

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PUBLICOS: LÍMITES Y DERECHO APLICABLE

*Jose Maria Gimeno Feliu**

SUMARIO.1.-Introducción: Los Principios de la contratación e integridad y su extensión a la fase de ejecución. - 2.- Las reglas que sobre modificación contractual fijadas el Derecho de la Unión Europea: la jurisprudencia del TJUE. - 3.- La regulación vigente de los modificados en el TRLCSP. La reconducción del ius variandi. - 3.1. Significado del ius variandi en la contratación pública española. - 3.2. La nueva regulación de los modificados en España tras la Ley de Economía Sostenible de 2011. - 4.- La modificación contractual en las propuestas de nuevas Directivas. Régimen y control. - 4.1. El régimen de la modificación contractual en las nuevas Directivas. - 4.2. El control de los modificados como elemento clave al correcto ejercicio de esta prerrogativa. - 5.- CONCLUSIONES. La transformación del ius variandi en un contexto de eficiencia e integridad.

1. Introducción: Los Principios de la contratación e integridad y su extensión a la fase de ejecución. Situar la cuestión de los límites, condiciones y fundamentos de una modificación de los términos de un contrato público exige unas reflexiones previas sobre los principios y marco regulatorio de la contratación pública en el seno de la Unión Europea pues, lógicamente, la respuesta jurídica en España debe ser la misma que en cualquier otro Estado miembro. Lo recuerda, con buen criterio, la Abogacía del Estado en su Circular 1/2011, de 7 de abril, sobre “Régimen de modificación de los contratos del sector público”, al afirmar que resulta necesaria una interpretación conforme al derecho de la Unión Europea.

La Unión Europea se encuentra nuevamente en el proceso de adaptación de la normativa de contratación pública, que comenzó su proceso de uniformización en los años 70. Se trata de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas

* Catedrático de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de Zaragoza - Presidente Tribunal Administrativo Contratos Publicos de Aragon. Viene publicado il testo della relazione presentata in occasione del Seminario in tema di contratti pubblici organizzato il 25 aprile 2013 dal Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

públicas¹. Si bien las Directivas de 2004 han supuesto un notable avance², se constata la insuficiencia de su regulación en un contexto de crisis económica y de “redefinición” de políticas públicas, lo que aconsejaba un nuevo paquete legislativo, que debería ser ambicioso tanto en sus principios como en la concreta arquitectura jurídica que se propusiera para poder contribuir así a la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020.³

Tras los trabajos previos de consultas y redacción del articulado, el DOUE de 5 de abril de 2012 publica los proyectos de nuevas Directivas e y se inicia su tramitación⁴:

— Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del

¹ De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42.

² Desde el año 2004, las Directivas vigentes en materia de contratación pública son las Directivas 2004/18/CE («sectores clásicos») y 2004/17/CE («sectores especiales»), ambas aprobadas el 31 de marzo de 2004, que coordinan, respectivamente, los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, así como de los contratos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DOUE L 134, de 30 de abril de 2004).

³ La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020], así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 «Una Agenda Digital para Europa» [COM(2010) 245], «Unión por la innovación» [COM(2010) 546], «Una política industrial integrada para la era de la globalización» [COM(2010) 614], «Energía 2020» [COM(2010) 639] y «Una Europa que utilice eficazmente los recursos» [COM(2011) 21]. Aplica también el Acta del Mercado Único [COM(2011) 206], y en particular su duodécima medida clave: «Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos». Sobre la transposición de las anteriores Directivas en los Estados miembros resulta de gran interés el libro colectivo coordinado por M. SÁNCHEZ MORÓN, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus Estados miembros*, Les Nova, Valladolid, 2011.

⁴ Resulta de interés el Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación pública», y la «Propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, de 29 de junio de 2012), y el Dictamen del Comité de las Regiones — Paquete en materia de contratación pública (2012/C 391/09), publicado en DOUE de 18 de diciembre de 2012.

agua, la energía, los transportes y los servicios postales COM (2011) 895 final.

— Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)].

— Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 897 final. 2011/0437 (COD)].

La revisión de las directivas sobre contratación pública que ha iniciado la Comisión se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para incrementar su eficiencia y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica⁵.

La importancia económica de la contratación justifica este interés de las instituciones comunitarias, que han diseñado una arquitectura institucional que tiene como pilares los principios de transparencia, eficiencia e integridad⁶. Principios que no se limitan a las fases de

5 El ‘Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública’ (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren cumplimentando la cantidad de exigencias administrativas a que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

⁶ Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al excelente trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson,

preparación y adjudicación ya que la “eficiencia contractual” también está ligada a la obtención del fin perseguido por el contrato⁷.

No en vano el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior. Los últimos estudios publicados por la Comisión Europea son elocuentes: en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del Producto Interior Bruto (PIB) europeo y en el 2010 más del 19 por ciento ⁸.

La necesidad de optimizar los recursos públicos justifica la regla de la igualdad de trato, que se convierte en el parámetro de control de la decisión de adjudicación de un contrato público⁹. Y este principio

Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II. Resultan de interés las aportaciones de J.M. BAÑO LEÓN, “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 151. Enero-abril 2000, pp. 11-37; D. ORDOÑEZ SOLIS, *La contratación pública en Europa*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 36-51.

⁷ Vid. J.M., GIMENO FELIÚ, *Las reformas Legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 24. En la doctrina italiana puede consultarse a G. RACCA, “La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici”, *Rivista Diritto Amministrativo* 2010, p. 325. No en vano los cambios y variaciones en la ejecución suelen comportar un beneficio indebido para el contratista adjudicatario, rompiendo los principios comunitarios. Así lo afirman G. RACCA, R. CAVALLLO y G. ALBANO en “Competition in the execution phase of public procurement”, en la revista *Public Contract Law Journal*, vol. 41, núm. 1, 2011, p. 89

⁸ Son datos, respectivamente, extraídos del Documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*, de 27 de abril de 2010 http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf y del Documento “Public Procurement Indicators 2009”, Comisión Europea (DG Mercado Interior), 11 de noviembre de 2010, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf.

Conviene advertir que la importancia de los contratos públicos por Estados miembros es muy variable: desde el 11.1% del PIB de Grecia, al 18.5% de España, 19.3% de Francia o 30.9% que significan en Holanda.

⁹ Este principio implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. Entre otras muchas, Sentencia de 18 de octubre de 2001 (*SIAC Construction*). En definitiva, el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (SSTJCE de 5 de diciembre de 1989, 16 de enero de 2003, y 1 de julio de 2004).

extiende su influencia a la fase de ejecución, modulando la conocida potestad del *ius variandi*, quebrando la idea que tradicionalmente se había entendido, que entendía que en la fase de ejecución no había espacio ni justificación para los referidos principios de la contratación pública, afirmandose que tras la adjudicación se entraba en una fase ad intra en la que ya no había interés público sino exclusivamente el interés de cumplir adecuadamente lo pactado¹⁰. Y en esa filosofía se encuadraba toda la legislación española¹¹.

Esta interpretación ha avalado la regulación y práctica de la modificación de los contratos públicos en España, al margen de las reglas del derecho comunitario, en tanto prerrogativa pública, que ha tenido sus consecuencias. No es una mera cuestión dogmática por cuanto, tiene importantes repercusiones en el plano económico-presupuestario. Como ha puesto de relieve M. GARCÉS SANAGUSTIN, las malas prácticas y abusos de esta potestad han tenido, además de un efecto perverso sobre las reglas de la licitación, un claro impacto presupuestario al no abonarse las certificaciones correspondientes en proyectos con financiación europea por considerar las autoridades comunitarias que se incumplían los principios inherentes a la contratación pública¹². Y no era una

¹⁰ La obligación del contratista en los contratos públicos supone que los riesgos derivados de la ejecución del contrato deben recaer directamente sobre el contratista, quedando liberada la Administración. Como ha declarado la jurisprudencia, el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor e incluso perder cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, «surgiendo por tanto el viejo principio tradicionalmente establecido en aras de la seguridad jurídica en materia de contratación con el Estado de *pacta sunt servanda*, sin que el contratista pueda por regla general apartarse de la Ley del contrato» (SSTS de 20 de enero de 1984 y de 29 de septiembre de 1986). La inalterabilidad de lo pactado cede ante el derecho del *ius variandi*. Vid. HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.74-76.

¹¹ Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto LOPEZ-CONTRERAS y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, ob. Cit., p. 159.

¹² M. GARCÉS SANAGUSTIN, “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, libro col. *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 68. La práctica de las modificaciones en España acredita una clara “patología” que pervierte todo el sistema de la contratación pública y sus principios. Basta con examinar los Informes del Tribunal de Cuentas para constatar esta valoración (por todos el Informe 942 “Fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2008 por las Entidades del

cuestión no advertida: 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 2004, 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 compitió¹³. Además, 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. Asimismo, el informe entendía que para reforzar la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: así, la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste¹⁴.

sector público estatal sometidas a la legislación de contratos de las administraciones públicas). Elocuente es la Circular 1/2007, de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda sobre “Certificación de gastos derivados de modificaciones de contratos, del FEDER y del Fondo de Cohesión”, de 31 de enero de 2007 que advierte que las actuaciones realizadas con base en los artículos 4 y 10 del Reglamento CE 438/2001 y los artículos 4 y 9 del Reglamento CE 1386/2002 han constatado una situación de riesgo en relación con el gasto declarado por modificaciones de contratos públicos por lo que se acuerda que las certificaciones de gastos a presentar no deberían incluir como regla general los gastos derivados de modificados que traen causa del artículo 101 TRLCAP.

¹³ La práctica de las modificaciones en España acredita una clara “patología” que pervierte todo el sistema de la contratación pública y sus principios. Basta con examinar los Informes del Tribunal de Cuentas para constatar esta valoración. Elocuente es la Circular 1/2007, de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda sobre “Certificación de gastos derivados de modificaciones de contratos, del FEDER y del Fondo de Cohesión”, de 31 de enero de 2007 que advierte que las actuaciones realizadas con base en los artículos 4 y 10 del Reglamento CE 438/2001 y los artículos 4 y 9 del Reglamento CE 1386/2002 han constatado una situación de riesgo en relación con el gasto declarado por modificaciones de contratos públicos por lo que se acuerda que las certificaciones de gastos a presentar no deberían incluir como regla general los gastos derivados de modificados que traen causa del artículo 101 TRLCAP.

¹⁴ *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. También la Comisión en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia publicada en 2010 (documento electrónico que puede consultarse en

En resumen, que la legislación de contratos públicos española ha tenido siempre una regulación muy posibilista con esta práctica, lo que ha comportado, además de prácticas indebidas, una quiebra de la doctrina comunitaria sobre esta materia con evidentes efectos prácticos que no se pueden desconocer¹⁵. Conscientes de esta situación -no en vano hubo demanda de la Comisión contra el Reino de España por esta cuestión al considerarse contrario al Derecho de la Unión el régimen de modificación de los contratos públicos¹⁶-, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible (iniciativa legislativa aprobada por el Consejo de Ministros el 19 de marzo de 2010), impuso una sustancial modificación de este régimen. Sorprende, en todo caso, desde una perspectiva de técnica normativa -y racionalidad- que se haya utilizado esta norma para la modificación TRLCSP, cuando había sido modificada en profundidad por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Así lo entendía también en Consejo de

<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Gu%C3%ADasyRecomendaciones/tabid/177/Default.aspxU>.)En el fondo, como advierte F. SOSA WAGNER , muchos de esos modificados pretender *alterar directa y unilateralmente el objeto contractual*” (F. SOSA WAGNER, *La Gestión de los servicios públicos locales Civitas*, Cizur Menor, 2008, pp. 272).

