nuevo contrato del mismo objeto con una duración de 22 años, así como obtiene también de la misma forma una retribución económica por un aludido desequilibrio patrimonial que en realidad es resultado de la oferta presentada sin ponderar las acciones a realizar previstas en el pliego y ligadas al principio de riesgo y ventura"*. Véase igualmente el Informe de la JCCA 23/2011, de 28 de octubre de 2011.

contratos de concesión de obras públicas, como la modificación de tarifas, reducción del plazo concesional, etc.. En particular, el artículo 258 en su apartado 3 señala:

“En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación”.

El mismo párrafo se repite para los contratos de gestión de servicios públicos, esta vez en el artículo 283.5 del TRCLSP.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 prevé en su artículo 127.2.2 el deber de la Corporación de mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual compensará económicamente al concesionario por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio y que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución, o revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

8.3.3.- La realidad de las compensaciones de modificados ante la crisis económica.

Cuando la situación económica no era fuente de constante preocupación y los presupuestos de inversión de las distintas administraciones no estaban impregnados por la austeridad imperante en los últimos tiempos, la regla

general era el abono en metálico al contratista de los incrementos que conllevaban las modificaciones. Lo relevante era que se realizaba tanto lo que estaba proyectado como las modificaciones.

La situación ha variado radicalmente. Ahora el presupuesto con que cuentan las entidades es tan limitado, que justamente suele alcanzar para abonar el coste inicial de adjudicación – sin tener en cuenta la existencia de reiterados planes de pago a proveedores, quitas, etc.–, y una modificación al alza suele llevar aparejada no el inmediato aumento del precio contratado, sino la compensación al contratista. Se “invita” al contratista bien a que deje de ejecutar otras cuestiones proyectadas o programadas (supresión de unidades de obras o reducción de servicios y suministros), o bien a reducir las calidades inicialmente proyectadas. Ya no resulta incluso extraño ver cómo una obra, aun con modificaciones al alza, acaba liquidándose por un importe similar o incluso inferior al de adjudicación (lo que en el argot de las obras viene denominándose “modificados a coste cero”).

No obstante, todo ello no debe verse como un éxito, ni un paradigma de buena gestión eficiente ni de ahorro. El contratista no está ejecutando aquello por lo que licitó y en función de lo que hizo su oferta. Bien pudiera ser que los precios donde se reduce el contrato interesaran por su beneficio estimado al contratista o bien que la reducción sea ficticia y en el contrato se hayan incluido prestaciones o unidades de obra a sabiendas de que no van a ser ejecutadas (es lo que se conoce en el argot de las obras como “colchones”: partidas alzadas que se desconoce si van a ser ejecutadas o mayores mediciones a sabiendas de que nunca se ejecutarán – lo que además bien puede considerarse como una corruptela susceptible de delito y responsabilidad del personal que llevara a cabo estas actuaciones o las consistiere –).

Además de ello, se genera la duda de cómo se debe computar el porcentaje al alza y a la baja a efectos de considerar sustancial el modificado lo que se analizó al tratar el concepto de alteración sustancial⁵⁷³, donde concluí

⁵⁷³ Ejemplo: si se pretende modificar al alza un + 10% y para compensarlo se reduce otro - 10%, ¿cuál es el porcentaje de modificación? ¿existe alteración sustancial cuantitativa?

que la viabilidad jurídica de estas compensaciones debe interpretarse de forma muy restrictiva.

El Informe de la JCCA 16/06, de 30 de octubre de 2006, consideraba que *“no existe ningún impedimento para ello, puesto que el artículo 160 del RGLCAP se refiere a “variaciones” y no a aumentos o reducciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas de forma aislada. Por tanto, el límite del 10 por 100 ha de aplicarse sobre el saldo de dichos aumentos o reducciones, es decir teniendo en cuenta la variación total que se produce en el número de unidades ejecutadas”*.

Sin embargo, el informe de la JCCA de Illes Balears 10/03, de 27 de noviembre de 2003, se posiciona en sentido contrario:

“...podría afirmarse la posibilidad de proceder a compensaciones entres unidades de obra positivas y negativas siempre que ello no supusiese incremento alguno del presupuesto primitivo del proyecto o que, suponiéndolo, no representase más del 10 por 100 de éste.

Ahora bien, si lo anterior es cierto, no menos lo es, el que por vía de la compensación de unidades de obra positivas y negativas estemos desvirtuando el proyecto de obra modificándolo sustancialmente, en definitiva por la vía de la compensación se procedería a la modificación del objeto del contrato, en este caso de un proyecto de obra.

En todas estas actuaciones del “ius variandi” la solución, en cuanto afecte a la contratación pública, como ya se ha dicho, tiene que examinarse desde un punto de vista restrictivo, por lo que la compensación de unidades de obra, siendo una modificación contractual, tiene que interpretarse restrictivamente y con ello afirmar que la compensación no podrá suponer en ningún caso, una substancial variación del proyecto primitivo, ni en las calidades ni en las cantidades de las unidades de obra proyectadas y aunque con ello no se sobrepase el presupuesto primitivo del proyecto. Caso contrario

¿El porcentaje final debe tomarse independientemente o podríamos afirmar que el % de modificación ha sido 0%? La posición que defiende es restrictiva de esta práctica con excepciones.

tendrá que procederse a la apertura del procedimiento de modificación de los contratos”.

La STSJ de Castilla y León de Valladolid de 15 de noviembre de 2012 (rec. 2340/2002) es ejemplo de un modificado en que el contratista reclamaba más de 400.000 euros y sin embargo la Sala entendió que la reducción de unidades de obra que el contratista no ejecutó es suficiente compensación⁵⁷⁴.

En este sentido, la sentencia del TS de 25 de mayo de 2006 (RJ 2006/3234) pone de manifiesto que la modificación debe ser compensada mediante resarcimiento económico. Debe decirse, no obstante, que en el supuesto planteado se pretendía verificar el restablecimiento económico mediante la ampliación de la duración del contrato – se trataba de un contrato de servicios de recogida de basuras, limpieza viaria y explotación de vertedero municipal –. El Tribunal consideraba que la concesión de una prórroga constituía una vulneración del principio de libre concurrencia al impedir licitar a los posibles aspirantes adjudicatarios del contrato a la conclusión del mismo⁵⁷⁵.

En una línea similar el Informe de la JCCA de 30 de junio de 1999 expresa que la pretensión de modificar el contrato de gestión del servicio domiciliario de agua potable del Valle de Camargo, mediante la realización de obras por la empresa adjudicataria y la prórroga del plazo de la concesión debe ser descartada. Se apoyaba en que la duración de la prórroga no se ajustan a lo previsto en el pliego y que tal modificación alteraba sustancialmente las bases y criterios de la adjudicación del contrato⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ El Ayuntamiento de Benavente ponía de manifiesto que se suprimen unidades nuevas de obra como compensación de los gastos ocasionados por la excavación arqueológica – modificación del contrato - , *“habiendo sido aceptado por la contrata dicho modificado en todos sus términos, entendemos que dicha aceptación supone compensación de los gastos extraordinarios ocasionados a la empresa hasta esa fecha”*. La discusión no era tanto la forma de compensación sino, como suele ser frecuente, la valoración cuantitativa de las obras realmente ejecutadas, que el Ayuntamiento, cifró sin dar la oportuna audiencia.

⁵⁷⁵ LLAVADOR CISTERNES, H., (Coord.), *Contratación administrativa*, op. cit., p. 280. Ver en el mismo sentido STS de 28 de julio de 1987 (RJ 7689/(1987)).

⁵⁷⁶ Véase también el informe de la JCCA 47/1998, de 17 de marzo de 1998.

8.3.4.- Procedimiento de compensación por modificaciones.

Respecto del tiempo o el momento en que se debe restablecer el equilibrio por modificaciones contractuales, cabe señalar que, con carácter general, el acuerdo de modificación del contrato concreta cuál es el importe o modo de reequilibrar el contrato.

Puede ocurrir, sin embargo, como es frecuente, que la solicitud de abono de mayores mediciones o la alegación de que hay trabajos o obras distintas a las abonadas venga incluso después de ejecutado el contrato. En tal caso habrá que estar al acuerdo de liquidación del contrato. Este acuerdo puede ser impugnado, como acto administrativo definitivo, mediante el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional.

Transcurrido el plazo para recurrir la liquidación, habiendo adquirido el acuerdo firmeza, no cabrá discutir el mayor coste del contrato por parte del contratista, por más que la realidad de lo ejecutado no coincida con lo abonado⁵⁷⁷.

8.4.- CÓMO SE DETERMINA EL VALOR ECONÓMICO DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.

No toda modificación tiene impacto sobre el precio del contrato. Sin embargo, es más que frecuente que el cambio del contenido obligacional conlleve una modificación no sólo del objeto sino del precio del contrato. Incluso en la práctica se da más importancia al efecto económico en sí mismo que al cambio del contenido del contrato.

Las complicaciones a menudo proceden no tanto de la necesidad o no de modificar un contrato – siempre que no sean modificados a la baja – sino de determinar cuál es su precio.

Para formar un precio nuevo deben utilizarse precios (normalmente precios descompuestos que componían una partida) que ya formaban parte del contrato, para no desvirtuar la licitación llevada a cabo y para que la

⁵⁷⁷ En estos casos, cobran fuerza las notificaciones que se efectúan conforme la LRJPAC.

modificación del contrato sea la más justa posible⁵⁷⁸. Puede ocurrir que al realizar la operación de construir un nuevo precio con los precios con que ya se contaba se concluya que no estamos ante un modificado⁵⁷⁹.

Respecto de las unidades no previstas en el contrato inicial la forma de determinación será contradictoria. Así el artículo 234 del TRLCSP establece, en sede de contratos de obras, que cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente.

Para el cálculo de los nuevos precios – de forma contradictoria – el procedimiento legalmente previsto es que la Administración ofrezca audiencia de la propuesta de modificación, o en el caso de los contratos de obras de la propuesta de la Dirección de obra. Sin embargo, la realidad es algo distinta, pues con carácter general es el contratista quien efectúa una propuesta de nuevos precios que somete a consideración de la Administración o la Dirección de obra.

El coste de los nuevos precios debe ser el de mercado y, después de determinado éste, debe aplicarse la baja que el contratista realizó en fase de licitación. Ello posee lógica pues no se está ante una renegociación de los precios, sino ante un contrato que es continuidad del anterior.

En este sentido, el informe de la JCCA de las Illes Balears 5/01, de 29 de marzo de 2001, concluye que en las modificaciones de los contratos administrativos que introduzcan nuevas unidades de obra, de bienes o de servicios, no comprendidas en el contrato o cuyas características difieren

⁵⁷⁸ En este sentido se pronuncia la Sentencia del TS de 24 de abril de 1985 (RJ 1985/2875).

⁵⁷⁹ A menudo el contratista promueve cambios por considerar que los trabajos no vienen determinados en el contrato o en el proyecto de obras sin ser cierto. Ello porque existen partidas con amplitud o con vocación de determinación durante la obra.

sustancialmente de ellas, se deberá aplicar al precio de las nuevas unidades el mismo porcentaje de la baja de adjudicación, cuando dichas unidades sean ejecutadas por el mismo contratista:

“No se indica en este precepto ningún criterio o regla para la fijación del precio de las nuevas unidades, estableciéndose sólo el procedimiento a seguir: 1) Propuesta del director facultativo 2) Audiencia del contratista, y 3) Fijación del precio por la Administración. (...) Sin embargo, el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de Diciembre (vigente en cuanto no se oponga a la LCAP – Vid. Informe 7/00 de esta Junta), cuando trata de la “Modificación del contrato” en el capítulo IV, en la cláusula 60, sí que establece unos criterios para la fijación de los nuevos precios, en los que se ha de basar la propuesta del Director de las obras, cuando dice:

“Precios de las unidades de obra no previstas en el contrato. Cuando se juzgue necesario emplear materiales o ejecutar unidades de obra que no figuren en el presupuesto del proyecto base del contrato, la propuesta del Director sobre los nuevos precios a fijar se basará, en cuanto resulte de aplicación, en los costes elementales fijados en la descomposición de los precios unitarios integrados en el contrato y, en cualquier caso, en los costes que correspondiesen a la fecha en que tuvo lugar la licitación del mismo”.

Téngase en cuenta que a efectos de valorar el porcentaje de modificación, cuando hayan existido diversos tipos impositivos (ejemplo la situación actual con contratos con diversos tipos de IVA) habrá de excluirse el IVA para dicho cómputo. En este sentido se pronuncia el Informe de la JCCA 32/1995, de 24 de octubre de 1995:

“la determinación del importe de una modificación contractual y del porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato no puede realizarse tomando en consideración tipos impositivos distintos del IVA, pues la diferencia de tipo impositivo, por ser extremo distinto e independiente y, en cierto modo, accidental al contrato, no puede servir para cuantificar una modificación contractual ni el porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato”.

La perversión que a menudo tiene lugar es la aplicación de la vulgarmente conocida como “contra-baja”. Desconocida para el personal de la Administración sin perfil técnico, es necesario difundir que no es posible emplearla. Se trata de que una vez que se tiene determinado el precio de mercado se aplica la baja y tras ello se vuelve a multiplicar el resultado obtenido por la baja. En definitiva, se trata de anular la aplicación de la baja al precio nuevo que de por sí ya suele ser muy poco competitivo para la Administración.

El Libro verde para la modernización de la contratación pública del año 2012 planteaba si era necesario un procedimiento más flexible para la aprobación de nuevos precios. La mayoría de intervinientes en este proceso de consulta pública se manifestaba en contra de ello. Pero quizás este planteamiento sea erróneo.

La Administración ante el miedo a una resolución contractual por la no aceptación del modificado por el contratista (y los consecuentes nuevos y largos plazos de licitación y el exceso de burocracia) cede, a menudo, a las pretensiones del contratista.

El contratista a través de este mecanismo obtiene la satisfacción a su necesidad de recuperar la baja económica realizada inicialmente. En definitiva, habrá de plantear con carácter general como mecanismo de negociación que el hecho de que él desarrolle el modificado es una oportunidad de continuidad en el contrato que si no se adjudicará a su precio de mercado.

9.- LA FORMALIZACIÓN DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.

La modificación aprobada debe formalizarse en el modo previsto en el artículo 156 TRLCSP para la formalización de los contratos.

La modificación del contrato ha de ser comunicada, en el plazo de tres meses desde su formalización, por el órgano de contratación al Tribunal de cuentas o, en su caso, al órgano de control externo de la Comunidad Autónoma, cuando el precio del contrato de obra, concesiones de obras públicas, gestión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado exceda los 600.000 euros y 450.000 euros,

tratándose de suministros, y de 150.000 euros, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales (artículo 29 TRLCSP).

Deberá, igualmente, procederse al reajuste de la financiación del contrato y su fiscalización por la intervención (artículo 109.3 TRLCSP).