¹⁵ Vid en este sentido J. VAZQUEZ MATILLA, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, REDA núm. 173, 2009, pp.529 -564.

¹⁶ Noticias de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2009 (IP/09/1752). La Comisión considera que el régimen de modificación de los contratos tras su adjudicación, tal y como está regulado en la LCSP 2007, no respeta los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios) y en los artículos 12, 43 y 49 del Tratado CE. La LCSP concede a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos públicos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca. Además , por lo que respecta a la realización de obras, la prestación de servicios o la entrega de suministros adicionales, la Comisión considera también que la LCSP permite que el órgano de contratación recurra a la utilización de procedimientos negociados sin publicación en contra de lo dispuesto en el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE.

Estado en su preceptivo Dictamen sobre la norma (Dictamen 215/2010)¹⁷.

Tal práctica, amén de confusión¹⁸, genera igualmente cierta desconfianza entre los licitadores, cada vez más inseguros sobre la normativa -y sus efectos- de aplicación¹⁹. Estos “efectos” parecen ya atenuados tras la delegación recepticia plasmada en el Real Decreto Legislativo 3/2001, que refunde y armoniza la legislación de contratos públicos.

2. Las reglas sobre modificación contractual fijadas el Derecho de la Unión Europea: la jurisprudencia del TJUE. La regulación de la modificación de los contratos públicos debe ser interpretada desde la lógica del derecho comunitario. Toda interpretación sobre la regulación de los contratos públicos debe realizarse desde la óptica del efecto útil del derecho comunitario²⁰. De ahí la necesidad de acomodar la gestión práctica de la contratación pública a la doctrina del TJUE, auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia²¹.

Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que sean correctas en tanto respeten la doctrina establecida. Así se pone de manifiesto en la STJUE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GMBH), al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que “son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un

¹⁷ También la doctrina científica. Por todos, J.A MORENO MOLINA, “Repercusiones de la crisis económica sobre la contratación pública”, en libro col. *Observatorio de los contratos públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 103-110.

¹⁸ No pueden desconocerse tampoco los importantes costes “organizativos” pues los distintos poderes adjudicadores se han visto obligados a “actualizar” pliegos, expedientes y perfiles de contratación en poco periodo de tiempo.

¹⁹ Me remito al Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 23/2011, de 12 de septiembre, “Cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”.

²⁰ Por todos, J.A. MORENO MOLINA, *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 187-190.

²¹ Vid. J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación Pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, en libro col. ed. *El Derecho de los contratos públicos* ob. Cit ., pp. 83 a 85.

particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665”²².

En consecuencia, las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*²³. De esta forma, en las mismas Directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los Estados miembros²⁴.

²² Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, “cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos”. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día 25 de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. X, 2008 (Ed. J. M. Gimeno), Zaragoza, 2008, pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las SSTJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C -165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en la LCSP.

²³ Compartimos en este punto la opinión de ORDÓÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, “la obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario europeo”, *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 1921, julio de 2002, p. 2354.

²⁴ Así pues, el análisis correcto de la normativa sobre contratación pública sólo puede ser correctamente entendida, como bien recuerda PIÑAR MAÑAS, desde el contexto del Derecho comunitario siendo esta materia uno de los ejemplos del proceso de comunitarización de los distintos ordenamientos nacionales. “El derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos”, en libro colectivo

Y el papel del TJUE ha sido fundamental para determinar como y con que condiciones son conformes a las reglas de la contratación pública las modificaciones de las condiciones de un contrato^{F25F}. Conviene recordar la principal doctrina y sus consecuencias prácticas.

Podemos afirmar como leading case la Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta)^{F26F}, donde el Tribunal de Justicia, aborda en profundidad los límites y requisitos de la modificación de un contrato público al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato:

dirigido por R. Gómez-Ferrer, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-28.

²⁵ Un resumen general de la doctrina del TJUE y su impacto práctico puede verse en los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES, “Modificación de contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 109, 2011, pp. 52 a 58 y “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público? *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 110, 2011, pp. 56 a 66.

²⁶ Los antecedentes de esta Sentencia vienen referidos a un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán, con el objeto de poder responder a las peticiones de zumo de frutas y confituras de los países beneficiarios, y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizaría en especie, y más concretamente, en frutas que estaban fuera del mercado como consecuencia de operaciones de retirada, adjudicó varios lotes a la mercantil Trento Frutta. El motivo del recurso interpuesto por la mercantil Succhi di Frutta fue la modificación del aludido contrato, que permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan, aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos (en concreto nectarinas) retirados del mercado en las proporciones de equivalencia que señaló ex novo. A la vista de todo lo anterior, Succhi di Frutta, no resultó adjudicataria, ni recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión que modificaba el contrato. La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 y T-10), CAS Succhi di Frutta SpA/Comisión, estimó el recurso de *Succhi di Frutta Spa*, manteniendo que se había producido una vulneración de los principios arriba aludidos, por lo que la Comisión interpuso el 5 de diciembre de 2006 recurso de casación frente a la STPI. El TJUE admitió la legitimación de *Succhi di Frutta* y estimó su recurso. Sobre el contenido de esta relevante Sentencia del TJUE resulta de interés el trabajo de J. VAZQUEZ MATILLA, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, ob. Cit, en especial pp. 536 a 544. También resulta de interés la exegesis que realiza M. GARCES (“El nuevo régimen de la modificación...”, ob. Cit., 82 a 92), quien insiste en la idea de que sin previsión expresa no es posible la modificación de un contrato so pena de infracción del principio de igualdad de trato (p. 89).

“El principio de igualdad de trato entre los licitadores (...) impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.”

Lo que se pretende con la doctrina de esta sentencia, en palabras del propio Tribunal es 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 interpretarlos 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”.

Y es que, con arreglo al artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como a su ejecución. Así pues, todos los poderes adjudicadores deben atenerse a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en la ejecución de un contrato público.

Resume bien los criterios la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11) que enjuicia un recurso del Reino de España que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 20111 – 1023 final de 18 de febrero de 2011 por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España – AVE -27:

²⁷ El litigio tiene por objeto, con carácter principal, la anulación de la Decisión de la Comisión C(2011) 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a las fases de proyectos: «Suministro y montaje de materiales de vía en la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida» (CCI nº 1999.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1ª fase)» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.003); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Lleida-Martorell. Subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet

“46 Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia* y *3-S, C-275/98*, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, *C-470/99*, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre, C-251/09*, no publicada en la Recopilación, apartado 38).

47 El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P*, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110).

48 Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige 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 trate (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 47 supra, apartado 111)”.
En consecuencia, la modificación del contrato no es posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentra

del Penedés» (CCI nº 2001.ES.16.C.PT.007), y «Nuevo acceso ferroviario de Alta Velocidad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)» (CCI nº 2004.ES.16.C.PT.014), y, con carácter subsidiario, la anulación parcial de dicha Decisión por lo que se refiere a las correcciones aplicadas por la Comisión. Se confirma la sanción de 33,6 millones de euros.

entre los pactos del contrato (la previsión del artículo 219.2 TRLCSP se presenta como principal límite a los modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación)²⁸.

Sólo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero “objeto del contrato”, lo que exige además una cuantificación a los efectos de calcular correctamente el valor estimado del contrato²⁹.

El TJUE, en su sentencia de 22 de abril de 2010, ha condenado al Reino de España por la realización de obras complementarias no prevista entre los pactos del pliego. Interesa destacar la argumentación del TJUE al rechazar la argumentación del Estado español:

“(…) La posibilidad de remisión (del anuncio o el pliego de cláusulas administrativas particulares) no permite que el órgano de contratación eluda las obligaciones de publicidad impuestas por la Directiva 93/37 (ni es aceptable) la necesidad de interpretar el anuncio o el pliego a la luz de la normativa nacional, con objeto de averiguar el verdadero objeto de una concesión. (...) (véase la sentencia de 16 de octubre de 2003, Traunfellner, C-421/01, Rec. p. I-11941, apartados 27 a 29). Puesto que se trata de una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de

²⁸ Opinión que comparte RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R., “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, en libro col. La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 413-414. Sin embargo, una interpretación “generosa” del articulado TRLCSP (como la que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008) puede conducir a estas previsiones se comporten como 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. Tal posibilidad falseará, en la práctica, la competencia y vulnerará los principios y normas que tienen por objeto garantizar la efectividad de los derechos conferidos por el Tratado y la Directiva de contratos públicos.

²⁹ Esta es la posición de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 5/2009, de 15 de abril, donde afirma -para un caso en que se aplicaba la normativa anterior a LCSP- que todas las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes. En este Informe se analiza la doctrina del TJUE y se postula una interpretación del marco normativo español compatible con la misma y las exigencias comunitarias.

los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva 93/37 (...) “(...) el órgano de contratación puede, teniendo en cuenta las posibles particularidades de los trabajos objeto de concesión, dejar cierto margen a la iniciativa de los licitadores para la formulación de sus ofertas. No obstante, la iniciativa y las ofertas alternativas de los licitadores, que al parecer esperaba el Gobierno español por el hecho de que el segundo pliego sustituyó al primero ‘por razones de índole técnica’ y ‘para redefinir el objeto de este concurso’, además de que no podrían ser comprendidas por un licitador normalmente informado y diligente, en el sentido alegado por el Reino de España, no se refieren al objeto de la concesión litigiosa, sino que responden más bien a razones de la política general de transportes en el Estado miembro interesado. Basándose pues en tal concepción, como acertadamente pone de relieve la Comisión, los licitadores habrían sido libres de proponer sin limitación alguna la realización de obras en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid y de las provincias de Ávila y Segovia.

“Del mismo modo, el posible carácter notorio de un problema de ámbito nacional, que no cabe presumir que se perciba como tal por los potenciales licitadores establecidos en otros Estados miembros, no puede tenerse en cuenta por los licitadores como criterio implícito de definición del objeto de una concesión y afectar de este modo a la importancia concedida por la normativa de la Unión al anuncio y al pliego de condiciones.”

Por ello, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato y se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento³⁰. Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus

³⁰ El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos 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. Por ello, la previsión del artículo 219.2 TRLCSP se presenta como principal límite a los modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación. Opinión que comparte A. R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, “Efectos, cumplimiento...” Ob. Cit. pp. 413-414. Así lo ha entendido también la Junta Regional de Murcia de Contratación Administrativa al resolver la Consulta sobre la interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público

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 la documentación de la licitación³¹. Previsión que se deberá tener en cuenta a efectos de calcular el valor estimado del contrato³².

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente. Y para saber en qué supuestos nos encontramos en presencia de una nueva adjudicación debe recordarse la doctrina de la STJUE de 19 de junio

sobre la modificación de los contratos en su Informe 01/2009 de 7 de abril. Sin embargo, una interpretación “generosa” del articulado TRLCSP (como la que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008) puede conducir a estas previsiones se comporten como 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. Tal posibilidad falseará, en la práctica, la competencia y vulnerará los principios y normas que tienen por objeto garantizar la efectividad de los derechos conferidos por el Tratado y la Directiva de contratos públicos.

³¹ Vid. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón núm. 27/2011, de 23 de noviembre, donde se concluye, a la luz de la doctrina del TJUE, que: a) las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes, b) 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, y c) que procederá una nueva licitación, previa resolución, cuando el objeto del modificado no puede licitarse de forma individualizada sin afectar al objeto del contrato principal. No se trata de incorporar al pliego una cláusula de estilo, entendiéndose que es ésta una mera exigencia formal y que no ha de afectar a la modificación. Es una auténtica regla sustantiva de obligado cumplimiento. Sin previsión expresa no puede existir un modificado.

³² En la carta de emplazamiento al Reino de España por el régimen de modificación contractual la Comisión exigía que su posibilidad se debía detallar 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 (lo que guarda relación con su importe).

de 2008 (Pressetext Nachrichtenagentur GMBH), en la que se ha declarado que esto no sucede cuando³³:

“El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de 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, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

2) El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

3) El término «adjudicar», empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular.”³⁴

³³ La STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acosef*, insiste en esta idea recordando su apartado 62 que “toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación”.

³⁴ En esta Sentencia, en definitiva, se confirma que toda alteración sustancial es un nuevo contrato. Es decir, cuando las modificaciones de un contrato en fase de ejecución incumplen los principios de transparencia e igualdad de trato afectan a la eficacia de la Directiva de contratos públicos por lo que es necesario un nuevo procedimiento de licitación.

Sí que existirá, sin embargo, una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos, cuando las modificaciones efectuadas durante la vigencia de éste, 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 (véase, en este sentido, STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, apartados 44 y 46)³⁵. Así, las nuevas necesidades, en principio, deben ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial del contrato³⁶.

Asimismo, la modificación de un contrato 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 además de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada³⁷. Y también cuando amplía el contrato, en gran medida,

³⁵ La STJUE de 13 de enero de 2005 (Comisión/España) entiende –apartado 43– que el precio es un elemento esencial y que, por ello, “una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato”. Máxima en los casos que un incremento elevado viene a quebrar el principio de publicidad y concurrencia –Dictamen Consejo Estado de 21 de octubre de 1992–.

³⁶ MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 245. Así, una 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 general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

³⁷ Obviamente, corresponde al poder adjudicador la carga de la prueba a la hora de demostrar que un modificado no altera el sistema general de la licitación o los documentos de la licitación. Así lo declara, entre otras, la STJUE de 15 de mayo de 1995, Comisión/República Italiana, en su apartado 23, al exigir una interpretación estricta de las excepciones. Y, especialmente, en la STJUE de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España a afirmar el apartado 48 lo siguiente: “Según la 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 (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos

a servicios inicialmente no previstos³⁸. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del contratista de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial³⁹.

En esta línea restrictiva debe reseñarse la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, Wall AG (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main - Alemania). Aun tratándose de una concesión de servicios –excluida del ámbito de aplicación- el TJUE entiende 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, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada”.

Así lo ha reiterado también STJUE de 29 de abril de 2010, Comisión contra Alemania, en la que se analizaba si la ampliación en 2004 del objeto del contrato de prestación de servicios de socorro, celebrado en 1984, entre determinada comarca y la adjudicataria a la explotación

expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.”

³⁸ Esta última interpretación quedaba ya confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo IA de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

³⁹ Es el criterio, recordamos, adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 19 de abril, “Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad”.

del puesto de socorro de Bad Bevensen, respetaba el Derecho de la Unión relativo a los contratos públicos.

Y no lo hizo, ya que según la sentencia reseñada (apartados 99 a 101): «A este respecto, procede recordar que la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial y que, por consiguiente, constituye una nueva adjudicación de contrato, en el sentido de la Directiva 92/50 o de la Directiva 2004/18, en particular cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C- 454/2006, Rec. p.I-4401, apartado 36). En el presente asunto, de las indicaciones que figuran en autos se desprende que el valor del contrato relativo a la explotación del puesto de socorro de Bad Bevensen se cifra en 673.719,92 euros, es decir, una cuantía muy superior a los umbrales de aplicación fijados en el artículo 7 de las Directivas 92/50 y 2004/18. En estas circunstancias, tal como sostiene la Comisión, la ampliación del objeto del contrato mencionada en el apartado 98 de la presente sentencia debe considerarse una modificación sustancial del contrato inicial, que debía respetar las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos».

En definitiva, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada– en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, 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 efectuada⁴⁰. Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia⁴¹ –como recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de

⁴⁰ Vid. J.L. MEILAN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ob. Cit., p. 243.

⁴¹ Criterio de la diligencia ya apuntado por BARRERO RODRIGUEZ, C., *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, p. 100. También A.R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007*, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 411-412. Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. Cit, p 1035.

2004, Succhi di Frutta “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apdos. 116-118)-. De especial interés en este aspecto es la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11H) que enjuicia un recurso del Reino de España que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 20111 – 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España – AVE -42. La sentencia condena al Reino de España y critica que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: “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”.

Desde esta perspectiva es como, entiendo, debe analizarse la problemática administrativa analizada recordando que toda autoridad pública tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario⁴³. Por ello, sin concurrir los requisitos de la modificación

⁴² El litigio tiene por objeto, con carácter principal, la anulación de la Decisión de la Comisión C(2011) 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a las fases de proyectos: «Suministro y montaje de materiales de vía en la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida» (CCI nº 1999.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1ª fase)» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.003); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Lleida-Martorell. Subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés)» (CCI nº 2001.ES.16.C.PT.007), y «Nuevo acceso ferroviario de Alta Velocidad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)» (CCI nº 2004.ES.16.C.PT.014), y, con carácter subsidiario, la anulación parcial de dicha Decisión por lo que se refiere a las correcciones aplicadas por la Comisión. Se confirma la sanción de casi 24 millones de uros.

⁴³ L. MARTIN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario

debe licitarse la nueva necesidad, ex artículo 31.4 de la Directiva 2004/18 de contratos públicos⁴⁴.

Por último, conviene advertir la cuestión sobre las modificaciones subjetivas (novaciones) y las prórrogas de contratos. En relación a lo primero, la citada STJUE 19 de junio 2008, Priesetext, afirma que, «en general», las novaciones subjetivas no previstas en el contrato constituyen modificaciones de los términos esenciales del mismo. Según su apartado 40:

“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”.

En el supuesto de hecho que resuelve la sentencia, la entidad adjudicataria, APA fundó la sociedad de responsabilidad limitada APA-OTS, filial de la que poseía el 100% de las participaciones. Entre ambas sociedades existía un acuerdo de transferencia de pérdidas y ganancias conforme al cual, según información de APA y de APA-OTS, esta última estaba integrada financiera, administrativa y económicamente en APA y ha de proceder operativamente con arreglo a las instrucciones de APA. Además, APA-OTS estaba obligada a entregar sus beneficios anuales a APA, que, por su parte, debe cubrir cubría, en su caso, las pérdidas anuales de APA-OTS.

Posteriormente, APA transfirió a APA-OTS sus actividades relativas al objeto del contrato público. Esta modificación fue comunicada al

de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008, ob. Cit., pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las Sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C -165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en el TRLCSP.

⁴⁴ Como bien se concluye en el Informe 10/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 11 de abril de 2012, “*Procede licitar un nuevo procedimiento de adjudicación que respete los principios que deben regir la contratación en el Sector Público, sin que la vigencia del contrato inicial pueda verse afectada por la contratación de forma independiente de las prestaciones no cubiertas en su objeto*”.

poder adjudicador, que dio su consentimiento para que el servicio contratado fuera prestado por APA-OTS y, desde entonces, abonar directamente las remuneraciones por dichos servicios a APA-OTS.

Para el Tribunal de Justicia, tal acuerdo representa, en esencia, una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial. Pero matiza lo siguiente: “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 en el sentido de la Directiva 92/50. Se aplicaría un razonamiento análogo si la cesión de las participaciones sociales de la filial a un tercero ya estuviera prevista en el momento de la transferencia a ésta de las actividades de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/2004, Rec. p. I-9705, apartados 38 a 42)”.⁴⁵

Obviamente, la prórroga, en sí misma, no es una modificación⁴⁶. Pero siempre y cuando se haya previsto tal posibilidad y debidamente perfilada⁴⁷. Interesa destacar la doctrina de la STJUE de 13 de septiembre de 2007, Comisión contra Italia, que declara que la República de Italia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE y, en particular, ha violado el

⁴⁵ No parece que esta doctrina pueda aplicarse directamente al Derecho español, ya que el actual artículo 85 TRLCSP regula con precisión la cesión de un contrato público.

⁴⁶ Tradicionalmente nuestra doctrina consideraba el factor tiempo como algo ajeno a la modificación del contrato. Por todos, C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obra*, ob. Cit., p. 55.

⁴⁷ Analiza con detalle esta cuestión J. ARGUDO GONZALEZ, “El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia”, *Revista General Derecho Administrativo* núm. 2011, 26, 2011. Como bien afirma “sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional sólo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el ínterin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación” (p.23).

principio general de transparencia así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado, al haber renovado 329 concesiones para la gestión de apuestas hípcas al margen de cualquier procedimiento de licitación⁴⁸.

Argumenta, frente a la tesis de Italia lo siguiente: “³⁴ Por tanto, es preciso estimar que el hecho de renovar las antiguas concesiones de la UNIRE sin licitación no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo perseguido por la República Italiana y va más allá de lo que resulta necesario para evitar que los operadores que actúan en el sector de las apuestas hípcas participen en actividades delictivas o fraudulentas.

³⁵ Además, en lo que atañe a los motivos de naturaleza económica alegados por el Gobierno italiano, como la necesidad de garantizar a los concesionarios la continuidad, la estabilidad financiera y un rendimiento adecuado de la inversión efectuada en el pasado, basta con recordar que éstos no pueden admitirse como razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 48, y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, C-388/01, Rec. p. I-721, apartado 22)”⁴⁹.

⁴⁸ En términos similares la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados *Marcello Costa* (C-72/10) y *Ugo Cifone* (C-77/10), afirma que “De los artículos 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípcas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.”

⁴⁹ Tesis acogida por la reciente STS de 8 de marzo de 2011 que ha anulado de la prórroga de una concesión de servicios públicos que amplía sustancialmente la duración inicial del contrato: “*No cabe duda de que las leyes pueden admitir la posibilidad de prorrogar o ampliar los plazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer el equilibrio financiero alterado de las concesiones. Pero si no lo hacen, debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de ésta se ha de proceder a una nueva*

3. La regulación vigente de los modificados en el TRLCSP. La reconducción del ius variandi. La regulación de las modificaciones contractuales en España se intenta adaptar, pues, a las nuevas exigencias comunitarias. Y, supone, sin duda, un punto de inflexión en la gestión de la ejecución de los contratos públicos al dar un nuevo enfoque a esta potestad administrativa.