No es necesario plazo de espera para formalizar el contrato. Las modificaciones contractuales pueden ejecutarse inmediatamente a la aprobación del expediente de modificación del contrato por la Administración. En el caso de que el modificado fuera impugnado la tutela no sería una tutela restitutoria – pues puede que para cuando se resuelva el recurso ya esté plenamente ejecutada – y muy probablemente tampoco resarcitoria – porque el recurrente deberá acreditar que ha sufrido un daño como consecuencia de la modificación contractual –⁵⁸⁰.

10.- LA PUBLICIDAD DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES.

El Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública elaborado en 2004 consideraba oportuno publicitar las modificaciones contractuales⁵⁸¹.

Galicia fue la primera en dar el paso hacia la transparencia de las modificaciones contractuales. El artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, exigió que cada órgano de contratación publicara en su página web, una vez adjudicado el contrato público, información sobre: “g) *En su caso, las modificaciones del contrato adjudicado que supongan un incremento igual o superior al 20 % del precio inicial del contrato, y este sea superior a 1.000.000 €*”.

El artículo 19.2 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena

⁵⁸⁰ DIEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 71 –79.

⁵⁸¹ GIMENO FELIU, J.M., apoya la necesidad de publicitar las modificaciones en el Perfil del contratante y considera la publicidad de los modificados en el Boletín Oficial del Estado es excesiva («El régimen de modificación de los contratos: regulación actual y perspectiva de cambio», op. cit., p. 30).

administración y del buen gobierno de las Illes Balears, exigía que cada órgano de contratación, una vez adjudicado el contrato, publicara, en el espacio web destinado al efecto, es decir, en el ‘Perfil del contratante’, en formato reutilizable, los aspectos siguientes, siempre que, de acuerdo con la normativa aplicable en cada tipo de procedimiento, consten, entre otros aspectos, “f) *Las modificaciones del contrato adjudicado que representen un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, si procede*” o “g) *La cesión de contrato, si procede*”.

La Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012, obligaba en su artículo 40 a publicitar las modificaciones contractuales que deberán ser inscritas en el Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma, con indicación además en este caso de los datos del contrato primitivo.

La Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, ha adicionado un nuevo artículo 12 bis a la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón que exige que los modificados se publiquen y se notifiquen a los licitadores que fueron admitidos a la licitación:

“1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en todo caso, en el Boletín Oficial y perfil en que se publicó la adjudicación, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.

2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales”⁵⁸².

A la norma aragonesa siguió la de Navarra, que aprovechando la reforma por la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley

⁵⁸² El Informe de la JCCA de Aragón 12/2012, de 23 de mayo, explica el alcance del precepto.

Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, introdujo una modificación sobre el artículo 97 que rezaba así:

“5. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato o adjudicar contratos accesorios o complementarios se publicará, en todo caso en el Portal de Contratación de Navarra, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación, de no ajustarse a los requerimientos legales.

6. Asimismo, extinguidos los contratos principal y complementarios, se publicarán en Internet, preferentemente en la Web de la entidad contratante, los siguientes datos: precio de licitación, plazo de ejecución contractual, número y nombre de los licitadores, nombre del adjudicatario, precio de adjudicación, porcentaje de baja respecto del precio de licitación, número de modificaciones del contrato y su importe, precio de liquidación final y porcentaje de desvío del precio de liquidación respecto del precio de licitación. Seguidamente se incorporarán los mismos datos respecto de los contratos complementarios”.

Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014 obligan ahora a esta publicidad. Así el artículo 72.1 de la Directiva 2014/24 exige que cuando se haya modificado un contrato por circunstancias imprevisibles o se hayan adjudicado contratos complementarios se publicará un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. Como se observa se excluye de publicación a las modificaciones previstas en el condicionado.

Estas normas citadas – especialmente las ya vigentes en España – debieran generalizar sin demora la exigencia de notificación a los licitadores admitidos a la licitación y la publicación de los modificados de contratos con independencia de su cuantía. Es evidente que se trata de prestaciones nuevas y por ello de nuevas contrataciones que requieren de la misma publicidad que se dio del contrato principal. Además, la STJUE de 8 de mayo de 2014 pone de manifiesto que el plazo para interponer recurso frente a las modificaciones comienza desde que se notifica dicho acto a los interesados, de lo contrario,

permanecerá abierto el plazo de recurso, con los efectos que ello conlleva.

11.- LA REVISIÓN DE PRECIOS EN CASO DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.

Si se analiza la evolución legislativa sobre revisión de precios se observa que el Decreto - Ley 2/1964, de 4 de febrero no establecía nada sobre la revisión de precios en caso de modificaciones contractuales. Por su parte, el Real Decreto 461/1971, de 11 de marzo, por el que se desarrolla el anterior dedicaba un precepto, expresamente a esta cuestión: *“en los contratos de obras que incluyan cláusula de revisión y que resulten modificados por la aprobación de presupuestos adicionales, el contratista no tendrá derecho a aquélla hasta que se haya certificado, al menos, un 20 por 100 del nuevo presupuesto. Si al aprobarse el presupuesto adicional se estuviera aplicando la cláusula de revisión, ésta quedará en suspenso hasta que la obra certificada vuelva a alcanzar un importe, a los precios primitivos del 20 por 100 del nuevo presupuesto total”* (artículo 7).

Según JURISTO SANCHEZ, esta norma resultaba incompleta, porque solo contempla la modificación del presupuesto en más pero no en menos, supuesto éste en que el 20% exento de revisión debe aplicarse al presupuesto una vez reducido, *“pues no se entiende que la proporcionalidad actúe solo en una dirección, es decir, solamente en los aumentos y no en las disminuciones del precio”*⁵⁸³. Esta laguna se colma con la Orden Ministerial del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 10 de agosto de 1971.

Dicha Orden Ministerial regula en detalle la forma de proceder en supuestos de modificación del contrato. En particular, dispone que en los contratos de obras que incluyan cláusulas de revisión que resulten modificados y que den lugar a aumento del presupuesto, la revisión se aplicará, en cada caso; será la cantidad certificada hasta el momento de aplicarse el presupuesto adicional, distinguiendo si se ha alcanzado el 20% del presupuesto de adjudicación o no. Si no se ha alcanzado el 20 % del presupuesto de

⁵⁸³ JURISTO SÁNCHEZ, R., *La ejecución del contrato de obra pública*, op. cit., p. 397.

adjudicación, la revisión no tendrá efecto hasta haber certificado el 20 % del presupuesto vigente⁵⁸⁴. Si se ha alcanzado el 20% del presupuesto de adjudicación, pero no el 20% del presupuesto vigente, se suspenderá la revisión hasta alcanzarlo y, en la primera certificación que se expida, se deducirán las cantidades acreditadas por revisión en certificaciones anteriores. Por otra parte, si se ha alcanzado un importe superior al 20 % del presupuesto vigente, no se suspenderá la revisión, y en la primera certificación que se expida se deducirán las cantidades acreditadas por revisión, correspondientes al periodo en que se ejecutó la fracción del presupuesto comprendida entre el 20 % del de adjudicación y el 20 % del vigente⁵⁸⁵.

Para los supuestos de reducción del presupuesto se dispone en su apartado 4 que la revisión se aplicará a partir del 20 % del presupuesto vigente.

También es indemnizable el tiempo en que el contrato estuvo en suspenso mientras se preparaba la modificación contractual. Para que este derecho a la indemnización nazca, será necesario que el contratista acredite el daño emergente, procedente, por ejemplo de la maquinaria sin uso por la que tenga que soportar costes, personal contratado pero desocupado. Por su parte si la Administración quisiera evitar el pago, lo relevante será acreditar que el contrato continuó en trabajos distintos al modificado o que el personal de la empresa prestó servicios fuera de este contrato durante ese tiempo, o que la maquinaria era propiedad de la empresa, o que la empresa pudo suspender el contrato de maquinaria para ese tiempo y por ello no se generaba costes de paralización.

⁵⁸⁴ Por presupuesto vigente debe entenderse el presupuesto de adjudicación originario más el de los modificados que se hayan sucedido.

⁵⁸⁵ MORENO GIL, O., *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1980, pp. 237 – 249.

12.- LOS MEDIOS JURÍDICOS DE COMBATIR LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES.

12.1.- INTRODUCCIÓN.

La modificación del contrato es un acto administrativo que se dicta en el marco de la ejecución del contrato y que como tal puede ser combatido por los interesados.

Todo pasa por comprender que la modificación de un contrato no es ni más ni menos que una nueva adjudicación, o que, en todo caso, influye en el contenido de la decisión de adjudicación. Se tratará de una modificación del acto de adjudicación que podrá ser lícita o no, en función de si cumple los presupuestos que se exigen para modificar un contrato establecidos por el TRLCSP, e interpretados de conformidad con la doctrina europea.

Es un acto con sustantividad propia y sobre el que también se controla el despliegue y aplicación de los principios rectores de la contratación pública, especialmente los principios de igualdad de trato y transparencia.

Frente a las modificaciones contractuales acordadas por la Administración Pública cabrán los recursos administrativos ordinarios. A mi juicio, como se analiza a continuación, cabe interponer tanto un recurso especial como una cuestión de nulidad frente a las modificaciones contractuales.

Tratándose de un modificado procedente de un ente del sector público no Administración Pública no cabrán recursos administrativos y la jurisdicción competente será la civil. Cabe advertir que resulta extraño que estos entes se rijan para adoptar cualquier modificación del contrato por normativa administrativa y sin embargo pretenda que su adecuación a derecho lo juzgue el orden civil⁵⁸⁶. Así lo puso de manifiesto el Consejo de Estado en el Dictamen 215/2010, de 18 de marzo de 2010, sobre el proyecto de ley de economía sostenible:

⁵⁸⁶ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, 2011, tomo IV, Madrid, p. 313.

“las normas sobre modificación de contratos ya no van a ser exclusivamente aplicables a los contratos administrativos y en la medida en que contienen prerrogativas o potestades claramente exorbitantes, solo justificadas por razones de interés público, se introduce también una anomalía en lo que se refiere a la atribución jurisdiccional a los tribunales civiles del conocimiento del ejercicio de potestades exorbitantes del sector público en el marco de los contratos públicos”.

Sin embargo, esta observación del Consejo de Estado no fue atendida por el legislador como puede verse del texto artículo 21.2 del TRCLCSP, el cual atribuye al orden civil la competencia para resolver *“las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada”.*

12.2.- LEGITIMACIÓN.

12.2.1.- Legitimación del contratista.

Ante una modificación contractual pueden ser diversos los interesados con legitimación activa para combatir las modificaciones contractuales que se adopten.

Un primer legitimado es el propio contratista. Obviamente, se trata de la otra parte del contrato. Aquél en quien recae la modificación y por tanto quien puede, en caso de disconformidad, recurrir la modificación contractual.

Una vez finalizada la licitación y adjudicación del contrato, se abre una pieza independiente de todo el procedimiento administrativo de contratación que parece que, en principio y salvo lo que luego se dirá, solo atañe al contratista.

Los argumentos que el contratista podría esgrimir frente a un modificado abarcan a toda la modificación: las causas que lo motivaron, su objeto o el

contenido de la modificación, la valoración económica del modificado y el resto de sus efectos económicos, etc.

12.2.2.- Legitimación de otros interesados. Especial referencia a los licitadores admitidos a la licitación inicial.

Pareciera que adjudicado el contrato, los licitadores carecen de interés legítimo para recurrir sus modificaciones. Sin embargo, los licitadores participantes en la licitación no pierden su derecho a combatir que por la vía de la modificación del contrato se desnaturalice el contrato al que concurrieron⁵⁸⁷. Pero el interés de los licitadores no podrá ir dirigido a cualquier aspecto de las modificaciones sino sólo frente aquéllas que desvirtúen las condiciones de la licitación inicial a la que participaron.

La STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta SpA*, admite la legitimación de un licitador no adjudicatario frente a un modificado. En ese supuesto, una licitadora – la empresa *Succhi di Frutta* – cuestionó un modificado en que se variaba sustancialmente la forma de pago. El TPI y luego el TJUE consideraron que era de aplicación el artículo 173 del Tratado CE, que permite la interposición de recursos de anulación contra las decisiones de las que sean destinatarias y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un Reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, les afecten directa e individualmente. Esa afección directa se concreta en que una modificación es una nueva adjudicación y solo cabe excluir la publicidad y concurrencia de esa nueva prestación si se dan las causas para modificar un contrato y no se altera sustancialmente. En este caso, la recurrente consideraba que había existido alteración sustancial porque si hubiera conocido que el pago se realizaría en una fruta distinta y con unos coeficientes de equivalencia diversos a los

⁵⁸⁷ RAZQUIN LIZARRAGA, M. M^a, recuerda el asunto que resuelve la STJUE *Succhi di Frutta Spa* parte de un recurso interpuesto precisamente por un licitador («La Ley de Contratos del Sector Público balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales», *Revista de administración pública*, N^o 186, 2011, p. 66).

previstos en el condicionado habría presentado una oferta sustancialmente distinta. Se había afectado a sus derechos como licitador⁵⁸⁸.

Aragón y Navarra han regulado, mediante ley autonómica, la posibilidad de que los licitadores admitidos en la licitación puedan interponer recurso frente a la decisión de modificación del contrato. Incluso establecen, que debe existir una notificación y publicación de la modificación que incluya su debida motivación.

Como más adelante se expondrá esta regulación autonómica debe tener un alcance general, a pesar de que el TRLCSP no la contemple expresamente, puesto que no es más que una traslación normativa de la jurisprudencia del TJUE.

12.3.- LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS. EN ESPECIAL LA POSIBILIDAD DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO ESPECIAL.

12.3.1.- Los recursos administrativos ordinarios.

Una modificación de un contrato es un acto administrativo. Un acto que pone fin al procedimiento de modificación del contrato. En él se aprueba la modificación de la decisión de adjudicación del contrato y se deben determinar sus efectos plenamente ejecutivos. Frente al mismo los interesados pueden interponer los recursos administrativos regulados con carácter general en la LRJPAC (recurso de alzada o de reposición, según se ponga fin o no a la vía administrativa, y con un plazo de interposición de un mes, ante la Administración autora del acto) o/y en su caso, recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses desde la notificación o publicación del modificado.

12.3.2.- El recurso especial.

Respecto de la posibilidad de recurso especial, la legislación española vigente no es clara y por ello esta cuestión merece especial pronunciamiento al respecto⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Siegbert Alber.

a) *El derecho y la jurisprudencia de la Unión Europea.*

El recurso especial surge para dar respuesta a la exigencia comunitaria definida por la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, modificada por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, y por la Directiva 92/13 del Consejo de 25 de febrero de 1992. El recurso especial debe responder al contenido que se incardina en su ámbito de protección: las adjudicaciones de contratos. Las modificaciones de contrato son adjudicaciones de contrato sin publicidad, y en todo caso, son decisiones que modifican el contenido de la adjudicación inicial. Deben equipararse conceptualmente a este concepto y debe dárseles el mismo tratamiento que una adjudicación a efectos de recurso. De otro modo, el principio de efectividad del recurso especial pierde su sentido.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia del TJUE examinada en el Capítulo III y que procede retomar aquí en lo relativo a la legitimación.