3.1. Significado del ius variandi en la contratación pública española. Con carácter previo debemos recordar que la potestad de ius variandi en los contratos administrativos nunca puede entenderse como una potestad sin límites ni, mucho menos, de alcance general justificada por el interés público que se presume en las decisiones de todo poder contratante⁵⁰. Ni puede servir para ajustar las ofertas a la baja de los licitadores o adaptar el contrato a la disponibilidad presupuestaria⁵¹.

convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos. De no ser así, los contratos de gestión de los servicios públicos podrían tener carácter indefinido en la práctica, pues la sucesión de prórrogas o las ampliaciones de plazos impedirían la entrada de nuevos operadores para prestarlos, con grave detrimento del principio de concurrencia [...]. Ya hemos afirmado que no se trataba propiamente de un ejercicio del ius variandi durante el período de vigencia del contrato sino, en realidad, de la adjudicación de otro, una vez vencido el primitivo, sin someterlo a los principios de publicidad y concurrencia. El artículo 163 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio 2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permitía efectivamente a la Administración modificar por razones de interés público "las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios", hipótesis para la cual se preveía que, si las modificaciones afectaban al régimen financiero, el contratista tenía derecho a la compensación adecuada para mantener el "equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato". Dado que en el supuesto objeto de análisis no hubo una imposición unilateral de la Administración que modificase las características del servicio, sino el asentimiento a una novación contractual ofrecida poco antes de su vencimiento por el adjudicatario del contrato que necesariamente había de extinguirse tras la prórroga admitida "por una sola vez", la Sala de instancia no infringió aquel precepto legal".

⁵⁰ Me remito a mi trabajo "El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, pp.29 a 54.

⁵¹ La Circular 1/2011 de la Abogacía General del Estado ponía de relieve la necesidad de reformar el régimen jurídico de las modificaciones contractuales que nuestro ordenamiento

Es este, sin duda, uno de los males endógenos a en la práctica de la contratación pública en España (y causa de muchos de los actuales casos de corrupción). Al respecto, la LCSP de 2007 –aunque incorporaba ciertas mejoras técnicas- adolecía de no intentar corregir efectivamente los problemas tradicionales derivados de la ejecución de las prestaciones licitadas⁵².

Además, 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. Asimismo, el informe entendía que para reforzar la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: si bien la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato pudiera parecer excesiva -si se requiere publicación en el Boletín Oficial-, al menos debería exigirse una publicidad en el perfil de contratante para las eventuales modificaciones de éste⁵³.

Como es bien conocido, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi* constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los

jurídico vigente entonces amparaba con clara vulneración de los principios básicos de la contratación pública, concurrencia e igualdad de trato, y dando cobertura a alteraciones frecuentes de los términos del contrato que no eran contestadas por los contratistas porque se habían convertido en el instrumento útil para compensar adjudicaciones a la baja esperando el beneficio económico que reportarán las modificaciones posteriores.

⁵² Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto LOPEZ-CONTRERAS y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Instituto de Empresa y Cátedra Jurídica del Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006, p. 159.

⁵³ 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. En el fondo, como advierte F. SOSA WAGNER, muchos de esos modificados pretender alterar directa y unilateralmente el objeto contractual”. SOSA WAGNER, F, *La Gestión de los servicios públicos locales*, Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2008, pp. 272.). El Proyecto de Ley de Transparencia estatal en tramitación contempla esta obligación.

contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*) 54.

Así, aunque tras la adjudicación de todo contrato público comienza la ejecución del contrato con el fin de cumplir adecuadamente lo pactado nada impide que, siempre por interés público, puedan introducirse modificaciones a dicho objeto⁵⁵.

Sin embargo, la práctica española ha venido interpretado de forma relajada esta regla sobre la máxima de que es una potestad administrativa cuya justificación radica en la mejor gestión del interés público (al que se considera sometido a eventual mutación)⁵⁶.

El Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación – inmutabilidad del fin público y mutabilidad del contenido prestacional del contratista- al señalar que el interés público no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato (entre otras, STS de 1 de febrero de 2000, RJ 318). Incluso se ha afirmado que si la coyuntura, exógena al propio contrato, cambia, es posible modificar el contrato: esta justificación es suficiente para acreditar que la modificación aprobada no excede los límites del ejercicio del «*ius variandi*» (STS de 19 febrero 2008. HRJ 2008\1739H)

⁵⁴ La inalterabilidad de lo pactado cede ante el derecho del *ius variandi*. Vid. HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.74-76. Para esta profesora el régimen diseñado por la LCAP resultaba ajustado al derecho comunitario de los contratos públicos aunque advertía que no debía superarse el límite del cincuenta por ciento del importe inicial del contrato (en tanto límite del supuesto del procedimiento negociado (pp. 205 a 210).

⁵⁵ Como bien advierte JURISTO SANCHEZ el principio de inalterabilidad del contrato que deriva del artículo 1091 del Código Civil se enuncia en los contratos públicos de forma positiva y negativa: ejecutar el contrato de conformidad al pliego y no modificar sin el procedimiento establecido. *La ejecución del contrato de obra pública*, Ed. Hauser y Menet, Madrid, 1991, 206. El interés público es, en todo caso, presupuesto habilitante para el ejercicio del *ius variandi*. MARTIN REBOLLO “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 589.

⁵⁶ De hecho, ya hace años el profesor VILLAR PALASI advertía que lo ordinario en los contratos administrativos de obras era la modificación de los mismos. Lo que se justificaba, entre otros motivos, en la complejidad y larga duración de los contratos. *Apuntes de Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1977, p. 374

Con todo, el ejercicio de esta potestad, en tanto supone una alteración del objeto de la licitación –que, recuérsese, debe ser cierto- debería tener carácter excepcional, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo: «los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes»⁵⁷.

Así, aunque lo ordinario sería que no hubiera ninguna incidencia (en el caso de una gestión pausada del expediente⁵⁸) y se cumpliera lo acordado entre las partes, sin alteraciones ni modificación salvo en casos cuando menos excepcionales⁵⁹, la regla habitual es que es posible modificar el contrato casi a plena libertad del órgano de contratación⁶⁰. Y esta situación –claramente patológica- debe ser

⁵⁷ SSTs de 16 de abril de 1999, 9 de octubre de 1995 y de 30 de abril de 1977.

⁵⁸ Como recomendada el Consejo de Estado, en su Memoria de 1992, p. 50.

⁵⁹ Vid. *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.

En el marcado carácter excepcional de esta prerrogativa ha insistido el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, sobre el anteproyecto de la LCSP.

⁶⁰ El Tribunal de Cuentas –y los Órganos de Control Externo autonómicos- en sus Informes, con acierto, viene reiterando, insistimos, lo patológico de esta práctica. La dificultad de exigir responsabilidades está siendo un factor que “incentiva” el incumplimiento de las reglas y principios que quiebran con los modificados ilegales. Labor de control que va a resultar más difícil a raíz de la STS núm. 8506/2012, de 28 de noviembre de 2012 (que casa y anula otra de la Sala de justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (TCu) dictada el 17 de marzo de 2010 resolviendo el procedimiento de reintegro por alcance en relación con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, de Madrid), que limita la capacidad de control por alcance y lo condiciona a la existencia de un recurso contencioso previo. El argumento de que “no siendo impugnado dicho convenio, ni habiendo sido reparados tales pagos por la Intervención Municipal, ni habiéndose emitido informe con tacha alguna por parte de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento” no hay responsabilidad contable puede condicionar la función de control del Tribunal de Cuentas y sus homólogos, máxime cuando, hasta ahora, en el caso de los modificados nunca se ha acudido ante los tribunales. Queda el control, no obstante, remitido a la función de asesoramiento de intervención y servicios jurídicos que han de ser la pieza clave en el cumplimiento de la legalidad.

corregida para adaptar y situar adecuadamente a esta potestad de *ius variandi*⁶¹.

Téngase en cuenta que con con las modificaciones contractuales injustificadas no sólo se daña al erario público por el sobre coste que va a suponer ese contrato, sino que constituye un fraude al principio de selección objetiva del contratista⁶², 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 contrato⁶³.

Como bien recuerda F. PUERTA SEGUIDO, el ejercicio de esta potestad debe ser excepcional, sin que desde la norma se haya producido una sustitución del principio básico que impone el cumplimiento de los contratos en los términos pactados por una práctica habitual y frecuente de modificación de los mismos, por más que el interés público prime y justifique el ejercicio de ese denominado *ius variandi*⁶⁴.

Como ya he indicado con anterioridad, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la

⁶¹ No se trata de prohibir esta técnica sino de redimensionarla a sus justos términos y hacerla compatible con el derecho comunitario.

⁶² No es una constatación novedosa. Ya ARIÑO ORTIZ denunció que el sistema de modificados “encierra en el fondo verdaderos contratos adicionales” y que “debe evitarse que los modificados se conviertan en un procedimiento irregular, sin licitación ni concurrencia”. *Teoría del equivalente económicos en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pp. 179 y 180 respectivamente. De especial interés por sus observaciones críticas al concreto ejercicio de esta potestad resulta igualmente el trabajo de L. MARTIN REBOLLO “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, ob. Cit, pp. 575 a 658.

⁶³ Por todos, J.A MORENO MOLINA, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 640.

⁶⁴ F. PUERTA SEGUIDO, “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

inmutabilidad del contrato. Ello no justifica, no obstante, la generalización de una prerrogativa que requiere como presupuesto habilitante la concurrencia del interés público y ha de ejercitarse con respeto a una serie de límites, materiales y formales, que configuran esta facultad como un verdadera excepción de la regla⁶⁵.

La excepcionalidad de la prerrogativa ha sido confirmada sin quiebra por la Jurisprudencia del TS que configura la modificación contractual como una facultad reservada para los supuestos legales tasados y cuya interpretación debe recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Como ya se ha dicho, la excepcionalidad de la facultad de modificación de los contratos resulta, no obstante, compatible con el recurso a la misma cuando el interés público lo exija. Criterio del que participa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 50/03, de 12 marzo de 2004, donde recuerda el carácter restrictivo con el que han de interpretarse las facultades «que ostenta la Administración para la modificación de los contratos, afirmando, incluso, que una vez celebrado el contrato mediante licitación pública, la oferta del adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada por constituir un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación pública»⁶⁶.

⁶⁵ J.M. GIMENO FELIÚ, “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, p. 52.

⁶⁶ En esa misma línea el Consejo de Estado, desde antiguo, ha enfatizado el sometimiento a cauces estrictos de un «ius variandi» de la Administración que tiene su razón de ser precisamente en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración puede variar tales condiciones, en determinadas circunstancias y por razones de interés público, llevan a admitir el citado *ius variandi* de la Administración pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar la indebida alteración del referido principio de licitación pública. Es decir, la modificación de los contratos ha de tener carácter excepcional y no convertirse en práctica habitual, pues de lo contrario se encubrirán contrataciones que no observarán los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores de la contratación

Por supuesto, como presupuesto habilitante el interés público debe ser real e indubitado⁶⁷. Un ejemplo es si puede o no utilizarse como justificación de un modificación la situación de crisis económica. Al respecto resulta de interés el Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la P posibilidad de mantener el equilibrio económico de un contrato de gestión de servicios públicos mediante la modificación del precio del mismo. La crisis económica como causa de modificación del contrato. Y su conclusión es clara:

“del Tribunal Supremo, entre otras, la sentencia del de 2 de marzo de 1999, advierte 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». En este sentido, es una constante en la jurisprudencia para aplicar la teoría del riesgo imprevisible, la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste (vid Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2001, dictada por la Sección 7ª de la Sala 3ª en el Recurso núm. 8602/1995 , de 20 de mayo de 1999, Recurso núm. 4547/1993 y de 30 de abril de 1999, Recurso núm. 7196/1992 , ambas de la misma Sala y Sección).

Y es que, como afirma la sentencia de 3 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos

pública». Dictámenes del Consejo de Estado números 79/1993, de 1 de abril de 1993; 1508/1993, de 10 de febrero de 1994; 1629/1991, de 23 de enero de 1992, etc.

⁶⁷ Vid. CEPEDA MORRAS J., YÁNEZ DIAZ C., y Otros, Comentarios a la legislación de contratos del sector público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 719-721.

puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre, y en todo caso, la otra parte contratante —pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder —, en este caso la Administración municipal.

En el presente caso, cabe deducir que el riesgo primordial, cuya producción se pretende indemnizar con fundamento en el desequilibrio económico de la concesión, no es otro que el de las plazas para residentes no se encuentran ocupadas en su totalidad, y que, asimismo, las plazas de día tampoco están cubiertas en su totalidad. Ahora bien, ese riesgo no era en modo alguno imprevisible, sino que cabía perfectamente prever que la demanda de unas y otras plazas no estuviera bien calculada por la concesionaria cuando acudió al concurso (la licitación se produce en los primeros meses del año 2011 y el contrato se firma el 11 de abril de dicho año), y ello porque la imprevisibilidad de la que habla el artículo 278 RBASO y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando en una concesión de servicio público se produce una fuerte caída de la demanda, alude a acontecimientos extraordinarios que hacen que un determinado índice de demanda, que se mantiene hasta un momento concreto, caiga por la aparición de esos acontecimientos que hasta ese momento no se habían producido, lo que aquí no ha sucedido, porque la demanda en este caso no es que caiga, tras un periodo más o menos largo acorde con las previsiones, sino que ya, desde el principio, es notablemente inferior a la prevista. Pero esto no se debe a que surjan circunstancias nuevas, imposibles de prever en el estudio de mercado sobre las necesidades de residentes en la zona de influencia, sino que, sencillamente, lo que sucede es que la demanda real no se ajusta a la prevista porque las necesidades reales de plazas de residentes no eran las esperadas.

Entre otras circunstancias, la crisis económica mundial que se produce en el año 2008, y que afecta singularmente a España, es seguro que también habrá influido en la disminución de la demanda de usuarios de la residencia de ancianos, pues ha provocado una retracción en la actividad económica. Pero todas estas circunstancias podían ser conocidas por los licitadores, con tal de que su análisis de la situación, y las consiguientes previsiones, se hicieran ajustándose a los

datos reales, y no atendiendo a expectativas que no respondían a los hechos, que es lo que aquí ha sucedido”.

3.2. La nueva regulación de los modificados en España tras la Ley de Economía Sostenible de 2011. La Ley de Economía Sostenible de 2011, por las exigencias de las autoridades comunitarias⁶⁸-, aborda esta problemática y aprueba una nueva regulación de la modificación contractual que puede ser calificada de “revolucionaria”. Así, mediante la Disposición Adicional decimosexta, apartado séptimo, se introduce un nuevo Título V en el Libro I:Modificación de los contratos -introduce cuatro nuevos preceptos (del 92.bis al 92.quinquies), se reforma el 216 (obras a tanto alzado), el 217 (modificación del contrato de obras), el 226 (modificación del proyecto), el 233 (modificación obra pública), el 272 (contrato de suministro) y el 282 (contrato de servicios)⁶⁹ -, advirtiendo que la

⁶⁸ La Comisión Europea ha cerrado el procedimiento de infracción contra España motivado por una serie de disposiciones contenidas en la Ley española de contratos públicos (Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, conocida como LCSP) y relativas a la modificación de dichos contratos tras su adjudicación, al haber sido la referida Ley sustancialmente modificada por una nueva norma, en concreto la Ley 2/2011, de Economía Sostenible (LES). En opinión de la Comisión el nuevo régimen establecido por la LES es una medida de la que cabe congratularse, puesto que limita la facultad de las entidades adjudicadoras para modificar los contratos públicos tras su adjudicación y permite disipar así la inquietud que había dado lugar a la incoación del procedimiento de infracción. No obstante, la Comisión advierte que someterá el nuevo régimen a un minucioso examen y un estrecho seguimiento, a fin de comprobar su compatibilidad con las Directivas de contratación pública de la UE y con la jurisprudencia en materia de modificación de contratos públicos y obras complementarias.

⁶⁹ También se modifican a estos efectos el artículo 20 y 195 LCSP. También se modifican los artículos 206, 207, 208, 220 y 284 (causas y efectos de resolución) e incluye 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 -. En extenso me remito a mi trabajo “El régimen de modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio, REDA 149, 2010. También. J. VAZQUEZ MATILLA “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, Revista Aragonesa Administración Pública núm. 37, 2010, pp. 317-351, T. MEDINA ARZAIZ, “Las principales

modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de 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 aprovechamiento⁷⁰.

Regulación que ha de aplicar todo poder adjudicador, aunque no tenga la consideración de Administración Pública (motivo por el que se reforma el artículo 20 TRLCSP). Novedad ciertamente destacada en tanto tradicionalmente, bajo la argumentación de estar sometidos al derecho privado, los poderes adjudicadores no Administración Pública entendían que no existían límites a la posibilidad de acordar modificados⁷¹.

Ahora, los contratos públicos de esos entes también la verán limitada, en contra de lo que originariamente se buscaba, por la imposibilidad de pactar opciones de modificación que traspasen esas líneas rojas, pues como apunta el Consejo de Estado en ese dictamen sobre la LES, “[...] por primera vez la modificación de los contratos celebrados en el ámbito de Sector público es sometida a determinadas reglas que prevalecen sobre el régimen civil”⁷².

Lo que se pretende, no es sino el establecimiento de barreras y limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes para modificarlos, y así justificar que se dificulta el fraude al mercado que

novedades en la normativa contractual del sector público”, en libro col. *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 153 y ss; y J. COLAS TENAS, “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”, REDA núm. 153, 2012, pp. 253-276.

⁷⁰ Vid. los trabajos de M-A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011. pp. 174 y ss.; J. VÁZQUEZ MATILLA: «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 37, p. 330.

⁷¹ Una primera valoración sobre el contenido del nuevo régimen proyectado puede verse en el trabajo de L. MELLADO RUIZ, “El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible”, ob. Cit., pp. 64 a 68.

⁷² Dictamen Consejo de Estado núm. 215/2010, de 18 de marzo de 2010.

es lo que primordialmente persigue la Unión⁷³. Y su control, por tanto, deberá residenciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa, al ser de aplicación normas de derecho público y estar en presencia de actos materialmente administrativos⁷⁴.

La nueva regulación contiene, por tanto, unas previsiones de alcance general para todo poder adjudicador, sea o no Administración pública, intentando dar traslado de la doctrina del TJUE.

El artículo 105 TRLCSP regula los supuestos de modificación convencional -se ha previsto en el pliego- y dice:

“1. 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 107.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de 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

⁷³ J.A. MORENO MOLINA, J.A y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva ley de contratos del sector público, estudio sistemático*, La Ley, 2011, p. 33.

⁷⁴ No ha sido esta la interpretación dada por el TSJ de Aragón (sección primera) en su Auto de 19 de marzo de 2013, en una cuestión de conflicto de competencias relativo a los modificados contractuales autorizados por una empresa pública. Se opta por una interpretación muy formal, alejada de los propios principios de fiscalización que aconsejan una interpretación subjetivo-funcional y se declara incompetente, llevando el asunto ante al juez civil. El supuesto, a mi juicio, era claramente de derecho administrativo. Ciertamente no ayuda la redacción del artículo 21 TRLCSP, pese a que el Consejo de Estado, en el Dictamen al Proyecto de Ley de Economía Sostenible, sobre esta cuestión considero que era necesaria la reforma del 21.2 TRLCSP, para residenciar estas cuestiones en la en la jurisdicción contencioso-administrativa. También crítico con la regulación actual, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, 2011, tomo IV, p. 313.

aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b)”.

La regulación propuesta pretende limitar la práctica de los modificados tipificando los supuestos con el fin de que en cualquier otro distinto se proceda a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes⁷⁵.

Se insiste en la idea de que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de 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. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios –solo si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b) TRLCSP-.

Y para ello el artículo 106 TRLCSP desarrolla cómo se deberá tramitar estableciendo que tal posibilidad se condiciona a que 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

⁷⁵ Resulta de especial interés la Circular de la Abogacía del Estado 1/2011, de 7 de abril, sobre régimen de la modificación de los contratos del sector público, que analiza los cambios efectuados y la transitoriedad de la norma.

refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas. Es decir, el pliego no sólo debe prever la posibilidad sino que debe determinar y cuantificar en que y como procede esa modificación⁷⁶. Lo que tendrá sus efectos a la hora de calcular el valor estimado del contrato (por lo que se modifica, en tal sentido, el artículo 88 TRLCSP)⁷⁷.

Y aunque nada se dice de forma expresa, lógicamente, como ha insistido el TJUE, serán requisitos sine qua non el que exista un interés público que lo aconseje, que no se afecte al contenido esencial y que se motive y acredite la causa que ampara finalmente el modificado⁷⁸. Es decir, no hay libertad para el *ius variandi* en la

⁷⁶ No basta, conviene insistir a la vista de la práctica diaria, con que el pliego de cláusulas administrativas remita a la normativa vigente en la materia. Como indica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Valencia núm. Valencia 3/2012, de 24 de mayo, deberán definirse con total concreción los supuestos en que pueda modificarse el contrato, por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva. Las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los lidiadores 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 oferta.

⁷⁷ Y es que, como indica F. VELAZQUEZ CURBELO, el precio es parte esencial del contrato. *Manual práctico de contratación del sector público*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, pp. 32 y 63. Interesa destacar, en mi opinión, que aunque no se contempla para el caso de modificaciones previstas en los pliegos un porcentaje máximo del precio de adjudicación, no resulta admisible la interpretación de que resultaría válido que cualquier porcentaje sería correcto pues al ser conocido “ex ante” y estar reflejado en el valor máximo del contrato, ni se limitarían derechos del contratista ni expectativas de otros licitadores (P. CALVO RUATA, “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza, 2012 p. 393) . Como veremos, un presupuesto ineludible es no afectar al contenido esencial del contrato y el precio, lógicamente, es un facto clave, como ya pusiera de relieve la STJUE de 15 de enero de 2005, de condena al Reino de España.