La STJUE de 29 de abril de 2004, CAS Succhi di Frutta SpA, define como nuevo contrato a las modificaciones contractuales. Afirma que una modificación que conlleve una alteración sustancial del contrato originario es una nueva adjudicación ilegal⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se pronunció tajantemente a favor en su guía de procedimiento para la tramitación del recurso especial en materia de contratación al afirmar que “...*Son impugnables... los actos de trámite siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos... En particular, a título de ejemplo, las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal – por ejemplo, los encargos de ejecución a medios propios o los modificados que no cumplen los requisitos legales – ...*”.

⁵⁹⁰ GALLEGO CÓRCOLES, I., recuerda que para el derecho europeo de la contratación pública un modificado puede ser una adjudicación ilegal, y por tanto, susceptible de recurso especial («Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación», *Diario La Ley*, N.º 7718, Sección Tribuna, 19 Oct. 2011, y *Revista Contratación Administrativa Práctica*, N.º 113, 2011).

La STJUE de 19 de junio de 2008, Pressetext, afirma tajantemente que *“las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial”*.

La STGUE de 31 de enero de 2013, Comisión contra Reino de España, afirma que una modificación del contrato se rige por la normativa de las obras o trabajos complementarios, y por lo tanto, se trata de uno de los supuestos en que las Directivas permiten acudir al procedimiento negociado sin publicidad, adjudicando al licitador el contrato de forma directa, y concluía que *“las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación del contrato cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato”*.

La STJUE 8 de mayo de 2014, C-161/13, Idroinamica, considera que el plazo de recurso frente a la adjudicación debe reabrirse para recurrir las modificaciones contractuales. El principal argumento es que la modificación del contrato modifica la decisión de adjudicación y debe someterse a sus mismos recursos. De hecho, la Sentencia realiza una cita expresa del recurso previsto en la Directiva 2007/66 – nuestro recurso especial – y considera que el plazo para recurrir estos actos sería el mismo que el existente para la adjudicación. El plazo de recurso comenzaría cuando se notifique la decisión de modificación del recurso:

“debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, apartados 38, 39, 42 y 43) (...)

el plazo de 30 días establecido por la normativa nacional para interponer recurso contra la decisión de adjudicación del contrato debe correr de nuevo para permitir comprobar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora por la que se autorizó la modificación de la composición de la unión adjudicataria, que puede incidir en la legalidad de la decisión de adjudicación del contrato. Dicho plazo empieza a correr a partir de la fecha en la que el licitador recibió la notificación de la decisión por la que se autorizaba la modificación de la composición de la unión adjudicataria o en la que tuvo conocimiento de la misma”.

GALLEGO CÓRCOLES⁵⁹¹ ha sostenido que el TJUE ha tenido ocasión de reiterar que la Directiva 89/665/CEE se aplica a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que estén sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos y no establece ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y al contenido de dichas

⁵⁹¹ GALLEGO CÓRCOLES, I., afirma lo siguiente: “no creo que se requieran muchos esfuerzos argumentativos para demostrar que la decisión de modificar un contrato está regida por el Derecho de la Unión Europea, aunque la Directiva 2004/18/CE no dedique expresamente un sólo precepto a esta cuestión. Ergo deberían estar incluidas en el ámbito del recurso especial en materia de contratación.

En definitiva, no es ocioso recordar que el objetivo de la Directiva 89/665/CEE es establecer recursos eficaces y rápidos contra las decisiones ilegales del órgano de contratación en la fase en que las infracciones aún pueden corregirse. Y que para la jurisprudencia europea, una modificación de un contrato puede suponer una adjudicación ilegal, que ahora, en Derecho español, a no ser que se otorgue efecto directo al Derecho europeo, no podrá corregirse de manera expeditiva.

Resulta no sólo incomprensible, sino también de compatibilidad más que dudosa con el Derecho de la Unión Europea, hurtar del conocimiento de Tribunales Administrativos de contratos públicos las cuestiones relacionadas con las modificaciones contractuales no previstas en los pliegos. En mi opinión, se ha empleado el mes de agosto para introducir una medida no sólo sorprendente, sino también errada”. (« La apresurada exclusión de las modificaciones contractuales del ámbito del recurso especial en materia de contratación»,

www.obcp.es,

<http://obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.21/chk.a01bf28989a46bac45a8baf56d057625>)

decisiones, poniendo, entre otros ejemplos la STJUE de 19 de junio de 2003 C-315/01, GAT.

En consecuencia, es necesario dar la máxima publicidad y notificar las modificaciones y permitir a quienes licitaron para que puedan combatir adjudicaciones al contratista inicial en detrimento de las condiciones originales de la licitación. Solo con transparencia puede evitarse el oscurantismo y la corrupción que envuelve a las modificaciones.

Si el recurso especial es el mecanismo que España ha empleado para transponer las Directivas de recursos dirigidas al control de los actos que tienen la consideración de adjudicaciones, debe entenderse como perfectamente lógica la inclusión en su ámbito la modificación del contrato. Lo contrario supondría un incumplimiento con la normativa europea y el consiguiente defecto de transposición. Así pues los licitadores que participaron en el procedimiento de licitación deben estar legitimados para interponer el recurso especial, así como la cuestión de nulidad.

b) La regulación del TRLCSP.

El artículo 40 del TRLCSP regula los supuestos en que procede el recurso especial. Su apartado 2 establece de forma expresa la prohibición de recurso especial para las modificaciones previstas, fruto de la reforma de la LCSP por la Disposición Final 1.8 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, con lo que a *sensu contrario* parece permitir el recurso especial ante modificaciones previstas en el condicionado. El precepto dice así⁵⁹²:

“(...) no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad

⁵⁹² Sobre esta cuestión puede verse la opinión de BERNAL BLAY, M.A. en « El control sobre la modificación de los contratos públicos», en la web del *Observatorio de Contratación Pública* (www.obcp.es) (link directo: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.19/recategoria.208/re/menu.3/chk.508be80650f87c5ef96b959f9e5cef1e>).

con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación”.

Esta previsión procede de la enmienda N° 31 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista⁵⁹³. La misma carece de fundamentación y conlleva, a mi juicio, un claro incumplimiento en la transposición de la Directiva de Recursos⁵⁹⁴. GIMENO FELIU⁵⁹⁵ se muestra sorprendido por la solución adoptada por el legislador habida cuenta del razonamiento seguido para su justificación, y considera que la solución lógica ante el planteamiento que realiza la enmienda hubiera sido remitir la cuestión al órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación (el Tribunal

⁵⁹³ *“La disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha introducido una serie de cambios en la modificación de los contratos del Sector Público que plantean la cuestión de quién debe conocer de los recursos que puedan plantearse contra los acuerdos adoptados en relación con ellos. Especialmente relevante es el caso en que la controversia jurídica se suscite en relación a si debe o no procederse a la convocatoria de nueva licitación.*

En tales casos, podría entender algún interesado que la cuestión afecta a las materias sometidas al conocimiento del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales e interponer ante él el correspondiente recurso. Ante la ausencia de una disposición legal expresa sobre la cuestión debería ser el propio Tribunal quien sentara criterio, en primero instancia, sobre ello.

Esta simple circunstancia aconseja zanjar la cuestión legalmente, aprovechando la oportunidad que brinda la tramitación del proyecto ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad para hacerlo...

La enmienda se plantea en sentido negativo, es decir, declarando que tales recursos no son de la competencia del Tribunal, por considerar que de esta forma se evita introducir nuevos trámites que puedan retardar la tramitación de los modificados”.

⁵⁹⁴ BERNAL BLAY, M.A., critica con solidez la enmienda y recuerda que el TJUE tiene declarado que las modificaciones ilegales equivalen a una nueva adjudicación («El control sobre la modificación de los contratos públicos», en www.obcp.es, 1 de septiembre de 2011. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.19/relicategoria.1101/re/menu.3/chk.cca51bef26f2da496544cd7b611ab0a7>).

⁵⁹⁵ GIMENO FELIU, J.M., *La contratación pública: problemas actuales*, op. cit., p. 131, 133.

Administrativo Central, u otro equivalente) para que sienta criterio sobre su competencia para conocer del asunto.

En mi opinión, con independencia del tenor del artículo 40 del TRLCSP, cabe recurso especial frente a cualquiera de las modificaciones estén o no previstas. El recurso especial es apropiado para combatir las modificaciones susceptibles de ser consideradas como una nueva adjudicación ilegal. Su rapidez de resolución hace que la respuesta sea eficaz y pueden llegar a hacer que el contrato principal se resuelva y la modificación se convierta en una nueva licitación.

No toda modificación es una nueva adjudicación ilegal⁵⁹⁶. Sólo aquellas que sean ilegales causan un perjuicio a los afectados por la desnaturalización de las condiciones iniciales de la licitación. De hecho puede ocurrir que a consecuencia de la anulación de una modificación resulte adjudicatario un licitador que no ocupaba esta posición originariamente – como ponía de manifiesto la STJUE de 8 de mayo de 2014 –.

La cuestión se torna tan sencilla de exponer: si cabe recurso especial frente a los acuerdos de adjudicación y el acuerdo de modificación reviste tal naturaleza, también debe admitirse recurso especial frente al mismo⁵⁹⁷. Como ha puesto de manifiesto la STJUE de 8 de mayo de 2014, las modificaciones, siendo un acto de ejecución afectan al contenido de la adjudicación originaria y modifican su contenido originario, por lo que permitir el recurso especial es tanto como cumplir con el principio de efectividad derivado de la aplicación de las Directivas de Recursos.

GIMENO FELIU⁵⁹⁸ es favorable a la recurribilidad mediante recurso especial de todas las modificaciones contractuales. Considera que esta discusión desaparecerá con las nuevas directivas de 2014 que optan por un

⁵⁹⁶ DÍEZ SASTRE, S., «La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos», op. cit., p. 111.

⁵⁹⁷ GIMENO FELIU J.M., «La contratación pública: problemas actuales», *Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*, 2013, p. 131.

⁵⁹⁸ GIMENO FELIU J.M., «La contratación pública: problemas actuales», op. cit., p. 134. «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos» en GIMENO FELIU J.M. (Dtor.), *Observatorio de contratos públicos 2010*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 211 – 258.

control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración. Afirma que *“no en vano una modificación ilegal es una “nueva adjudicación” (STJUE de 19 junio 2008, Presstetext Nachrichtenagentur GMBH, Cfr. apartado 34), y por tanto, esa “nueva adjudicación” forma parte del objeto de recurso especial”*.

Sin embargo, debe advertirse que la aceptación de recurso especial frente a las modificaciones contractuales no es pacífica. Este disenso se produce tanto en un ámbito doctrinal o científico como en los propios tribunales de recurso, y uno de los argumentos más poderosos en contra es el carácter precontractual del recurso especial⁵⁹⁹.

DÍEZ SASTRE⁶⁰⁰ justifica su postura contraria en que el recurso especial es un recurso precontractual y que la publicidad de los modificados no se traduce en el sometimiento al recurso especial. Insiste en que *“una modificación, no es, de entrada, una adjudicación a efectos impugnatorios”*. Apoya esta afirmación en la inexistencia de plazo de espera, la disminución de intereses de los licitadores que participaron en la licitación y, especialmente, en que en el modificado existe un vínculo obligacional que no existe cuando se adjudica un contrato.

En la misma línea, CALVO RUATA⁶⁰¹ sostiene que la modificación de los contratos afecta fundamentalmente a la ejecución:

“A pesar de algunas opiniones a favor, no parece esta tesis muy plausible. Y ello, porque la modificación de los contratos afecta

⁵⁹⁹ Es lo que ha defendido, por ejemplo, HERNÁNDEZ SALGUERO, E., « Visión crítica de la inclusión en el ámbito del recurso administrativo especial en materia de contratación de la modificación contractual», *La contratación pública: problemas actuales, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*, 2013 ; «El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N° 28, junio, 2013, p. 100.

⁶⁰⁰ DÍEZ SASTRE, S., «La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos», *Revista de estudios locales*, op. cit., N° 161, 2013, pp. 87 – 119.

⁶⁰¹ CALVO RUATA, P., «La zozobra de la modificación de los contratos públicos», op. cit., pp. 407 – 408.

fundamentalmente a lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial está concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en fase de preparación y adjudicación. Pero además, porque la concreción de la modificación cuando esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego conlleva que si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori. También debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 195.4 (211.4 TR) –que conserva su redacción inicial, al no haber sido afectado ni por la Ley 34/2010 que reformó el Recurso Especial, ni por la LES–, por el cual los acuerdos que adopte el órgano de contratación –obviamente en materia de interpretación, modificación y resolución– pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”.

También CUDERO BLAS⁶⁰² asevera que dado que la modificación es un acto propio de la ejecución y no de la fase preparatoria no cabe recurso frente a las modificaciones:

“Resulta innecesario, en efecto, señalar que no cabe el recurso especial frente a los actos dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego, pues tales decisiones no se desenvuelven en modo alguno en la fase preparatoria de los contratos, ni guardan relación de ninguna clase con los actos que pueden ser objeto de recurso según el propio artículo 40,2 (no son, desde luego, anuncios de licitación, pliegos o documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, tampoco constituyen actos de trámite cualificados ni, en fin, pueden calificarse como acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores).

El análisis de los artículos 105 a 108 del Texto Refundido pone de manifiesto que las decisiones que pueden ser adoptadas por los poderes adjudicadores sobre las modificaciones de los contratos (estén o no sus causas previstas en la documentación que rige la licitación) resultan ser

⁶⁰² CUDERO BLAS J., « Algunas reflexiones sobre el recurso especial en materia de contratación tras la aprobación del RD Leg. 3/2011, de 14 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», Revista de Jurisprudencia, Nº 2, 10 de mayo de 2012, http://www.elderecho.com/administrativo/RD-Refundido-Contratos-Sector-Publico_11_410680002.html.

completamente ajenas a lo que puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación, no solo porque aquellas decisiones se adoptan en un momento distinto del iter contractual (la ejecución y cumplimiento), sino porque no inciden en las finalidades perseguidas por el recurso especial que nos ocupa, que no son otras que las de garantizar que los actos anteriores a la adjudicación del contrato (y la propia adjudicación) puedan ser recurridos de manera eficaz por quien acredite un interés legítimo en la licitación”.

c) La cuestión en la regulación aragonesa y navarra.

Las dos autonomías que han efectuado una regulación especial en materia de modificaciones contractuales son Aragón y Navarra.

La JCCA de Aragón en su Circular 1/2012, de 11 de abril, analizó el régimen de publicidad y notificación contenido en el artículo 12 bis de la Ley aragonesa 3/2011⁶⁰³. Esta norma permite interponer el recurso a todo interesado que a la vista de la información/notificación considere que pudiera existir una modificación ilegal.