⁷⁸ Y habrá que entender que se afecta al contenido esencial en los supuestos en que se intenta la modificación de la forma de pago del contrato, de manera que habiéndose pactado una parte importante del precio como pago en especie, pase a abonarse totalmente en efectivo, afecta a una condición esencial (Informe 4/2012, de 1 de febrero de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón). Obviamente quedan fuera de la posibilidad de modificaciones las novaciones objetivas o tras la extinción del contrato (así lo advierte Informe 17/2011, de 6 de julio de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, al afirmar que a solicitud de modificación que pretende el contratista supone una novación contractual,

medida en que está en juego la necesidad de que el objeto de la contratación- prestación sea reconocible. Solo así se garantiza la igualdad de trato tal y como exige la STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, en su apartado 110.⁷⁹

El artículo 106 TRLCSP obliga, además, a indicar en los pliegos o en el anuncio de licitación 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. Como bien han apuntado Bernal Blay y Vázquez Matilla, dicho porcentaje de modificación previsto en el Pliego o en el anuncio deberá haber sido tenido en cuenta previamente, a la hora de calcular el valor estimado del contrato, puesto que, como señala el artículo 88 TRLCSP, dicho valor debe incluir “cualquier forma de opción eventual” del contrato⁸⁰. El aumento que sufrirá el valor estimado del contrato por la adición del importe del modificado previsto puede repercutir en cuestiones como el procedimiento de adjudicación a utilizar o la publicidad de la licitación.

De no darse estos supuestos, y si la modificación no puede licitarse de forma independiente al objeto principal, pues éste se desnaturaliza, lo que deberá acordarse es la resolución del contrato, y remodelando el objeto y condiciones de lo pretendido, contratar de nuevo. En todo

pues implica la alteración de un elemento sustancial del contrato; la sustitución del inmueble objeto de permuta. Además, no es posible modificar un contrato extinguido por su cumplimiento. La modificación del contrato presupone, por definición, la vigencia del mismo, y no resulta admisible que el contratista, con posterioridad a la recepción de la obra, inste su modificación.

⁷⁹ Es este, por lo demás, el criterio de la Comisión que considera que el régimen de modificación de los contratos tras su adjudicación, tal y como estaba regulado en la LCSP 2007, no respeta los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en la Directiva 2004/18/CE, puesto que otorga a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos públicos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca.

⁸⁰ VÁZQUEZ MATILLA, en “La modificación de los contratos administrativos: ...”, *ob. cit.*, p. 559. A efectos de poder calcular el valor estimado de un contrato, el porcentaje máximo de modificación debe aplicarse sobre el precio del contrato, no sobre éste más las prórrogas previstas (ver Informe de la Intervención general de la Comunidad de Madrid de 1 de marzo de 2012. contratos públicos. valor estimado-cálculo. Inclusión del % de modificación para calcular el valor estimado) .

caso, y como bien advierte P. CALVO RUATA, la fórmula legal proscribire la mera conveniencia o simple utilidad de una ejecución distinta a la pactada para embarcarse en la resolución del contrato y posterior celebración de otro⁸¹.

Una cuestión de interés es que, en el caso de resolución como consecuencia de la modificación en el supuesto del artículo 105.1, párrafo segundo del TRLCSP, debe determinarse la pertinente indemnización al contratista, pues es éste quien de forma singular sufre el perjuicio económico que comporta la obligada resolución del contrato que sanciona dicha norma. Y aquí, lo conveniente sería fijar en el pliego el importe del tres por ciento del precio del contrato-. De no preverse este límite (analogía de los supuestos de resolución anticipada en las obras) puede ser problemático que el juez civil se atenga al mismo⁸².

Junto a los denominados modificados convencionales (previstos en el pliego) el TRLCSP prevé, con límites, los denominados modificados legales por imprevisibilidad⁸³. Es decir, que la legislación española contempla dos supuestos de modificación del contrato público (opción que ahora, como se verá, se contempla en la propuesta de Directiva sobre contratación pública)⁸⁴.

⁸¹ P. CALVO RUATA, “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, ob. Cit., p. 385. El nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III, es decir bajo los principios, determinaciones y con elección del procedimiento que mejor cuadre dentro de los previstos en este libro. Por tanto, no da opciones para acudir a adjudicaciones directas o maniobras similares. (p. 386).

⁸² Resultan de interés las observaciones de DÍAZ CORRAL y HAYEC RODRÍGUEZ sobre las variadas, posibles y negativas consecuencias que la obligada resolución puede ocasionar. “La Ley 2/2011 de Economía Sostenible y su incidencia en la Administración local», Revista de Estudios Locales núm. 141, 2011, p. 62.

⁸³ Criterio imprevisibilidad que, recordamos, debe autointegrarse con la idea de la debida diligencia. Criterio de diligencia ya apuntado por C. BARRERO RODRIGUEZ, *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, p. 100. También A.R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, pp. 411-412.

⁸⁴ Se acoge la tesis apuntada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/2008, al afirmar que «la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de

Este último caso se regula en el artículo 107 TRLCSP que indica⁸⁵:

“Artículo 107. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación

1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

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.

establecer a priori una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato». Criterio que igualmente se defiende en el Informe 5/2010, de 23 de julio de 2010. La Circular 01/2011, de la Abogacía del Estado ayuda también a clarificar el alcance de esta alteración de las condiciones esenciales de la licitación, como por ejemplo en los casos de solvencia, y señala que estaremos ante unas «condiciones de solvencia sustancialmente distintas cuando el proyecto modificado exija una clasificación antes no requerida, o la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido, así como la exigencia, por consecuencia de la modificación, de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida, en tanto no se dará esa modificación sustancial cuando la nueva categoría exigible es la inmediatamente superior».

⁸⁵ Excelente glosa de este precepto puede verse en el trabajo de P. CALVO, “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, ob. Cit., pp. 395-404.

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.

2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

3. 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 100 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”.

Este precepto pretende limitar los supuestos de modificaciones no previstas en el pliego, tratando de dar cierto margen de actuación

pública⁸⁶. Y se concreta en qué casos se altera el contenido esencial (supuestos que se pueden y deben extrapolar a los modificados convencionales).

Con esta dualidad de regímenes –convencional y legal⁸⁷- surgen las dudas de si la reforma se ajusta a la legalidad comunitaria, en tanto se permiten modificados no previstos -aunque es cierto que limitados en todo caso a un máximo del diez por ciento al alta y a la baja del precio del contrato- y a que exista inadecuación, fuerza mayor⁸⁸ o ajuste a nuevos estándares técnicos⁸⁹, o *factum principis*⁹⁰, que no afecten al

⁸⁶ Debe tenerse en cuenta la Resolución de 28 de marzo de 2012, por la que se publica la Recomendación de la JCC Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 TRLCSP sobre las modificaciones de los contratos, recoge una serie de precisiones al contenido de dicho precepto a fin de realizar una interpretación uniforme en toda la Unión Europea y coherente con las Directivas en materia de contratación pública y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del nuevo régimen de las modificaciones de los contratos públicos.

⁸⁷ Junto a los supuestos del artículo 107 TRLCSP debe citarse, para los contratos administrativos exclusivamente, el supuesto del 234.3 TRLCSP pues como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 23/2011, de 12 de septiembre, “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 *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”.

⁸⁸ La Circular 1/2011 de la Abogacía del Estado lo interpreta en sentido diferente al artículo 231 TRLCSP, aplicando las reglas del artículo 1105 del Código Civil.

⁸⁹ Este concreto supuesto es más bien una condición de ejecución -sobre todo en los de larga duración- ligada a la conocida cláusula de progreso. Vid. QUINTANA LOPEZ, A., «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *HCivitas. Revista española de derecho administrativo*H, núm. 131, 2006, pp 421 a 444.

⁹⁰ El principio de *factum principis* exige una actuación administrativa que altera las condiciones del contrato. Así lo ha admitido tanto la jurisprudencia –STS de 29 de mayo de 2007- como la doctrina administrativa: por todos, Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, «Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos». Si se acreditare por la Administración concedente que con posterioridad a la adjudicación del contrato se han tomado decisiones administrativas que han podido condicionar el régimen

contenido esencial (dando parámetros para entender cuándo concurre tal circunstancia), lo que puede interpretarse como que en los anteriores supuestos –los previstos- sí que podría alterarse el contenido esencial⁹¹. Tal posibilidad interpretativa, como ya hemos anticipado, aunque parece no encajar con la jurisprudencia del TJUE no supone, en mi opinión, una quiebra del modelo, en tanto es condición *sinen qua* nom exige que en ningún caso pueda alterarse el contenido esencial del contrato y hay un claro límite cuantitativo sobre el precio (de hecho es la opción, como se verá, de la propuesta de Directiva).

Cuestión de interés es la relativa a la transitoriedad de esta regulación y su aplicación o no a los contratos ya existentes y en ejecución. Pues bien, la Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía, en Recomendación 1/2011 de 29 de marzo, sostuvo la aplicación a estos supuestos de los mismos criterios contenidos en la disposición transitoria primera, apartado primero de la Ley 30/2007.

92

económico de al explotación –por ejemplo, nuevas infraestructuras no previstas en la memoria económica que disminuyen la afluencia de tráfico viario- nos encontraríamos ante un caso de *factum principis* que obligaría a un reajuste del contrato. En todo caso convendrá determinar la existencia de los elementos propios: a) alteración indirecta de al prestación no debida a riesgo imprevisible; relación de causalidad entre medida y perjuicio, mayor onerosidad del contrato y carácter evaluable del mismo, ya usencia de culpa del contratista. Entre los Dictámenes del Consejo de Estado pueden citarse 1083/2010 (relativo al Código Técnico de Edificación) o 225/2009 (nuevas medidas de seguridad en túneles).

⁹¹ Vid. la opinión de BERNAL BLAY, M. A., en «Reflexiones...», *op. cit.*, p. 186. A su juicio «hemos pasado de justificar la modificación de los contratos por causas imprevistas, con una interpretación laxa del concepto, que consideraba imprevistas todas las causas que no habían sido expresamente contempladas en el Pliego, a un concepto de alcance distinto, el de causas imprevisibles, acompañado a su vez de una interpretación estricta y limitada a aquellas que reseña el artículo 92 *quáter*, lo que constituye un evidente «exceso de frenada». En el mismo sentido opina J. VÁZQUEZ MATILLA: «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 37, p. 330

⁹² En el mismo sentido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el Informe 23/2011, de 12 de Septiembre de 2011 y la Junta Consultiva de Contratación de Madrid de la Comunidad de Madrid, en su Acuerdo 4 /2011de 26 de abril de 2011.

Es decir, los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. Y a estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

Por ello, añadía que los expedientes de contratación en los que aún no se hubiera abierto la fase de licitación deberían adaptar sus previsiones a la LCSP reformada, incorporando el régimen que prevé la Ley 2/2011.

Por su parte, la Circular del Abogado General del Estado 1/2011 de 7 de abril de 2011, citada, sin dejar de afirmar el claro sentido de esta DT 7ª al que no renuncia, estima que el criterio correcto, por ajustado al derecho de la UE, consistiría en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente está en fase de ejecución, en razón de que ese régimen de ejecución no surge ex novo, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea⁹³.