En el mismo sentido, el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de esa Junta afirma que contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1.000.000 € para los contratos de obras, y de 100.000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo. En el caso de modificaciones no previstas señala que se aplicará el régimen ordinario de recursos⁶⁰⁴.

⁶⁰³. BELTRAN GOMEZ, A.I., «La transparencia en la modificación de los contratos públicos», en www.obcp.es, 8 de octubre de 2012, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.72/recategoria.121/re/menu.3/chk.27787b964c526c1f368c8f4a5df0058f>

⁶⁰⁴ Dice así:

“La Ley aragonesa ha pretendido consolidar el modelo estatal desde una perspectiva integral, al considerar, de forma acertada, que toda modificación es, en esencia, un elemento propio de la decisión de adjudicación, por lo que, al igual que ésta, y en la medida que supone

una alteración de lo inicialmente decidido, debe ser objeto de notificación y publicidad. Esta opción encuentra justificación directa en la conocida Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta), en la que el TJUE aborda la cuestión al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato (...)”.

Que la modificación es más que simple ejecución del contrato ha quedado suficientemente explicado por la doctrina del TJUE, y ello justifica que los poderes adjudicadores no administración pública, aun sometidos en la ejecución de sus contratos al derecho privado, vengan obligados a aplicar las reglas que limitan y condicionan esta modificación (artículo 20 TRLCSP). Por ello, cuando no concurren los presupuestos habilitantes, o se incumple el régimen que permite la modificación, nos encontramos ante un supuesto de adjudicación directa contraria al marco normativo vigente —STJUE de 19 de junio de 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GMBH) — ante la que debería poder reaccionarse mediante los procedimientos de recurso en materia de contratación, con el fin de anular lo que no es sino una decisión ilegal de adjudicación de un contrato, ya que como puso de manifiesto la STJUE de 19 de junio de 2003 (GAT), la Directiva 89/665/CEE se aplica a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que estén sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, y no establece ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y al contenido de dichas decisiones. En este sentido, la STJUE 28 de octubre de 1999 (Alcatel Austria), tuvo ocasión de afirmar que aunque la Directiva 89/665 no define las decisiones ilegales cuya anulación puede solicitarse, no puede deducirse de su tenor literal que una decisión ilegal de adjudicación de un contrato público no está comprendida en las decisiones ilegales que pueden ser objeto de un recurso de anulación. A pesar de lo expuesto, el principal problema práctico proviene del hecho de que todo poder adjudicador ha venido entendiendo la prerrogativa del ius variandi como una cuestión exclusiva entre ente contratante y contratista que ejecuta la prestación, resultando opacas al resto de licitadores las eventuales modificaciones o ajustes del contrato inicial. Esta situación implica que el sistema actualmente previsto podría devenir en ineficaz, en tanto solo tras las modificaciones ya efectuadas y recepcionadas podría haber una reacción de los interesados, que ya no podría evitar la alteración de las reglas iniciales de la licitación. Por ello, y desde la lógica del principio de concurrencia e igualdad de trato, resulta obligada una interpretación restrictiva a esta posibilidad —entendida como una potestad condicionada— en la que debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación (aplicando analógicamente la previsión del artículo 151.4 TRLCSP). Trámite de audiencia que ahora se contempla en el artículo 72 de la nueva propuesta de Directiva relativa a la contratación pública –COM (2011) 896 final. Esta es la opción de la Ley aragonesa recogida en el artículo 12 bis de la Ley 3/2011, que exige tanto publicidad en el perfil de contratante y Boletín donde se publicó la original licitación y adjudicación del contrato, como notificación personal a los licitadores admitidos en

Por su parte, la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, también de modificación de la Ley Foral de Contratos Públicos exige publicar la modificación y notificarla no solo al adjudicatario sino a los licitadores admitidos, y la Ley Foral 14/2014, de 18 de junio, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos clarifica la cuestión al prever expresamente el recurso especial frente a modificaciones contractuales⁶⁰⁵ al dar nueva redacción al artículo 210.3 e incluir en su ámbito:

“d) Los encargos a medios instrumentales propios y las modificaciones contractuales, estén previstas o no en el contrato inicial, que se realicen con infracción de los preceptos de esta ley foral y supongan o puedan suponer la adjudicación ilegal de un contrato público. En el caso de las modificaciones contractuales, ostentarán legitimación activa para reclamar únicamente los licitadores admitidos a la licitación del contrato inicial”.

Tanto en la norma aragonesa como en la Navarra el plazo de interposición del recurso coincide con el que se prevé para el recurso frente a la adjudicación, adelantándose a la STJUE de 8 de mayo de 2014, que fija el mismo plazo.

En definitiva, a pesar de la claridad que presenta la consideración como nueva adjudicación de los modificados, y su consecuente recurribilidad, es recomendable que el TRLCSP efectúe una regulación similar a la efectuada por el legislador navarro.

d) Actuaciones de los tribunales de recurso especial.

Son escasos los pronunciamientos de los órganos de recurso especial en materia de modificaciones contractuales:

El Acuerdo 3/2013 de 16 de enero de 2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón se declara competente para conocer un recurso frente a una modificación contractual pero finalmente lo inadmite

su condición de interesados de toda modificación contractual, de cualquier poder adjudicador, esté o no prevista en el pliego”.

⁶⁰⁵ El recurso especial se denomina en Navarra “reclamación en materia de contratación administrativa”.

porque ha sido interpuesto por el adjudicatario, y no por los licitadores no adjudicatarios⁶⁰⁶.

La resolución 17/2011, de 8 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid afirma que *“de acuerdo con la regulación del artículo 310 de la LCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, en relación a los contratos sujetos al Derecho comunitario, los actos del procedimiento de licitación son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, mientras que cuando se trata de actos de ejecución del contrato (modificación, resolución, desistimiento posterior o cualquier otro) cabe el régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”*.

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su memoria de 2012, afirma expresamente que dentro de su

⁶⁰⁶ El Acuerdo dice así: *“Ello no obstante, y sin entrar a analizar si la modificación que se propone estaba o no prevista en el contrato, de lo anteriormente descrito se constata que la posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «ius variandi» en la medida en que esta juega la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato.*

En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «ius variandi» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «ius variandi»”.

ámbito de competencias están los recursos frente a modificaciones contractuales⁶⁰⁷.

12.4.- LA CUESTIÓN DE NULIDAD.

Cabe plantear si es posible una cuestión de nulidad frente a una modificación que constituya una alteración sustancial del contrato o no reúna el resto de presupuestos exigibles por el TRLCSP y el derecho europeo⁶⁰⁸.

Según DÍEZ SASTRE la cuestión de nulidad, por su carácter post contractual, es el mecanismo que mejor se ajustaría a las necesidades de tutela frente a la modificación del contrato⁶⁰⁹.

HERNAEZ SALGUERO considera posible el conocimiento de la cuestión de nulidad por los tribunales de recurso especial en supuestos de modificaciones contractuales encajándolo en el apartado a) del artículo 37 del TRLCSP⁶¹⁰.

Y es que el artículo 37 del TRLCSP determina una serie de supuestos especiales de nulidad contractual para los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17 del TRLCSP así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros. En particular, de los supuestos a que alude, interesa el previsto en el apartado a), que se refiere a los casos en que el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión

⁶⁰⁷ No se afirma nada al respecto en su memoria de 2013.

⁶⁰⁸ Con carácter previo al estudio de esta cuestión resulta interesante mencionar el Informe de la JCCA de Aragón 18/2013, de 25 de septiembre, que dictamina acerca del mecanismo jurídico adecuado para dejar sin efecto una modificación adoptada sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa vigente.

⁶⁰⁹ DÍEZ SASTRE, S., «La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos», *Revista de estudios locales*, op. cit., Nº 161, 2013, p. 113.

⁶¹⁰ HERNÁEZ SALGUERO, E., «Visión crítica de la inclusión en el ámbito del recurso administrativo especial en materia de contratación de la modificación contractual», op. cit., (*documento electrónico*).

Europea en aquellos casos en que sea preceptivo. Así pues, la cuestión de nulidad sería aplicable a las modificaciones que se han perfeccionado.

El informe 18/2013, de 25 de septiembre, de la JCCA de Aragón aborda los posibles mecanismos jurídicos adecuados para dejar sin efecto una modificación adoptada sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa vigente y destaca, precisamente, la cuestión de nulidad en estos términos:

“Precisamente, una de las cuestiones debatidas doctrinalmente tras la reforma de la LCSP operada por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, fue si cabía interponer la cuestión especial de nulidad contractual contra una modificación ilegal que se hubiera adoptado sin la exigida publicidad, teniendo en cuenta que la modificación de un contrato puede suponer una nueva adjudicación.

En el primer supuesto analizado, en el que existe una aparente ausencia de procedimiento, estaríamos ante una modificación contractual nula de pleno derecho, en aplicación del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Lo mismo cabe decir del supuesto de que la modificación ilegal pudiera ser considerada una nueva adjudicación, incurriría en un supuesto de invalidez al haber sido dictado el acto de modificación con infracción del ordenamiento jurídico. (...)

El principio de conservación de los actos determina que la nulidad deba declararse para que el acto deje de producir efectos, de tal forma que será necesario declarar formalmente la invalidez del acto para privarle así de su eficacia.

Por afectar al principio de seguridad jurídica, el ejercicio de la potestad de revisión de oficio tiene carácter restrictivo, «no caben interpretaciones extensivas, pues la revisión de oficio integra el ejercicio de una potestad administrativa excepcional, que exige un cuidado extremo en su utilización» (Dictámenes del Consejo de Estado 1.393/1998, de 9 de julio; 528/2005, de 11 de mayo).

En este punto, hay que matizar que de no existir acto expreso o presunto contrario al ordenamiento jurídico, sino una mera situación fáctica que se ha venido sucediendo en el tiempo y que se considera irregular, debería a la

mayor brevedad ponerse fin, sin más efectos que la correspondiente retribución por los servicios prestados en aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto.

Si la modificación se ha perfeccionado, es firme en vía administrativa y, por lo tanto despliega sus efectos, deberá ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio o, de ser aplicable, de nulidad especial en materia contractual. El artículo 35 TRLCSP establece que la declaración de nulidad produce una destrucción retroactiva de los efectos que se hubieren producido, de forma que todo vuelve a su estado anterior, como si el contrato no hubiera existido jamás, lo que en principio se consigue con la liquidación y la consiguiente restitución de todas las prestaciones que las partes hubieren realizado, o cuando esto sea imposible, de su valor. Además, dicho precepto, prevé que pese a la declaración de nulidad, el contrato pueda seguir produciendo efectos, si la declaración de nulidad produjese un grave trastorno al servicio público.

Cuando el acto nulo de pleno derecho es una modificación contractual perfeccionada sin seguir el oportuno procedimiento, será asimismo necesario proceder a declarar la invalidez del acto para que deje de producir efectos. Si bien, al no tratarse de un acto preparatorio del contrato, ni de la adjudicación en sí misma, no llevará aparejada la nulidad del mismo contrato, que continuará desplegando sus efectos como si la modificación nunca se hubiera producido, siempre que sea posible, debiendo optar por la resolución del contrato en otro caso, tal y como previene el artículo 223 g) TRLCSP. (...)

I. Al igual que el contrato se perfecciona con su formalización, la modificación también se perfecciona con ésta y, salvo en el supuesto del artículo 234.4 TRLCSP, no pueden comenzar a ejecutarse nuevas prestaciones sin la formalización.

II. De no existir acto expreso o presunto contrario al ordenamiento jurídico, sino una mera situación fáctica que se ha venido sucediendo en el tiempo y que se considera irregular, debería a la mayor brevedad ponerse fin, sin más efectos que la correspondiente retribución por los servicios prestados en aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto. Si la modificación se ha perfeccionado, es firme en vía administrativa y, por lo tanto despliega sus

efectos, deberá ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio o, de ser aplicable, de nulidad especial en materia contractual.

III. Cuando el acto nulo de pleno derecho es una modificación contractual perfeccionada sin seguir el oportuno procedimiento, será necesario proceder a declarar la invalidez del acto para que deje de producir efectos. Si bien, al no tratarse de un acto preparatorio del contrato, ni de la adjudicación en sí misma no llevará aparejada la nulidad del mismo contrato, que continuará desplegando sus efectos como si la modificación nunca se hubiera producido, siempre que sea posible, debiendo optar por la resolución del contrato en otro caso, tal y como previene el artículo 223 g) TRLCSP“.

Conforme al artículo 39 del TRLCSP, está legitimada toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos de nulidad del artículo 37 del TRLCSP.

La cuestión de nulidad deberá interponerse antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización de la modificación del contrato. En este caso no es exigible anunciar la interposición de recurso al órgano de contratación, ni la interposición conlleva la suspensión del acto recurrido, porque no se trata de un recurso frente a la adjudicación del contrato.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

El resultado final de la investigación permite formular las siguientes conclusiones, que se han redactado siguiendo la propia estructura de la memoria e intentan, más que efectuar un resumen o enumeración de las cuestiones analizadas, definir aquellos aspectos de los que se han extraído resultados relevantes o que se consideran de necesaria atención.

Primera. La regla general es la inmutabilidad del contrato administrativo, consintiéndose la modificación unilateral por la Administración en los supuestos legalmente previstos y con fuertes limitaciones tendentes a no desnaturalizar la licitación originaria.

El principio de inmutabilidad del contrato conlleva que con carácter general un contrato no se puede modificar. Menos aún por una de las partes. Este principio es una consecuencia del principio de autonomía de la voluntad. La voluntad de las partes no puede ser quebrada por una de ellas. No puede ignorarse la naturaleza bilateral del contrato, sin perjuicio de la relación de sujeción especial en que se encuentra el contratista.

La razón fundamental es que una vez que un poder adjudicador ha hecho públicas sus necesidades y pactos futuribles, no puede, con carácter general, alterar su contenido.

El principio general de invariabilidad del contrato por una de las partes es plenamente aplicable a los contratos administrativos. En otro caso se atendería al principio de seguridad jurídica de las relaciones contractuales, y en última instancia a la propia esencia de las obligaciones sinalagmáticas.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en los contratos celebrados por personas o entidades cuya función no es la satisfacción de necesidades públicas, en el caso de los contratos públicos el interés público que emana de estos contratos exige que el resultado del contrato sea acorde a la necesidad pública a satisfacer, más aún cuando acaecen circunstancias imprevisibles que hacen más complicado el cumplimiento del contrato. Pero se imponen fuertes limitaciones derivadas del principio de inmutabilidad del contrato (prohibición de

alteración sustancial, de modificaciones que superen determinados umbrales) o relacionadas con la exigencia de respeto a los principios generales de la contratación pública, y en especial, los de transparencia, igualdad de trato, y no discriminación.

Es posible modificar un contrato público, e incluso la modificación del contrato es obligada, cuando concurren determinadas circunstancias. La potestad de modificación del contrato no puede quedar al arbitrio del titular del órgano competente. La potestad de modificación es una potestad irrenunciable, dada la configuración del *ius variandi*, precisamente como una potestad y no como un derecho subjetivo.