Sin duda es esta la interpretación correcta desde la lógica del efecto útil del derecho comunitario. Es el criterio, recordamos, adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 19 de abril, sobre “Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad”, donde, en un contrato adjudicado con la legislación anterior a la LCSP de 2007, se concluye la necesidad de aplicar los criterios de la doctrina del TJUE: “Las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes”.

⁹³ En el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 23/2011, de 12 de septiembre sea firma que La normativa aplicable a un eventual modificado de un contrato debe ser la vigente cuando se celebró el mismo, lo que no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con las Directivas Comunitarias y con la interpretación que de las mismas realiza el TJUE,

En definitiva, aunque es cierto, que la reforma efectuada en España es un notable avance, no parece compatible de forma completa con las exigencias comunitarias e introduce dudas e inseguridad jurídica, lo que no evitará que la técnica del modificado se utilice como fraude⁹⁴. Es necesaria una regulación clara a partir de las exigencias fijadas por la jurisprudencia comunitaria, en la que sería posible admitir -con una previsión detallada- tanto la cláusula de progreso como de fuerza mayor como supuestos de "ajuste" del propio contrato que no quebrarían el principio de igualdad de trato.

Por lo demás, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes⁹⁵, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras –exigiendo el replanteo

⁹⁴ Un ejemplo –aun siendo mejorable- podría ser la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos de Navarra en su artículo 105 que indica que ninguna modificación puede suponer transformación del objeto y que cuando se supera el límite del cincuenta por ciento debe licitarse por procedimiento negociado (no adjudicación directa al mismo licitador). M. RAZQUIN destaca como el modelo de esta Ley Foral limita la potestad del *ius variandi*, lo que, a su juicio, debe redundar en una mejor preparación del contrato y en evitar la fuga de los principios de la contratación pública (especialmente concurrencia e igualdad de trato). “La ejecución de los contratos. Retribución y revisión. La extinción e invalidez de los contratos”, en libro colectivo *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, INAP, Pamplona, 2006, pp. 427-428.

⁹⁵ Sorprende, cuando menos, que en los supuestos de contratos de colaboración pública privada, donde realmente existe transferencia de riesgos en la construcción, no suele darse los supuestos de modificación contractual. Y ello porque el beneficiado con este cumplimiento correcto es el propio contratista. Por todos, sobre esta ventaja del contrato de CPP en el cumplimiento en fase de ejecución, me remito a T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 665 y 666. En el Reino Unido se exploró ya esta modalidad contractual a través de los *Project Finance Initiative* (PFI), que se configuran como instrumentos para un efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión de sector privado y donde el criterio rector de estas PFI es el “*Value for Money*” en tanto parámetro de eficiencia. Al respecto resulta de interés el estudio de DE LA CRUZ FERRER, J., “Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, 2000, pp. 471-486 así como el trabajo de NIETO GARRIDO, E., “La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido”, *RAP* núm. 164, 2004, pp. 389-406.

previo antes de la aprobación del proyecto⁹⁶ y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto⁹⁷. Y debe existir auténtica imprevisibilidad y no mera imprevisión, ni mucho menos error o cambio de criterios políticos⁹⁸.

Además, como indica J. COLAS, es obvio, pues, que no sirven las tradicionales «cláusulas de estilo», que pueblan y anidan en los pliegos de las entidades del sector público, para dar por cumplido el requerimiento de previsión que el precepto exige. Se exige rigor, no improvisación, objetividad, no mero parecer; y posibilidad de verificación, no adivinación o intuición⁹⁹.

4. La modificación contractual en las propuestas de nuevas Directivas. Régimen y control. Una importante novedad en la Propuesta de Directiva sobre contratación pública es que, junto a otras cuestiones propias de los efectos de los contratos, se regula como elemento de las reglas de adjudicación del contrato las incidencias de la ejecución del mismo que obligan a una modificación. Regula así los

⁹⁶ Como bien proponía R. CASTAÑEDA SÁNCHEZ en su trabajo *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, Número 3443, 2004, pp. 19-30.

⁹⁷ La cuestión de la responsabilidad del autor del proyecto es un elemento clave para regular esta problemática. Así lo habían entendido ya en el Derecho Romano. Como indica DE LA PEÑA OLIVAS, J.M, ya antes de Cristo, debían ser corrientes los modificados de obra. Según Vitrubio, que fue arquitecto de Julio Cesar, en Éfeso existía una ley por la que se obligaba al arquitecto cuando se le encargaba dirigir una obra pública, a fijar el coste máximo y, fijada esta cantidad quedaban hipotecados todos sus bienes ante el magistrado hasta que la obra estuviera totalmente terminada. Acabada ésta, si el coste había respondido a lo estipulado, quedaba el arquitecto libre y era premiado con decretos honoríficos; en caso contrario, si el exceso no sobrepasaba el 25%, la diferencia se pagaba con dinero público y el arquitecto no quedaba sometido a pena alguna, mientras que el exceso del 25% se abonaba con cargo a los bienes del arquitecto. “Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano (Nuevos Elementos de Ingeniería Romana)”, III Congreso de las Obras Públicas Romanas. Astorga 2006, Junta de Castilla y León - Colegio de Ingenieros T. de O. P , p. 354.

⁹⁸ No comparto, por ello, la opinión de JIMENEZ APARICIO, al entender cumplida la imprevisión con la deficiencia del proyecto. *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo III, pp. 932 a 933.

⁹⁹ J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, ob. Cit., p. 269.

supuestos en que podrá darse por válida una modificación sin que sea necesaria una nueva licitación. Y abre la posibilidad al control de esta potestad mediante los instrumentos de las Directivas “recursos”. Lo que se pretende, en definitiva, es el efecto útil de los principios de la contratación pública que se proyectan en todas las fases del contrato con el fin de preservar la regla de la competencia y la eficiencia.

4.1. El régimen de la modificación contractual en las nuevas Directivas. La nueva normativa, quizá de una manera confusa, intenta fijar los límites y reglas que pueden amparar un modificado en un contrato público. La propuesta supone cierta innovación sobre la doctrina del TJUE en la materia, lo que exige cierta precaución en su concreta interpretación, limitada por el respeto a los principios de toda contratación pública y, en especial, el de igualdad de trato.

La regla general es que se prohíbe cualquier modificación que suponga la alteración del contenido sustancial (no se utiliza la palabra esencial) del contrato, en cuyo caso será necesario una nueva licitación (artículo 72.1). Se considera que cuando el valor de una modificación pueda expresarse en términos monetarios, la modificación no se considerará sustancial cuando su valor no supere los umbrales fijados en el artículo 4 y sea inferior al 5 % del precio del contrato inicial, siempre que la modificación no altere la naturaleza global del contrato (cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor acumulado de las sucesivas modificaciones).

También matiza 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. En dichas cláusulas se indicará el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que podrán aplicarse. Es decir, se habilita la regla de que los modificados convencionales podrán alterar sustancialmente el mismo, con el límite de que no se altere la naturaleza global del contrato.

Con intención de aportar seguridad jurídica, se indica en qué casos se considera que existe una modificación sustancial -lo que obligaría a una nueva licitación- cuando:

- a) 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) la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista;
- c) la modificación amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente.
- d) la sustitución del socio contratista (salvo los casos de sucesión total o parcial por reestructuración empresarial en tanto se respeten los principios de la licitación).

De la lectura de los supuestos se deduce que, por su propio fundamento y funcionamiento, los supuestos de la letras a) y b) obligarán en todo caso a una nueva licitación ya que nunca habrán figurado en el pliego. Así, será posible una modificación sustancial sin licitación, es decir, con el contratista, cuando se amplíe el objeto pero se haya previsto la forma de su concreción en el pliego. Siempre con el límite de no alterar la naturaleza global (esencial) del contrato. La reconocibilidad de la prestación de origen ha de ser, sin duda, un parámetro interpretativo de referencia.

Nunca será posible una modificación cuando 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; o cuando la modificación tenga “por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista” (artículo 72.7).

Hasta aquí puede afirmarse que el diseño normativo resulta coherente con la doctrina del TJUE (que, insisto, seguirá siendo el principal parámetro interpretativo. Sin embargo, quizá por las presiones de los Estados frente a las consecuencias prácticas en los contratos, la propuesta de Directiva precisa que una modificación sustancial no requerirá un nuevo procedimiento de contratación –aunque se deberán publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea un anuncio sobre tales modificaciones- 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;
- c) que cualquier aumento del precio no sea superior al 50 % del valor del contrato inicial.

Es decir, parece reconocerse, ex lege, los supuestos de modificación por imprevisibilidad hasta el cincuenta por ciento del valor del contrato y siempre que no se afecte al contenido esencial. Se abre un peligroso portillo que ha de generar dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al necesario principio de seguridad jurídica y que exige una labor interpretativa conforme a los principios de la contratación pública, con el fin de evitar que sirva de subterfugio a prácticas clientelares o mal diseño del contrato.

Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia¹⁰⁰, en tanto, como bien recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, Succhi di Frutta “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apdos. 116-118)-. Así, las nuevas necesidades, en tanto no obedecen al criterio de imprevisibilidad, deberán ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial (naturaleza global) del contrato¹⁰¹. No en vano, la ya citada STJUE de 23 de enero de 2013, de condena al Reino de España, sobre proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España –AVE-, critica que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: “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.”

¹⁰⁰ Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. Cit, p 1035.

¹⁰¹ MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 245. Así, una 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 general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

Parecido régimen se contiene en la propuesta de Directiva de Concesiones que regula, en única disposición y para cualquier modalidad de concesión –artículo 42-, el concepto de modificación, requisitos de procedencia, así como los límites de aplicación¹⁰².

La Directiva establece como límites a la modificación contractual en supuestos de imprevisibilidad que no se superen los umbrales del artículo 5 ni se exceda de un cinco por ciento del precio del contrato original con la salvaguarda de que en ningún caso se puede “alterar el carácter global del contrato”¹⁰³. Se regula, también, la modificación convencional, que deberá, como hemos venido explicando, ser desarrollada mediante cláusulas claras, precisas e inequívocas y que requiere como presupuestos habilitantes, al igual que en los contratos públicos lo siguiente: a) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador o una entidad adjudicadora diligente no podía prever; b) que la modificación no altere el carácter global de la concesión; y c) en el caso de concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores, que el aumento del precio no sea superior al cincuenta por ciento del valor de la concesión original.

La propuesta de Directiva establece que la actuación diligente del poder adjudicador o entidad adjudicadora en relación con la imprevisibilidad de las circunstancias debe determinarse en atención a los siguientes elementos: los recursos de que se disponían, la naturaleza y características del proyecto específico, las buenas prácticas del ámbito en cuestión y la necesidad de asegurar una proporción adecuada entre los recursos destinados a la preparación de la adjudicación y su valor previsto (Considerando 35).

¹⁰² Los considerandos 34 a 37 de la Directiva introducen interesantes elementos explicativos (por ejemplo, precisión del concepto “circunstancias imprevistas”) que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar dichas reglas. Vid. X. LAZO VITORIA, “La propuesta de Directiva de concesiones: rasgos fundamentales”, publicado en www.obcp.es, 23 de marzo de 2013.