De lo anterior no cabe concluir que toda modificación contractual sea admisible. El *ius variandi* no tiene carácter absoluto o ilimitado. El peligro es vulnerar los principios generales de la contratación pública o desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial. Las modificaciones contractuales que no se ajusten a determinados presupuestos deben calificarse como adjudicaciones directas ilegales o adjudicaciones llevadas a cabo sin procedimiento alguno, y en consecuencia, nulas de pleno derecho.

Por eso su naturaleza es reglada y debe estar sometida en su ejercicio a presupuestos y límites rigurosos. La finalidad es evitar el abuso sobre el contratista y proteger los principios rectores de la contratación pública, especialmente no debe desnaturalizarse el procedimiento de adjudicación inicial.

La potestad de modificar el contrato tiene como finalidad adaptarlo para conseguir la satisfacción de la necesidad pública que justifica su celebración. Esta potestad es extracontractual, surge de la ley, y no del contrato. La posibilidad de modificar un contrato no depende de la existencia de una cláusula en el contrato que habilite a ello. En sentido contrario, una cláusula contractual que prohibiera las modificaciones sería nula. Considero que incluso aunque no existiera habilitación legal expresa para modificar el contrato, tal potestad está implícita y es inherente a la facultad de celebrarlo.

Debe abandonarse la doctrina tradicional que mantenía la vigencia de un principio de mutabilidad de los contratos administrativos, sobre la base de que lo único inmutable es la causa o el fin.

El interés protegido no es el del contratista, sino el de otros posibles licitadores que participaron en una licitación con un objeto concreto, un precio determinado y unas condiciones de ejecución previamente definidas. En definitiva, el interés público que hasta el momento justificaba cualquier modificación debe matizarse y conjugarse con los principios generales de la contratación pública.

Deben valorarse las consecuencias que las modificaciones de contratos tienen respecto del sistema de contratación pública y del propio sistema económico español. Amén de limitar las corruptelas que en los últimos tiempos están vislumbrándose en torno a la contratación pública debiendo apostarse por una contratación transparente y eficiente.

Segunda.- La regulación de las modificaciones contractuales en la tradición legislativa española ha sido muy similar, pero sobre todo parcial e insuficiente y se ha centrado en exclusiva en el contratista, pese a que las modificaciones siempre han sido consideradas como un problema. Es necesario un cambio en la raíz de la Administración, un cambio en sus principios de actuación.

La modificación de los contratos públicos siempre ha sido considerada un problema. No es nada novedoso. En la tesis aludo como ejemplo a una carta del Ingeniero francés Sébastien Vauban del año 1683 que ya ponía de manifiesto el peligro de las modificaciones contractuales y también repaso la evolución de la regulación española para poner de manifiesto que la solución al problema no viene de la mano del legislador.

Es cierto, no obstante, que mientras el destinatario de la protección frente a modificados era el contratista, quién no se oponía normalmente a éstos, no existían problemas, ahora el interés protegido es el de la licitación. De este modo, el énfasis de la regulación española a lo largo del tiempo se centró casi exclusivamente, en no hacer demasiado gravosa para el contratista la prestación cuando ésta se modifica unilateralmente. Sólo a partir del año el año 2011, con la LES, el acento se puso en la necesidad de restringir las modificaciones contractuales para proteger los principios que informan la

selección del contratista inicial de cuya transversalidad y aplicación a la fase de ejecución no hay duda en la actualidad.

Sólo finalizará el problema de los modificados cuando la Administración extreme el rigor al licitar, estudie el mercado antes de definir el precio del contrato, realice los estudios que le permitan conocer cuál es el objeto del contrato y asimila que la modificación en el contrato no es una posibilidad sino una solución extraordinaria.

Con la restrictiva legislación actual el problema no se ha solventado. Es cierto que se tramitan menos modificaciones pero crecen las prácticas irregulares (como prever en el proyecto de obras y facturar como ejecutadas prestaciones o unidades de obra, a sabiendas de que no se ejecutarán, y ejecutar en su sustitución y sin procedimiento otras distintas).

Y es que como digo, no hay novedad alguna en este problema. El Real Decreto de 10 de octubre de 1845 ya aludía a la *“informalidad y escasa instrucción de los expedientes que han de preceder a su realización”* mientras que la Orden de la Dirección General de Obras Públicas de 1903 disponía que *el replanteo previo debe realizarse con el mayor cuidado “a fin de que no resulten modificaciones sensibles en el definitivo”*. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 llamaba a *“evitar cuantas corruptelas pudieran deslizarse en el área de los intereses particulares con menoscabo de los generales de Municipios y Provincias”*. Más clara era la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963 que dejaba constancia de que *“cuando una obra pública ha sido bien proyectada y adecuadamente contratada no hay razón para presumir, con carácter general, la necesidad de posteriores reformados que tienden en muchas ocasiones a paliar situaciones no calculadas o en definitiva defectos de previsión”*. Igualmente, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre de modificación de la LCAP, resaltaba como importante fundamento para su dictado *“el establecimiento de mayores y más eficaces controles para las modificaciones de los contratos, con limitaciones expresas por primera vez en nuestro ordenamiento a las modificaciones de unidades de contrato con independencia de su repercusión presupuestaria”*.

Tratar los modificados como un problema fue adecuado, igual que la pretensión de limitar su uso por vía legal. Sin embargo, toda la legislación

existente en la materia ha fracasado. Los modificados siguen siendo nota común en España. Lo que es peor, ahora el gestor induce o permite la ejecución del modificado sin siquiera tramitar procedimiento alguno (reformado anticipado), mercadea con la ejecución de unas unidades o trabajos por otros, o lleva a la deriva el contrato con la consiguiente reclamación del contratista de sobrecostos en el momento de la liquidación.

Además, los modificados se limitaban para que no fueran un abuso frente al contratista. Sin embargo la realidad es la contraria. El contratista desea las modificaciones contractuales, aunque normalmente a un precio diferente al que la Administración considera que deben ejecutarse.

Todas las normas que han regulado las modificaciones contractuales parten de la necesidad de evitar ocasionar perjuicios al interés general. No importa tanto por qué existe un defecto en el proyecto o si se previeron todas las condiciones, sino que el contratista resulte indemne, y la Administración no abuse de su posición para modificar sin límites el contrato. El interés público justificaba cualquier cambio. Se ha obligado al contratista a ejecutar todas las modificaciones por variación al alza o a la baja sobre unidades previstas en el proyecto originario, y, por el contrario, se le ha permitido resolver el contrato ante la necesidad de ejecutar nuevas unidades.

Pero donde ha sido idéntica la regulación ha sido en los contratos de gestión de servicios públicos donde pese a su gran trascendencia práctica nada ha variado su redacción, siendo todavía hoy necesario abordar una regulación específica y completa.

Se precisa una regulación sobre modificaciones contractuales que no se centre exclusivamente en los contratos de obras, sino que aborde el ejercicio de esta potestad para el resto de contratos. Extraña que en la única modalidad contractual donde se hace necesario garantizar la continuidad del servicio y adaptarlo a las nuevas circunstancias – el contrato de gestión de servicios públicos –, se le dedique no más de dos preceptos a regular su ejecución. Las previsiones al respecto pasan por habilitar a la Administración a modificar las características del servicio y las tarifas que deben ser abonadas por los usuarios previo reajuste del equilibrio económico del contrato.

Tercera.- La necesidad de incorporar a la legislación actual sobre modificaciones contractuales ciertas previsiones de la tradición legislativa española.

De la normativa histórica en materia de modificaciones contractuales es necesario recuperar ciertas cuestiones de gran impacto e incorporarlas a la normativa actual.

Ejemplo de ello es la necesidad de que al tiempo de llevar a cabo la suspensión del contrato, no sólo se verifiquen y midan las obras o los trabajos ejecutados hasta ese momento sino que se abonen al contratista los mismos. Esta previsión ya existía en el Real Decreto 11 de junio de 1886 que aprueba el pliego de condiciones para la contratación de obras públicas, sin que esta cuestión figure de forma clara en la normativa actual que solo contempla el abono de indemnizaciones para estos supuestos.

Igual ocurre con la prohibición de aplicar la contrabaja en la determinación de nuevos precios. La contrabaja es la acción de multiplicar por la baja realizada en fase de oferta por el contratista al precio nuevo al que a su vez se le restó la baja. Con ello se elimina la existencia de baja económica en el contrato. Aún hoy los tribunales de justicia españoles aceptan valoraciones económicas formuladas por peritos de parte o judiciales que aplican la contrabaja. Sólo el artículo 45 del Real Decreto de 11 de junio de 1886 prevé que *“los nuevos precios por uno u otro procedimiento convenidos se sujetaran siempre a la baja correspondiente a la obtenida en el remate”*. Esto es, cuando se pacta un nuevo precio se le aplica la baja. Ello es lógico, si los precios del proyecto eran los de mercado y el nuevo precio pactado es *“supuestamente”* el de mercado, a ese precio debe aplicarse la baja que el contratista hizo en fase de licitación. En definitiva, si se aplica la contra baja se anula esa baja de licitación.

El Real Decreto citado recogía asimismo otra medida muy interesante, si el contratista ejecutaba una modificación de contrato sin aprobación del órgano de contratación renunciaba a su derecho a fijar los nuevos precios y obviamente a la resolución del contrato por ejecución de nuevas unidades y se conformaba con los que fijara la Administración. Se estima conveniente introducir esta previsión como precaución ante las numerosas ocasiones en

que el contratista es el más interesado en ejecutar más obras de las previstas, con avenencia de los responsables del contrato por parte de la Administración pero sin autorización del órgano de contratación. Ello evitaría que, llegada la liquidación del contrato y sin estar aprobadas las modificaciones, la finalización del contrato se convirtiera en un litigio continuo sobre las obras ejecutadas o no y su valoración. En definitiva, es un castigo al contratista, que debe conocer que no puede ejecutar modificación alguna sin la aprobación del órgano de contratación.

Ello debiera acompañarse del establecimiento de responsabilidades profesionales y personales para los redactores de los proyectos y los técnicos que dirigen las obras. Así lo hacía el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado, al afirmar que la aprobación de los proyectos por la autoridad no exoneraba a los funcionarios responsables de los mismos por los defectos o imprevisiones en que hayan incurrido (artículo 154) o que responsabilizaba a la Dirección de obras de permitir u ordenar modificaciones no autorizadas (artículo 155).

A menudo las definiciones previstas en las partidas de proyecto más que a modificar se prestan a ser interpretadas por la Dirección de las obras; mientras que el contratista ante cualquier cambio pretende que se apruebe un nuevo precio, para su beneficio. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, en particular su artículo 53, determinaba por primera vez que las variaciones de detalle no exigen nuevos precios y en la misma línea, el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975, entendía procedente la modificación solo ante nuevas unidades *“cuyas características difieran sustancialmente de ellas”*.

En cuanto a la causa que habilita a modificar un contrato, la norma que mejor lo plasma es sin duda el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953. Lejos de pretender realizar rebuscadas definiciones como el vigente TRLCSP, afirma que un contrato solo puede modificarse *“por causas imprevisibles e inevitables”*. Esta claridad y sencillez choca con las definiciones que se fueron aprobando de tales conceptos. En particular aquellas que empleaban los términos *“necesidades nuevas”* o *“causas técnicas imprevistas”* (del artículo 149 del reglamento general de

contratación del Estado de 1975 al TRLCAP del año 2000). El mayor cambio al respecto, provino primero de la LCSP, que en su redacción original eliminó como causa de modificación del contrato las necesidades nuevas, y luego de la LES que configuró una lista de causas, amplias pero tasadas, con el loable pero dificultoso objetivo de definir situaciones “previsibles” para definir el concepto de imprevisibilidad.

Por ello, la normativa vigente, que procede de la LES, debe ser interpretada de modo restrictivo en cuanto a las causas de modificación. Debe emplearse la configuración dada al efecto por el TJUE y acuñar el concepto y el espíritu de acontecimientos o hechos imprevisibles para un poder adjudicador diligente: aquel poder adjudicador que pese a haber redactado el proyecto de obras o haber definido las condiciones de contrato, pausada y concienzudamente conforme a la *lex artis ad hoc*, sufre las consecuencias de hechos que no pudo prever pese a todo ello.

Cuarta.- Las nuevas Directivas sobre contratación pública han plasmado deficientemente el alcance del *ius variandi*.

Si una finalidad importante del Derecho en materia de contratación pública de la Unión Europea es proteger los principios generales de la contratación pública para la adecuada consecución de sus libertades fundamentales, los modificados constituyen un claro riesgo para alcanzar estos objetivos.

La Unión Europea estuvo inmóvil ante el problema de las modificaciones contractuales. La Comisión Europea sólo cuestionó directamente las actuaciones de España al respecto. Frente a ello el TJUE efectuó una completa regulación que partía de la interpretación de los principios de igualdad de trato y transparencia. Principios que se manifestaban en primer lugar, en la necesidad de que el órgano de contratación respetase durante la ejecución los condicionantes contenidos en el pliego y no renegociara las condiciones del mismo, so pena de desvirtuar el procedimiento de licitación original. El TJUE sostuvo la necesidad de dar a conocer en el condicionado o en el anuncio de licitación todas las opciones o modificaciones posibles y aclaró el concepto de alteración sustancial del contrato.

Las tres primeras generaciones de Directivas no se referían a la ejecución del contrato, y menos a su modificación. Pero la regulación de los contratos complementarios sí ofrecía herramientas para definir los presupuestos de las modificaciones contractuales, y además, calificarlas como nuevas adjudicaciones – lo que constituye su verdadera esencia –. Sin embargo, esta regulación era imprecisa e incompleta.

El TJUE llevó a cabo una extraordinaria labor al establecer los límites a la modificación de los contratos y, sobre todo, para poner el acento en el riesgo que los modificados conllevaban para los principios rectores de la contratación pública, dejando de lado la protección del contratista – quien realmente no la necesitaba por ser el impulsor de las modificaciones –.

La importancia de los principios de la contratación pública, transversales, y fundamentalmente del principio de transparencia, fue puesta de relieve por el TJUE. Ese Tribunal considero los principios como una garantía para los licitadores que participaron en la licitación, y consecuentemente, como una obligación de la Administración a respetar el contenido de los contratos cuyas obligaciones había definido ella mismo.

De este modo, el TJUE sostuvo, en pronunciamientos como *Succhi di Frutta Spa*, de 29 de abril de 2004, que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación deben estar formuladas de forma clara, precisa e inequívoca para que los licitadores sepan a qué atenerse cuando realizan su oferta. El tradicional principio *pacta sunt servanda* toma como acepción principal el respeto de lo pactado como garantía para que quienes licitaron no sientan que la licitación originaria se ha desnaturalizado, y que ellos pudieran haber realizado otra oferta distinta e incluso que con las nuevas condiciones podrían haber resultado adjudicatarios del contrato.

Existían pronunciamientos jurisprudenciales suficientes como para acometer una nueva regulación europea consistente y sobre todo completa y carente de indefinición. De hecho, las nuevas directivas partían de la necesidad de clarificar cuándo cabe realizar una modificación del contrato sin necesidad de proceder a una nueva licitación, y de considerar los modificados como nuevas adjudicaciones.

Las nuevas directivas presentan aspectos positivos en la regulación de los modificados. Así como la clarificación de qué se entiende por circunstancia imprevisible es fundamental. Para ello se ha seguido la doctrina del TJUE. Esta regulación constituye un varapalo a la regulación del TRLCSP que estableció una serie de circunstancias imprevistas predefinidas sin atender a la esencia de la cuestión: la imprevisibilidad para un poder adjudicador diligente.

Además, las nuevas directivas concretan cuando existe alteración sustancial del contrato, de forma precisa y muy similar a lo previsto en el TRLCSP. Se permite modificar los contratos por circunstancias no previstas en el pliego un contrato hasta un máximo del 50% de incremento del presupuesto de adjudicación, en clara analogía a la anterior regulación europea de los contratos complementarios.

Por otra parte, las directivas dan respuesta a la posibilidad de modificación por causa de la crisis económica, porque la consideración de alteración sustancial del contrato se produce con el aumento del 50% del precio y no con su disminución. Con ello además se observa que lo que las nuevas directivas sobre contratación pública pretenden proteger es la competencia y no al contratista que ve mermado su contrato.

Pese a estas virtudes, el alcance de la posibilidad de modificación contractual es desorbitado. Se contempla las modificaciones contractuales como una posibilidad en vez de como una excepción. Se aclara que los modificados previstos en el condicionado pueden tener un alcance económico ilimitado, sin que quepa entender que por mucho que figure en el condicionado una modificación en cuantía elevada no se altera sustancialmente el contrato – aunque la Directiva impone para estos supuestos el deber de respeto de la naturaleza global del contrato –, por más que los licitadores conozcan tal posibilidad. La consecuencia es que deberá existir un exhaustivo control de las previsiones de modificados en los condicionados, pues a menudo, la previsión de modificación en los pliegos de condiciones la posibilidad es genérica, vaga, e incluyendo supuestos que realmente ni son imprevistos ni pueden ser susceptible de modificación del contrato.

Pero lo más grave es que si los tribunales se habían tomado las molestias oportunas para deslindar el concepto de imprevisibilidad – por

ejemplo en la STGUE de 31 de enero de 2013 – ahora las directivas crean un umbral de *mínimis*, que permite las modificaciones inferiores a los umbrales de sujeción de la Directiva e inferiores al 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras. Ello es un paso atrás.

De transponerse literalmente la norma en España incorporando esta previsión, la práctica totalidad de las obras continuará liquidándose por el importe máximo fijado, un 15%. Lo peor es que parece no requerirse justificación alguna de la modificación hasta ese porcentaje, y ello no puede aceptarse. Es necesario que la norma española imponga el deber de que todos los modificados con independencia de su importe obedezcan a circunstancias imprevisibles para un poder adjudicador diligente.

La transposición de las Directivas no puede atender en exclusiva a la literalidad del artículo 72. Debe tomarse en cuenta lo previsto por el Considerando 107 que exige tomar en cuenta la jurisprudencia del TJUE para determinar cuándo procede modificar el contrato.

Quinta.- El TRLCSP contempla la regulación más restrictiva de la historia legislativa en España pero presenta graves deficiencias.

No ha existido norma en España que restrinja la potestad de modificar el contrato en la medida que lo hace el TRLCSP. La norma presenta grandes logros, como clarificar que cabe modificar el contrato únicamente si existe previsión expresa en el condicionado o si concurren circunstancias imprevistas, hacer obligatorios todos los modificados para el contratista, o prohibir las modificaciones sustanciales.

El problema fundamental está en la regulación de las modificaciones imprevistas. Lejos de admitir las modificaciones contractuales cuando acontezcan circunstancias verdaderamente imprevisibles para un poder adjudicador diligente, como ordenaban el TJUE y ahora las nuevas Directivas, se permite modificar el contrato si concurren alguna de las circunstancias enunciadas en el artículo 107 del TRLCSP. Este listado es extensivamente amplio y libremente configurable por el poder adjudicador. Causas como el error en el proyecto o del contrato permiten subsumir circunstancias que lejos

de ser imprevisibles pueden imputarse al poder adjudicador o al proyectista y a su mala *praxis*. Es necesario que se suprima el listado del artículo 107 del TRLCSP y se sustituya por el concepto de imprevisibilidad para un poder adjudicador diligente.

El concepto de circunstancia imprevisible es más restrictivo que la mera imprevisión. Es un imprevisto para un poder adjudicador diligente que conoce el mercado y actúa conforme a la *lex artis* de éste. Fuera de estos casos no es posible modificar el contrato. Hay que resolverlo y licitar nuevamente.

Además, el TRLCSP limita las modificaciones imprevisibles a las que no excedan del 10% del precio del contrato. Con ello se proscriben las modificaciones a la baja superiores al 10% del contrato, cuando la Unión Europea no efectúa tal prohibición. Pero lo peor es el límite del 10%. Este límite no parece responder a criterio jurídico alguno. Lo razonable es extenderlo hasta el 50% y tomarlo en cuenta solo para los incrementos y no para los modificados a la baja. Este nuevo límite coincidiría con el de las nuevas directivas, pero además, tendría su apoyo en las previsiones para los contratos complementarios. Además, debiera limitarse a un máximo de 50% cualquier variación del contrato sea por modificados o por contratos complementarios.

El concepto clave para valorar si procede una modificación contractual debe ser la existencia de alteraciones sustanciales. Una modificación sustancial conduce a un contrato nuevo adjudicado de forma directa e ilegal, porque se trata de contratos que exigen publicidad y transparencia. Trasunto de ello es la necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación para dar a conocer todos los elementos necesarios para formular adecuadamente las ofertas, en pie de igualdad a todos los posibles competidores, en detrimento del favorecimiento que conlleva la ejecución de sucesivos modificados por el contratista inicial y la renegociación del contrato sólo con éste.

Debe limitarse la posibilidad de cesión del contrato que contempla el artículo 226 del TRLCSP, pues conforme a la jurisprudencia del TJUE (especialmente las SSTJUE Pressetext, de 19 de junio de 2008, o Wall, de 13 de abril de 2010) no cabe alterar subjetivamente el contrato salvo cuando estemos ante reestructuraciones empresariales, situaciones de insolvencia o

aplicación de cláusulas que contemplen la alteración subjetiva como un modificado imprevisible.

Sexta.- La necesidad de configurar un procedimiento rápido para modificar el contrato.

La clave para conseguir la eficiencia en la contratación no es crear más trámites, ni más burocracia. La prueba evidente es que pese al excesivo rigor existente en la fase de licitación (la inadmisibilidad de la declaración responsable del licitador hasta fechas recientes, los formalismos en la presentación de la oferta – el bastanteo, el abuso de la garantía provisional y complementarias – , etc.), no cabe asegurar que la adjudicación se realice a la oferta realmente más ventajosa. Sobre todo nada garantiza que el contrato no se desnaturalice a medida que se ejecuta, dejando sin valor lo procedimentado.

Si he puesto de relieve que de nada han servido siglos de legislación sobre modificados deben proponerse soluciones.

El problema que se observa en la jurisprudencia analizada es que el contratista no se niega a las modificaciones, y como consecuencia de ello la Administración o las aprueba, o las ejecuta sin aprobarlas relegando el problema al final del contrato – sin que generalmente se inicien procedimientos de responsabilidad disciplinaria y contable frente a sus responsables – .

La clave es la rapidez en la tramitación. Un ejemplo que puede emplearse analógicamente es el de los tribunales de recurso especial. A la Administración le afligen los recursos en vía judicial, porque dilatan varios años su respuesta y consecuentemente defiende la legalidad de sus actos. En cambio, cuando la respuesta es ágil y aún es posible corregir el error sin mayores problemas – fundamentalmente sin indemnizaciones – los problemas disminuyen.

Un procedimiento rápido de modificación donde el informe jurídico y los restantes trámites sean anteriores a la ejecución del contrato ayudará a que solo se ejecuten los modificados que no alteren sustancialmente el contrato y sobre todo sin presiones para la Administración respecto al precio a abonar.

Pero más importante es promover un procedimiento más rápido para autorizar las modificaciones contractuales para evitar la existencia de

reformados anticipados que generen un conflicto entre la Administración y el contratista.

El procedimiento sumario previsto en el artículo 234.4 del TRLCSP para los modificados que exijan la suspensión de las obras debe establecerse para toda clase de modificados.

Que la tramitación de cualquier licitación dure más de tres meses debe mejorarse, pero la tramitación de un modificado no puede durar este tiempo; la alternativa de la que irregularmente ha hecho uso la Administración es ejecutar el modificado y luego validarlo.

Deben bastar los trámites justos para verificar cuál es la circunstancia que motiva el modificado y cuál es su valoración.

Además, ante la negativa a ejecutar el modificado por el precio que la Administración determine, debe posibilitarse un procedimiento con menos plazos de tramitación. De este modo el contratista no tendrá como herramienta de presión a la Administración la continuidad del contrato. Si el contratista no desea ejecutar por un precio razonable el modificado debe proseguirse el contrato con otro contratista que se elija de forma ágil.

Respecto del cálculo del precio de los modificados, puede ser clave que en la medida de lo posible se empleen los Cuadros de precios descompuestos que figuren en el proyecto de obras – que carecen actualmente de valor contractual –. Así se conseguirán que no se abonen sobrepuestos por unidades asimiladas a las ya previstas o que pueden confeccionarse a través de la adición de varios descompuestos.

Séptima. La publicidad y la posibilidad de recurso a los modificados son herramientas que pueden contribuir a restringir los modificados a los estrictamente necesarios.

En el momento en que la Administración hace pública una modificación del contrato y permite que su recurribilidad sin ambages, está proclamando que su modificado es adecuado. En otro caso, ante la irregularidad en la modificación del contrato y las corruptelas se prefiere el secretismo.

Si una modificación es una nueva adjudicación, porque se encargan prestaciones nuevas y/o diferentes a las originarias y porque constituye una

modificación del contenido originario del contrato, debe publicarse igual que si fuera una adjudicación.

Además la modificación debe notificarse a todos los licitadores porque si la adjudicación se debe notificar un acto que varía su contenido también deberá serlo, como ha puesto de manifiesto la STJUE de 8 de mayo de 2014.

No hay que esperar a que esta obligación se imponga a los gestores por vía legal, como ocurrió en Aragón o Navarra. La publicidad y difusión del condicionado no sólo generará la posibilidad de recurso en estos interesados sino que evitará que se realicen de llevar a cabo modificados.

Debe contemplarse de forma expresa que los licitadores admitidos a la licitación pueden recurrir las modificaciones contractuales.

Además, partiendo de que la modificación contractual es materialmente una nueva adjudicación, cabe interponer tanto los recursos administrativos ordinarios, como el recurso especial como una cuestión de nulidad. Ello ha quedado patente con la STJUE de 8 de mayo de 2014 que considera adecuado mantener abierto el plazo de adjudicación para recurrir las modificaciones contractuales en tanto que pueden suponer irregularidades respecto de la adjudicación. Lo contrario conllevaría una defectuosa transposición de la Directiva 89/665/CEE de recursos por la imposibilidad de que una decisión autónoma dentro del procedimiento de contratación no pueda ser recurrida de una forma ágil y eficaz.

Es necesario modificar el TRLCSP para contemplar expresamente la posibilidad de recurso especial frente a las modificaciones contractuales estén o no previstas en el condicionado, como ya ha realizado Navarra.

Creo que cabría finalizar esta memoria, en coherencia con todo lo expuesto, manifestando mi firme convicción en la necesidad de evitar las modificaciones contractuales y en la creencia de que no son una solución sino un problema. Problema que solo puede evitarse si la Administración cae en la cuenta de que un modificado es un perjuicio económico grave para ella y una desvirtuación del proceso de licitación que hace a éste inservible. Es necesario que se respete el derecho a una Buena Administración.

Las leyes crearán controles, burocracia, pero sólo si clarifican los presupuestos de la modificación, crean procedimientos rápidos y sin burocracia harán que finalice el problema de la modificación de los contratos.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, «Modificación de un contrato de obra adjudicado para una autoridad portuaria», *Anales de la Abogacía General del Estado*, Nº 2004, enero 2006, pp. 167 – 169.

ABOGADOS GOMEZ – ACEBO & POMBO ABOGADOS S.L., «La modificación de los contratos públicos y privados tras la Ley de Economía Sostenible. Supuestos, requisitos y procedimiento», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, Nº 139, 2011, pp. 82 - 86.

ALMONACID LAMELAS, V.

- «Sobre la posición del tratado y de la normativa europea en relación con nuestro ordenamiento jurídico», *Noticias Jurídicas*, febrero, 2006.

- *Contratación pública local 2011: conceptos esenciales y aspectos prácticos*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.

AMEZCUA ORMEÑO, E., «Ius variandi, precios contradictorios y revisión de precios en el contrato de obras celebrado por poder adjudicador no administración pública tras la Ley de economía sostenible», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 6/2011 (Estudio), p. 123 – 126.

ANTONIE, J., «Le principe d'adaptabilité: de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins», *Revue française de droit administratif*, Nº 3, 2001, pp. 589 – 604.

ARIAS CRIADO, B., «El contrato de concesión de obras públicas», *Noticias jurídicas*, noviembre 2011.

ARIMANY LAMOGLIA, E., «El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del TS («autopista Madrid-Toledo AP-41»)», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Nº. Extra 1, 2011, pp. 93 -100.

ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.

ARIÑO Y ASOCIADOS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 2005.

AUBERT, M., BROUSSY, E., DONNAT, F., «Chronique - Chronique de jurisprudence communautaire». *AJDA – Actualité Juridique – Droit Administratif*. 2010. (17), p. 946.

BAÑO LEÓN, J.M., «La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, Nº 151, pp. 11-37.

BARRACHINA JUAN, E., *Lecciones de Derecho Administrativo I*. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985.

BARRERO RODRIGUEZ, C., *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, 1ª Edición, Junio de 2007.

BASTARDO YUSTOS, F.M., *Contratos para la Administración Local*, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2010.

BATOT, S., *Les rapports juridiques entre les droits interne et communautaire dans le contentieux des contrats de la commande publique*, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2008, pp. 32 - 56 (Tesis).

BELLO PAREDES, S.A., *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, Madrid, 2011.

BELTRAN GÓMEZ, A., «La transparencia en la modificación de los contratos públicos», *Observatorio de Contratación Pública*, 8 de octubre de 2012.

BERMEJO VERA, J.,

- «Objetivos, principios y prospectiva de la política comunitaria de contratos públicos», *Revista Galega de Administración Pública*, Nº 29, 2002, pp. 141 – 164.

- *Derecho Administrativo Básico, Parte General*, (9ª ed.), Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009.

BERNAL BLAY, M.A.,

- «Acerca de la transposición de la Directivas comunitarias sobre contratación pública», *Revista de Administración Pública*, 2005, Nº 168, pp. 167-185.

- «El control sobre la modificación de los contratos públicos», *Observatorio de Contratación Pública*, 1 de septiembre de 2011.

- «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos», en GIMENO FELIU, J.M (dir) BERNAL BLAY, M.A. (coord), *Observatorio de contratos públicos 2010*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2011, p. 174.

BERNAT MAICAS, C., «La suspensión de la ejecución de las obras», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 2, 2011, pp. 184 -187.

BILLIAU, M., GHESTIN, J., *Le prix dans les contrats de longue durée*, L.G.D., París, 1990, pp. 108 – 173.

BLANC, J., GARDÓ, R., MORERA, J., SANGENIS, J.M., VICENTE, E., VIDAL, R., *Introducció a la llei de contractes de les administracions publiques*, Escala del' Administració Pública de Catalunya, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995.

BLANQUER CRIADO, D.,

- *Introducción al Derecho Administrativo*, 2 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- *Derecho Administrativo (1º el fin, los medios y el control)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

BOCKMAN MOREIRA, E., «Contratos públicos de longo prazo, mutações e segurança jurídica», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, FERNANDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (Dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014.

BOQUERA OLIVER, J.M., *Poder administrativo y contrato*, Escuela de Administración Pública, 1970, Madrid.

BOTTONE, E. «Il divieto di rinegoziazione dell offerta nella concessione di servizi». *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2010. Nº 3, pp. 1223-1227.

BROWM, A.,

- «Changing a sub-contractor under a public services concession de Service public, *Public Procurement Law Review*, Nº 9, 2010, pp. 164 – 165.

- «When do changes do an existing public contract amount to the award of a new contract or for the purposes of the EU procurement

rules? Guidance at last in Case C-454/06 (2008)», N° 17, *Public Procurement Law Review*, p. 51 - 73.

CALVO RUATA, P., «La zozobra de la modificación de los contratos públicos, ¿tiempos de hacer de la necesidad virtud? », *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 3, 2011, p. 395

CANTERA CUARTANGO, J.M., «La renegociación de los contratos públicos en tiempos de crisis económica», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, N° 19, Quincena del 15 al 29 Oct. 2012, p. 2143, tomo 2

CASAS BAHAMONDE, M.E., RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (Dtores.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwers, Madrid, 2008,

CASSAGNE, J.C., *El contrato administrativo*, Editorial ABELEDO – PERROT S.A.E., Buenos Aires (Argentina), 1999.

CASTAÑEDA SÁNCHEZ, R, «Reflexiones sobre la supervisión de proyectos: ¿cuándo y cómo la supervisión de proyectos? ». *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, N° 3443, 2004, pp. 19-30.

CATALÁ MARTÍ, J.V., *La contratación de las administraciones públicas ajustadas a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2008.

CAZORLA PRIETO, L.M., *Temas de Derecho Administrativo (3 ed.)*, Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Madrid, 1983.

CEA AYALA, A., « La nueva regulación de la modificación de los contratos», *Contratación Administrativa Práctica*, N° 118, 2012, pág. 46.

CEPEDA MORRAS, J. y YANEZ DIAZ, C., y Otros, *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

COLAS TENAS, J.,

- «Contratación Local», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011*, N° 3, 2012, pp. 79 – 113.

- «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 153, 2012, pp. 253-276.

- «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público», *Boletín Derecho Local*, 1 de junio de 2011.

COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B.,

- «Hacia un tratamiento definitivo del *ius Variandi* en la normativa contractual española a través de la Ley de Economía Sostenible», *Noticias Jurídicas*, junio 2010.

- «Hacia una nueva Directiva de Contratos Públicos», *Noticias Jurídicas*, mayo 2012.

COMITÉ DE REDACCIÓN, *CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA PRÁCTICA*

- «Modificaciones de obra no autorizadas por el órgano de contratación», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 104, 2011, p. 10.

- «La crisis económica como causa de modificación del contrato», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 123, 2013, pp. 22 - 24.

CORTES MARTIN, J.M., «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», Enero – abril 2010, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año Nº 14, Nº 36, 2010, pp. 581 – 583.

COSCULLUELA MONTANER, L, *Manual de derecho administrativo, parte general*, 21 ed., Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2010.

CUADRADO ZULOAGA, D., « Indemnización al contratista por la suspensión de obras públicas», *Actualidad Administrativa*, Nº 1, p. 77, Tomo 1, Editorial LA LEY.

CUDERO BLAS, J., « Algunas reflexiones sobre el recurso especial en materia de contratación tras la aprobación del RD Leg. 3/2011, de 14 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de Jurisprudencia*, Nº 2, 10 de mayo de 2012.

DE FALCO, V., « Gli Appalti pubblici in Spagna e le dissonanze con l'ordinamento comunitario alla luce del principio giurisprudenziale dell'effettoutile», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, pp .829-833.

DE LAUBADÉRE, A., MODERNE y F., DELVOLVÉ, P., *Traité des contrats administratifs, Tomo II*, Librairie generale de droit et de jurisprudence (LGJD); 2 ed., París, 1983.

DE LA MORENA DE LA MORENA, L.,

- «Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas», *Revista de Administración Pública*, Nº 100-102, 1983, pp. 847 - 880.

- *Curso de derecho administrativo, concepto, orígenes, sistemas, fuentes, potestades* (autor - editor), Madrid, 1989.

DEL PRETE D., *L 'avenant dans les contrats administratifs*, These 6 de diciembre de 2002, Universited´Aix – Marseille.

DI COMITE, V.: «Sull'applicabilità el tempo delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 334-339.

DÍEZ CALZADA, J.R., «Comentarios al nuevo Régimen de modificación de los Contratos del Sector Público», *Contratación administrativa práctica*, Nº 112, 2011, pp. 58 – 67.

DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2003.

DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I*, Introducción, Teoría del contrato, Civitas, Madrid, 1981.

DIEZ SASTRE, S.,

- *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 71 –79.

- « La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos.», *Revista de Estudios Locales, Número extraordinario "cuestiones teóricas y prácticas sobre la contratación pública local"*, Nº 161, 2013, pp. 87-117.

DISCHENDORFER, M.; «The Scope of Application of the E.C. Procurement Directives Rationae Temporis», *Public Procurement Law Review*, 2001, pp.20 –23

DOMINGUEZ LUELMO, A. (Dr.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, 2010.

EDUARDO ESTÉVEZ, A., «El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 124, 2013.

EL-BÄHÄRRY, I.R.M. *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux* (Tesis).

ESCOLA, H.J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

ESCRIHUELA MORALES, F. J.,

- «La necesaria reforma de la modificación de los contratos públicos», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 95, 2010, p. 59.

- «La contratación del Sector Público ante la crisis económica. Renuncia, desistimiento, suspensión, modificación y resolución de los contratos», *Contratación Administrativa Práctica*, Nº 119, 2012, p. 81.

- *Cumplimiento de los contratos, en La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministro y servicios*, La Ley, Madrid, 2007.

ESCUIN PALOP, C., *Curso de Derecho administrativo*, 3 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

EUGENIO COMBA, M., *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, G. Giappichelli editore, Torino, 2011, pp.170 -176

FEKL, M., *Action publique et droit de la concurrence*, IEP de París – Préparation des concours administratifs, 23 mayo de 2007, p. 14.

FERNÁNDEZ CRIADO, J., y QUINTANA QUINTANA, L., «El diferente régimen de la prórroga de los contratos administrativos de gestión de servicios públicos», *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados*, Nº 23, 2004 (documento electrónico).

FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a. Y., «El concepto jurídico indeterminado de "servicio esencial" en la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, Nº 170, 2006, p. 325 - 328.

FERNANDEZ HIERRO, J.M, *La modificación del contrato*, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona (Navarra), 1992.

FUNDACIÓN FIASEP, AUDITORIA PARA LA TRANSPARENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO, Comisión Técnica de Auditoría Pública, *Principios de contratación administrativa y su aplicación práctica en las áreas de riesgo*, documento N° 5, 2013.

GALLEGO CORCOLES, I.,

- «Ejercicio del "ius variandi" (I)», *Contratación Administrativa Práctica*, N° 55, 2006, pp. 48 - 55.

- «Ejercicio del "ius variandi" (y II)», *Contratación Administrativa Práctica*, N° 56, 2006, pp. 53-59.

- «La contratación local ante las sucesivas reformas de la Ley de Contratos del Sector Público», *Anuario de Derecho Municipal*, 2010, Madrid, 2011, pp. 133 – 166.

- «¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?», *Contratación Administrativa Práctica*, N° 110, Julio, 2011.

- «Modificación "a la baja" del contrato público», *Contratación administrativa práctica*, N° 121, 2012, pp. 110 – 116.

- «La apresurada exclusión de las modificaciones contractuales del ámbito del recurso especial en materia de contratación», *Observatorio de contratación pública*, 5 de septiembre de 2011.

- «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación», *Diario La Ley*, N ° 7718, Sección Tribuna, 19 Oct. 2011, y Revista *Contratación Administrativa Práctica*, N ° 113, 2011.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual Básico de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Editorial Tecnos, Madrid.

GARCÉS SANAGUSTÍN, M., «El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos.», en PAREJO ALFONSO L. y

PALOMAR OLMEDA, A. (Dtores.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo . I.* 13ª Ed., 2006.

GARCIA DE LA MATA, J.E y PIPAÓN PULIDO, J.G., «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Diario La Ley*, Nº 6983, 7 de julio de 2008, Editorial la Ley.

GARCÍA MARTINEZ, F.J., «Insolvencia sobrevenida del adjudicatario en los contratos administrativos, ¿Conservación o resolución del contrato?», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, FERNANDEZ ACEVEDO R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P. (Dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014.

GARCÍA GOMEZ DE MERCADO, F., *Manual de Contratación del Sector Público*, Editorial Comares S.L., Granada, 2011.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, imprenta de la sociedad tipográfico – editorial, Madrid, 1852.

GARCÍA PÉREZ, M., *La utilización del dominio público marítimo terrestre: estudio especial de la concesión demanial*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

GARCÍA TREVIJANO, E., *La suspensión del contrato administrativo*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1991.

GARRIDO FALLA F. y OTROS, *Comentarios a la Constitución Española*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1980.

GARRIDO FALLA F. y PALOMAR OLMEDA A., LOSADA GONZÁLEZ H., *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, parte General*, 24 Ed., Tecnos, Madrid, 2005.

GIMENO FELIU, J.M.

- «Observaciones al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público y consecuencias del vencimiento del plazo de trasposición de la Directiva 18/2004», *Contratación administrativa práctica*, 2006, Nº 52, pp. 33 - 46.

- *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de*

contratos públicos y propuestas de reforma, Thomson – Civitas, Madrid, 2006.

- «El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas en contratación pública», *Revista de Administración Pública*, 2007, Nº 173, pp. 63-100.

- «La incorporación del Derecho comunitario al Ordenamiento nacional», *Noticias de la Unión Europea*, 2007, Nº 267, pp. 61 – 67.

- «Las fuentes normativas en materia de contratación local. El estado de la cuestión», *Cuadernos de derecho local*, Nº 14, 2007, pp. 24-56.

- «Aproximación a las principales novedades de la ley de contratos del sector público», Nº X, monográfico El derecho de los contratos del Sector Público, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2008, p. 43.

- «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, Nº 176, 2008, pp. 9-54.

- «El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP: Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos», *Cuadernos de derecho local*, Nº 22, 2010, pp. 43-82.

- «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 147, 2010, pp. 517-535.

- «La Ley de Contratos del Sector Público: una norma en movimiento», *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 799, 2010, p. 13.

- «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº. 9, 2010, pp. 50-55.

- *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos*. Thomson Reuters, 2010, Cizur Menor (Navarra).

- «El régimen de modificación de los contratos: regulación actual y perspectiva de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 149, 2011.

- «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos» en GIMENO FELIU J.M. (Dtor.), *Observatorio de contratos públicos 2010*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 211 – 258.

- *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, alcance y efectos prácticos*, Colección Cátedra de Derecho Local, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 118 – 119.

- «Las nuevas directivas-cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 159, 2013, pp. 39-106.

- *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013.

GIRALDES GUTIÉRREZ, L.S., «Los principios informadores de la ejecución del contrato, un instrumento útil para aumentar la eficiencia en la gestión de los contratos administrativos y para incrementar la seguridad jurídica que afecta a las relaciones que nacen del contrato», *Observatorio de contratación pública*, 7 de noviembre de 2013.

GHOZI, A., *La modification de l'obligation par la volonté de las parties*, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1980, París.

GOMEZ – FERRER MORANT, R., y OTROS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas Ediciones S.L., 2004, Madrid.

GONZALEZ CARRILLO, J., *Contratación del Sector Público Local*, 2nda ed., El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2010.

GONZALEZ PÉREZ, J. y GONZALEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Volumen I*, 4ª ed., Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2007.

GONZÁLEZ VARAS- IBAÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, El contrato Administrativo*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2008.

GRIS GONZALEZ, J. C., «La modificación de los contratos del Sector Público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 28, 2012, pp. 1 - 35.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., «El “ius variandi” en las obras con ajuste alzado. Antecedentes históricos, evolución jurisprudencial y examen del derecho comparado», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIV (2011), pp. 143 – 172.

HACAR RODRÍGUEZ, F.; CANDÓN, M. «La Carta de Vauban», *Revista de Obras Públicas*, Nº 3393, 1999, pp. 53-61

HARGAIN, D., «La autonomía de la voluntad rige exclusivamente en materia contractual, y no en el ámbito de los negocios jurídicos no obligacionales», *Revista crítica de derecho privado*», Nº 3, Montevideo, 2006. (documento electrónico).

HARTLEV, K., WAHL LIJENBOL, M., «Changes to existing contracts under de EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender», *Public Procurement Law Review*, 2, 2013, p. 64.

HERNÁEZ SALGUERO, E.,

- « El recurso administrativo especial en materia de contratación a la luz de las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Nº 28, junio, 2013, pp. 79 - 120.

- «Visión crítica de la inclusión en el ámbito del recurso administrativo especial en materia de contratación de la modificación contractual», *La contratación pública: problemas actuales, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*, 2013.

HERNANDEZ CORCHETE, J.A., en VAZQUEZ GARRANZO J., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona.

HOEFFNER HÉLÈNE,

- «La modification des contrats de la commande publique a l'épreuve du droit communautaire». *Revue française de droit administratif*, 2011. N° 1, pp. 98-114.

- *La modification du contrat administratif*, L.G.D.J., Paris, Bibliothèque de Droit Public, 2009.

HORGUE BAENA, C., *La modificación del contrato administrativo de obra*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

CIBINIC, J., NASH JR. R.C., NAGLE J.F., *Administration of Government Contracts*, The George Washington University Law School, Washington, Wolters Kluwers, 2006.

JAMIN C., MAZEAUD D., «L 'Unilatéralism et le droit des obligations», *Actes collo que organisé par le Centre de recherche européen de droit des obligations de l'Université Paris Val-de-Marne (Paris XII)*, 1999.

JIMÉNEZ APARICIO, E., y OTROS, *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Tomo III , Editorial Aranzadi S.A. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

JIMENEZ APARICIO, E., en *Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*, Tomo II, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2009.

JIMENEZ AYALA, J., «Los avances de la legislación de contratos de obras públicas en el siglo XX para prevenir las desviaciones presupuestarias», *revista de obras públicas*, mayo 2004, N° 3, pp. 49 - 58.

JURGEN, A., «Risiken der Anderungeines Dienstleistungskonzessionsvertrags: Anmerkungzu.», *GPR: Zeitschrift für Gemeinschafts privatrecht*. N° 7, 2010, pp. 307-310.

JURISTO SÁNCHEZ, R., *La ejecución del contrato de obra pública*, 2nda ed., Madrid, 1991.

LASOK, Q.C. P., *Changing The Contract Specification during and after the Tender Process*, Monckton Chambers.

LÉCUYER, H., en JANNIN, C., MAZEAUD, D. (Dirs.), *L'unilateralisme et le droit des obligations*, Editorial Económica, París, 1999, p. 48.

LEGUINA VILLA, J., «Principios generales del Derecho y Constitución», *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 114, 1987, pp. 7 - 38.

LIBERT, X., «Les modifications du marché en cours d'exécution», *Actualité des marchés publics*, AJDA, Droit Administratif, 1994, pp.65 -69.

LOPEZ DE LERMA I LOPEZ, J., SUBIRANA I DE LA CRUZ, S., «La modificación de los contratos de prestación de servicios de recogida de residuos urbanos tras la nueva Ley de Economía Sostenible. El caso de la implantación del sistema de recogida selectiva», *Revista CEF LEGAL*, Nº132, 2011, pp. 63 -114.

LÓPEZ IBOR MAYOR, V., «Contratación Pública: una reflexión europea», *Observatorio de Contratación Pública*, 18 de octubre de 2011.

LOSADA GONZALEZ, H., en VAZQUEZ GARRANZO, J., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona. 2008.

LOZANO CUTANDA, B., «Limitación del ius variandi y otras modificaciones de la Ley de Contratos del Sector Público», *Diario La Ley*, Nº 7615, 20 de abril de 2011.

MARC STEINER, B., «Mannehmeineprise «presstexttext», et was Rechtsschutz in Vergabesachen, relativiere das Ganzedurch den Grundsatz der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, und fertigt das Urteil «Wall», *European LawReporter*. 2010. Nº 6, pp. 207-212.

MARTÍN IGLESIAS, F., «Caso fortuito, fuerza mayor y consumidores», *Cuadernos de estudios empresariales*, Nº 10, 2000, págs. 101-136.

MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Administrativo*, 6ª ed., Editorial Aranzadi SA., Cizur Menor (Navarra), 2007.

MARTIN REBOLLO, L.M., en GÓMEZ – FERRER MORANT R. y OTROS, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2 ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 589

MARTINEZ FERNÁNDEZ, J.M.,

- «Las modificaciones contractuales. La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el TRLCAP», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 3, quincena 15 - 27 de febrero de 2001.

- «La tramitación de los futuros modificados de contratos del sector público con la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía

Sostenible», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, Nº 39, 2011, pp. 89 – 100.

- «Las modificaciones contractuales. La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el TRLCAP», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 3, Tomo 1, 2011, p. 443.

- «Breve comentario a las interpretaciones del TRLCSP por la JCCA realizadas en las Recomendaciones de 1 de marzo de 2012», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 10, La Ley, Tomo 1, p. 1203.

- «Ejecución de los Planes de Ajuste y gestión del patrimonio municipal». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 11, junio 2012, p. 1413.

MARTIN-GIL GARCÍA, M.D., «Las modificaciones de los contratos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *El Consultor de los Juzgados y los Ayuntamientos*, Nº 3, 2008, pp. 415.

MEDINA ARNAIZ, T.,

- «Observatorio de la actividad de los órganos consultivos en materia de contratos públicos.», *Observatorio de contratos públicos 2011*, GIMENO FELIU J.M. (Dir), Aranzadi, 2012, pp. 179 – 309.

- «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en *La contratación pública a debate: presente y futuro*, FERNANDEZ ACEVEDO R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ P. (Dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, PP. 313 – 327.

MEDINA CRESPO, M. y MEDINA ALCOZ, L., *La fuerza mayor y su condicionada virtualidad Exoneradora en sede de responsabilidad civil*, Ponencia al 6º Congreso Asociación Española de Abogados, especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Cáceres, 2006.

MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

MELLADO RUIZ, L., «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Contratación administrativa práctica*, Nº 99, 2010, p. 63.

MENÉNDEZ GÓMEZ, E., *Contratos del Sector Público: contrato de obras públicas*, Thomson Aranzadi, 2008, Cizur Menor, 1ª ed., 2008.

MESA VILA, M., La aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria como causa de modificación de los contratos del sector público andaluz, *Observatorio de Contratos Públicos*.

MODERNE, F. y DELVOLLE, P., *Traité des contrats administratifs*, Tome 1, L.G.D.J., Tome 1, 2nd Ed., París, 1983, p. 508.

MONEDERO GIL, J.I., *Doctrina del Consejo de Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

MORENO GIL, O., La revisión de precios en la contratación administrativa, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1980.

MORENO MOLINA, J.A,

- «El derecho comunitario como impulsor de la formación de un derecho administrativo común europeo. La noción comunitaria de administración pública», *Noticias de la Unión Europea*, 1999, Nº 169, pp. 21-36.

- «La Administración Pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un Derecho administrativo europeo común». *Revista de Administración Pública*, 1999, Nº 148, pp. 341 – 358.

- «La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos», *Revista de Administración Pública*, 2000, Nº 151, pp. 319-342.

- «Reciente evolución del derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho común», *Contratación administrativa práctica*, 2004, Nº 34, pp. 28-53.

- *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 33 – 43.

- *La Contratación Pública en los países de la Comunidad Andina. Un estudio comparado con el Derecho de la Unión Europea*, Secretaría General de la Comunidad Andina. Lima, julio 2007.

- «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en *la Ley de contratos del sector público*» *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico X, 2010, pp. 2008, pp. 49 – 86.

- «Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Jurídica de Navarra*. Nº 45, Enero – junio 2008, pp. 45 -75.

- «Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración», *Anuario del Gobierno Local* 2011, pp. 99 -115.

- «La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, en GIMENO FELIU J.M. (Dir.), BERNAL BLAY M.A. (Coord.), Editorial Aranzadi S.A., p.163 efectúa un estudio de las novedades contenidas al respecto en la propuesta de Directiva.

MOREO MARROIG, T., «puntos clave de la propuesta de directiva de contratos públicos», [http:// administracionpublica.com/puntos-clave-contratación/](http://administracionpublica.com/puntos-clave-contratación/)

MOREY JUAN, A., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia, 1998.

MORREL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, el derecho administrativo y sus fuentes, la organización administrativa y sus medios*, Servicio de Publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1988.

MUÑOZ LÓPEZ, E. en *Contratación del Sector Público Local*, 2ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid 2010, p. 1034.

MUÑOZ MACHADO, S.,

- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2004.

- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo IV*, Iustel, 2011, Madrid, p. 313.
- NOEL KEYES, W., *Government contracts in a nutshell*, 3 ed., St. Paul (EEUU), 2000, p. 440.
- NOGUELLOU, R., *La transmisión des obligations en droit administratif*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public, tome 241, París, 2004, pp. 109 – 111 y 147.
- NÚÑEZ MUÑAIZ, R., *Comentarios al Texto Refundido y al Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Dykinson S.L., Madrid, 2004.
- ORDOÑEZ SOLIS, D.,
- «La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario europeo», *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, Nº 1921, julio de 2002, pp. 7 - 32.
- *La contratación pública en Europa*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002.
- PADRÓS REIG, C. «Modificaciones subjetivas en la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos: entre dogmática administrativa y realidad práctica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 135, 2007, pp. 459 – 503.
- PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J.J., «El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual», *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013.
- PAREJO ALFONSO, L., JIMENEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 1 (5 ed.), Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1998.
- PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- PAREJO ALFONSO, L.J., «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratación del Sector Público», *Documentación administrativa*, Nº 274-275, 2006, pp. 11 - 44.

PIÑAR MAÑAS, J. L., «El Derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos», en GÓMEZ-FERRER R., *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004.

POULSEN, S. T., «The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure», *Public Procurement Law Review*, 2012, Nº 32, p.175.

PUERTA SEGUIDO, F., «El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», en *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

PUERTA SEGUIDO F., PUNZÓN MORALEDA J., DOMÍNGUEZ ALONSO A.P., «La nueva regulación en la Directiva de la fase de ejecución de los contratos y la repercusión de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificación de los contratos», *Contratación administrativa práctica*, Nº 129, enero – febrero, 2014, pp. 22 – 29.

PUIG BRUTAU. J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen I, 3ª ed., Doctrina General del contrato, Boch, Barcelona, 1988.

PUIG I FERRIOL, L., GETE –ALONSO Y CALERA, M., GIL RODRIGUEZ, J., HUALDE SÁNCHEZ, J.J., *Manual de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

QUINTANA LOPEZ, T. A., «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 131, 2006, págs. 421-444.

RAZQUIN LIZARRAGA, J.A.,

- «La legitimación activa para interponer recursos precontractuales en la contratación pública a propósito de la STC 119/2008», de 13 de octubre, *Repertorio de Jurisprudencia* Nº 18/2008.

- «El nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público tras la ley de economía sostenible», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 8/2011.

RAZQUIN LIZARRAGA, M.Mª.,

- *Contratos públicos y derecho comunitario*, Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, Navarra, 1996, pp. 19 -36.
 - «La jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública», *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, Nº. 6, 2000, pp. 5-32.
 - «La Ley de Contratos del Sector Público balance crítico, aplicación y novedades, en especial, para los entes locales», *Revista de Administración Pública*, Nº 186, 2011 , p. 66
- BONNARD, R., *Précis de droit administratif*, Librairie generale de droit et de jurisprudence (LGJD); 4ª ed., París, 1943.
- RACCA, M.G., «collaborative procurement and contract: performance in the Italian Healthcare sector: illustration of a common problem in European procurement», *Public Procurement Law Review*, Nº 19, 2010, p. 130.
- RODIERE, R. (Dir.), «les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles», en PEDONES A., *Harmonization des droit des affaire dans les pays du marche commun*, París, 1986.
- RICHER, L.,
- «Delegations de Service public: leur cession est ele compatible avec la lo sapin?» *MTPB*, 3 de marzo de 2000, p. 78
 - *Droit des contrats administratifs*, 3ª ed., L.G.J.D., París, 2002, pp. 230 – 232.
- RODRIGUEZ – ARANA MUÑOZ, J., *La prórroga en los contratos administrativos. Concepto, funcionalidad y régimen en los contratos de obras y en gestión de servicios públicos*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1988.
- RODRIGUEZ CASTAÑO, A.R., «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos», en *La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009.
- RODRIGUEZ DE RIVERA, DOMINGO, C., en PAREJO ALFONSO L. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dtores.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, op. cit.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Los contratos del sector Público (Comentario)*, Edisofer S.L., Madrid, 2010, p. 526.

ROSADO PACHECO, S., La instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845, *V congreso AEPDA: del antiguo régimen a la administración contemporánea*, San Fernando (Cádiz), 5 y 6 de febrero de 2010.

SABATER BAYLE, E., « Precio alzado en el contrato de obra y coste real superior al presupuestado», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 19, 1989, pp. 279-290.

SAINZ MORENO, F. en PENDAS DIAZ, B.(coord.), *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas)*, Ciss Praxis, 1995, Madrid.

SANCHEZ MORON, M.,

- *Contratación Administrativa II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

- *Derecho administrativo (parte general)*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.

SANTAMARÍA PASTOR, J Y PAREJO ALFONSO, L., *Derecho administrativo: La jurisprudencia del TS*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1989

SANTAMARIA PASTOR, J.A.,

- *Apuntes de derecho administrativo*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1985.

- *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen I, 4 ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2002.

- *Principios de Derecho Administrativo General II*, Portal Derecho S.A., Madrid, 2009.

- «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 159, 2013, pp.25-38.

ROMANO, S.,

- *Corso di diritto amministrativo, principí generali*, 3 ed., CEDAM (Casa Editrice Dott, Antonio Milani) Padova, 1937.

- *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Ed. Dott A. Giuffré, Milán, 1947.

SANTIAGO IGLESIAS, D., «Comentario a la sentencia del TJCE de 3 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH», *Dereito: Revista Xuridica da Universidad de Santiago de Compostela*, Vol. 15, Nº 2, 2006, pp. 173-181.

SARMIENTO GARCÍA, M.G., «Los derechos del pasajero derivados del Convenio de Montreal de 1999 y del derecho comunitario andino», *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial*, Abril de 2010, Nº 93, p. 55

SIMON, D., «Obligation de transparence en cas de modification d'une concession de Service public, Europe – revue mensuelle lexis nexis juris classeur, Nº 6, 2010, p. 21 -23.

SIMOVART, M.A., «Amendments to procurement contracts: Estonian Law in the light of the Pessetext Ruling», *Juridica Internacional*, Nº XVII, 2010, p. 151;

SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Editorial Aranzadi S.L., Cizur Menor, Madrid, 2008, p. 272.

SØREIDE, T., *Corruption in public procurement Causes, consequences and cures*, Chr. Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, Norway, 2002.

TENA RUIZ, J., «Modificaciones de los contratos, especial referencia a la modificación de los contratos de obras», *Boletín de Derecho Local*, 3, junio de 2009.

TRYBUS, M., «Improving the Efficiency of Public Procurement Systems in the Context of the European Union Enlargement Process», *Seminar for the World Bank*, Washington D.C., USA, Diciembre 2003 (document electrónico).

UBAUD-BERGERON, M., *La mutabilité du contrat administratif*, Montpellier (Thèse, 18 décembre 2004).

VAZQUEZ GARRANZO, J., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona, 2009.

VAZQUEZ MATILLA, F.J.,

- «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre recursos y su incidencia en la normativa sobre

contratación administrativa en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, Nº 45, 2008. pp. 149 -181.

- «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 143, 2009, pp. 529 -564.

- «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: proyecto de ley de economía sostenible», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2010, pp. 317 - 351.

- «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación administrativa práctica*, Nº 94, 2010, pp. 54-63.

VELAZQUEZ CURBELO, F., *Manual práctico de contratación del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

VICENTE IGLESIAS, J.L., *Comentarios a la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector Público*. Wolters Kluwers España S.A., Madrid, 2008.

VILLAR PALASI, J.L., *Lecciones sobre contratación Administrativa*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1969.

VILLAR PALASÍ J.L. y VILLAR EZCURRA J.L., *Principios de Derecho Administrativo, actos, recursos y jurisdicción contencioso-administrativa*, 4 ed., Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.