¹⁰³ La Comisión de Mercado Interior PE propone, en cambio, un *límite económico único*: la modificación será admisible si su monto no supera “el 10% del precio actualizado del contrato original”. El Consejo de la UE, por su parte, ha optado por mantener el criterio doble pero *con umbrales diferenciados* en razón del *objeto* del contrato a modificar: 10% en el caso de los servicios y 15% en el caso de las concesiones de obras.

Por ello, la regulación suscita las mismas críticas ya apuntadas que, en este marco de concesiones, todavía son más sensibles¹⁰⁴. La interpretación deberá coherente los principios e intereses en juego, evitando una alteración indebida de las reglas de competencia.

4.2. El control de los modificados como elemento clave al correcto ejercicio de esta prerrogativa. Interesa destacar que la propuesta de Directiva sobre contratación pública establece la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego¹⁰⁵.

Esta obligación obligara a replantear la actual situación en España en virtud de la interpretación que se está dando a la redacción del artículo 40 TRLCSP, que dice ahora¹⁰⁶: «Sin embargo, no serán susceptibles

¹⁰⁴ Vid. E. LOPEZ MORA, “La futura regulación de la modificación los contratos de concesión durante su vigencia”, publicado en www.obcp.es, 28 de enero de 2013. En su opinión, se debe criticar el hecho de no haber sabido aprovechar la oportunidad para particularizar el límite cuantitativo de las modificaciones en función del contrato o concesión en proporción a la magnitud y duración del contrato en cuestión.

¹⁰⁵ Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que *ex* artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe– y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Vid, M.A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, ob. Cit., pp. 203-210. Recientemente, en Extremadura, mediante el artículo 8 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo de Gobierno Abierto, se contempla la obligación de publicar los modificados. Obligación que también se contempla en el Proyecto de Ley de Transparencia en tramitación parlamentaria (artículo 7).

¹⁰⁶ Contrario a la posibilidad de recurso especial se posiciona P. CALVO RUATA, al considerar que contrario al recurso especial: “lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial esta 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” . “La zozobra de la

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 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».

Como bien explica M.A BERNAL BLAY, dicha «aclaración» no se encontraba en el Proyecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, sino que fue introducida en el texto al ser aprobada la enmienda nº 31, planteada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista. Resulta sorprendente, cuando menos, la justificación ofrecida para ello¹⁰⁷: «La disposición adicional decimosesta 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.

Sorprende la solución adoptada por el legislador habida cuenta del razonamiento seguido para su justificación. Planteada la cuestión de la competencia para conocer de los recursos que puedan plantearse contra los acuerdos adoptados en relación con la modificación de los contratos públicos, parece una solución lógica remitir la cuestión al órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación (el Tribunal Administrativo Central, u otro, porque recordemos que el Tribunal Administrativo Central no es el único órgano que conoce de estos recursos) para que sienta criterio sobre su competencia para conocer del asunto. En cambio, en lugar de eso se decide «zanjar legalmente la cuestión», excluyendo la posibilidad de modificación. Curiosa resulta esta solución cuando no el Tribunal Administrativo Central pero sí el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya se pronunció al señalar en su guía de

modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?», ob. Cit., p. 407.

¹⁰⁷ M.A. BERNAL BLAY “El control sobre la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 1 de septiembre de 2011.

procedimiento para la tramitación del recurso especial en materia de contratación 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-...»¹⁰⁸.

Además, la reciente modificación de la normativa autonómica aragonesa sobre contratos públicos (Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, modificada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), ha introducido una nueva disposición (artículo 12.bis) que, tras señalar la obligación de publicitar los acuerdos de modificación de los contratos, señala expresamente la posibilidad de interponer recurso contra tal acuerdo de modificación¹⁰⁹:

«...Artículo 12 bis. Publicidad de los modificados.

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

¹⁰⁸ Esta guía se encuentra disponible en la web del Tribunal de Aragón: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal_admvo_contratos/Guia_procedimiento_recurso_especial_TRLCSP.pdf

¹⁰⁹ En el mismo sentido el artículo 20 de la recientísima Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, prevé también la notificación de las modificaciones contractuales 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.

contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales...»

La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales¹¹⁰, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal¹¹¹. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados¹¹².

¹¹⁰ Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 8 de octubre de 2012.

¹¹¹ El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que *«II. 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 (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos»*.

¹¹² 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 si 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. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: *“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»”*.

Esta opinión, favorable a la recurribilidad de los acuerdos de modificación de los contratos públicos no es, sin embargo unánime. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se ha pronunciado sobre la cuestión en sentido contrario, hasta en dos ocasiones, en el mes de junio de 2011. En su Resolución 17/2011, de 8 de junio, el Tribunal Madrileño concluye 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». La misma opinión confirmaría más tarde, en su Resolución núm. 30/2011, de 29 de junio, en la que se inadmite un recurso especial planteado contra la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de establecimiento es inferior a 500.000 euros, pero cuya adjudicación se propone a una empresa que contempla una inversión superior a dicha cifra. El Tribunal razona que «no cabe interpretar que como consecuencia de la adjudicación, una vez superado el umbral, a partir de ese momento cabe el citado recurso y por tanto ahora sería competente este Tribunal cuando no lo ha sido para controlar los actos anteriores. El mayor importe derivado de la mejor oferta del adjudicatario afectará a una fase posterior, que es la de ejecución del contrato, que no está sujeta al control de los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación».

Pero esta discusión sobre la exclusión de los «modificados» del ámbito objetivo del recurso especial, con la nueva regulación que se propone en la Directiva, queda ahora superada. Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho

a una buena administración¹¹³. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, Cfr. apdo 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial¹¹⁴. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad¹¹⁵. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterios funcionales relacionados con la causa del contrato.

Por lo demás, si como gráficamente indicaba J. COLÁS TENAS la «era del reformado» había terminado no tiene sentido excluir del ámbito del recurso especial en materia de contratación el control sobre el cumplimiento de los nuevos requisitos establecidos¹¹⁶.

¹¹³ Vid. las oportunas reflexiones al respecto de I. GALLEGO CÓRCOLES «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», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, nº 113 (2011), p. También. M.A BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución...”, ob. Cit., pp. 203-208.

¹¹⁴ Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101.. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

¹¹⁵ Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)

¹¹⁶ J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, REDA núm. 153, 2012, pp. 253-276.

5. CONCLUSIONES. La transformación del ius variandi en un contexto de eficiencia e integridad. De todo lo expuesto se puede concluir con la idea de que la efectividad del principio de concurrencia y del principio de igualdad de trato exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad de la modificación de los términos y pactos del contrato –entendida como una potestad condicionada- en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, junto a los trámites propios a esta práctica administrativa¹¹⁷, debería darse trámite de audiencia a todos los

¹¹⁷ Sigo en este punto a F. PUERTA, “El régimen de la modificación...”, ob.cit., pp. 506 a 509. Sucintamente, por ser una cuestión de menor problemática práctica, conviene recordar los trámites procedimentales que se deben cumplimentar en un modificado contractual. a) Propuesta del servicio administrativo competente en la que se motive y fundamente la concurrencia de las circunstancias legales o pactadas que justifiquen la modificación. En la propuesta motivada habrá de valorarse la cuantía de la modificación a efectos de la determinación del alcance, sustancial o no, de la modificación y del restablecimiento del equilibrio económico del contrato. b) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma. c) Audiencia del contratista, por plazo mínimo de tres días. Especial relevancia cobra la contradicción en el ejercicio del *ius variandi*, singularmente en la nueva legislación contractual. Hemos de recordar aquí que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo había relativizado la exigencia del trámite de audiencia del contratista «*de manera que únicamente cuando genere indefensión en el interesado podrá servir para producir efectos invalidantes*»¹¹⁷. La tramitación del expediente contradictorio no determina la paralización del contrato, salvo que así lo exija el interés público o la naturaleza de las incidencias así lo requiera. d) Informe del servicio jurídico correspondiente cuando la Administración contratante sea el Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales. La legislación de contratos no determina el carácter del informe. Una vez más la aplicación subsidiaria de las previsiones de la ley 30/92 nos lleva a concluir afirmando que el informe es preceptivo pero no vinculante, tal y como establece la legislación básica en el artículo 83.1. e) Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando la cuantía de las modificaciones, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros. De la regla contenida en los artículos 211.3.b) y 107.2 y 3.d) se deduce que este informe del órgano consultivo correspondiente sólo es exigible para el procedimiento en el que se llevan a cabo las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación, porque los modificados no previstos no pueden superar ese porcentaje, de conformidad con lo establecido en ese artículo 107.2 y 3.d) del TRLCSP. En este último supuesto estaríamos ante una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación del contrato proscrita por el artículo 107 del TRLCSP y que, por tanto, no cabe su promoción por vía de modificación no prevista del contrato. f) Acuerdo motivado del órgano de contratación

licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse que la modificación no cumple los requisitos que la habilitan y, por ello, estamos en presencia de una nueva adjudicación¹¹⁸. No puede desconocerse que «estas prácticas presentan serios problemas de compatibilidad no sólo en relación con la normativa de contratación -pueden ser contrarias a la libre concurrencia-, sino también con las disposiciones presupuestarias y económicas a las que están sujetas las Administraciones Públicas, ya que afectan a los costes de la inversión pública y dificultan el control presupuestario¹¹⁹.

En suma, para que una eventual modificación de un contrato público - para todo poder adjudicador, sea o no Administración pública y los entes sometidos a la Ley 31/2007- se atenga a la legalidad comunitaria, amén de la imprevisibilidad y necesaria existencia de interés público (presupuestos habilitantes y auténticos conceptos jurídicos indeterminados), insistimos en que sería preciso que se

aprobando la modificación del contrato. Concluye el expediente con este acuerdo, obligatorio para los contratistas, que, tal y como prescribe el artículo 211. 4, pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutivo (artículos 219.1 y 211.4 RDLeg 3/2011; antiguos 202.1, in fine, y 195.4 LCSP), sin perjuicio de las impugnaciones que resulten procedentes conforme a derecho.g) La formalización de la modificación. El artículo 102. e) del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, exige la formalización en documento administrativo» de la modificación llevada a cabo sobre el contrato originario, pudiendo solicitar el contratista, a su cargo, la elevación de la modificación a escritura pública (art. 156 TRLCSP).

¹¹⁸ Así lo han defendido con buen criterio los profesores SAINZ MORENO (“Prerrogativas de la Administración”, en libro colectivo *Derecho de los Contratos Públicos*, Praxis, Madrid, 1996, p. 448) y MARTIN REBOLLO (“Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004p. 579). Un avance al respecto se contiene en el artículo 10. 3 de la Ley Gallega 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega al indicar que se deben publicar 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 €’.

¹¹⁹ Así lo afirman J.A. MORENO MOLINA, y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva ley de contratos del Sector Público*, La Ley, 3ª edición, Madrid, marzo 2011p. 979 y M. GARCES SANAGUSTIN, “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, ob. Cit., p. 67 .

cumplieran las dos condiciones relativas a que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación (lo que equivaldría a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación); así como que la posibilidad de incluir una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación¹²⁰. Solo así se da sentido a la finalidad de los principios de la contratación pública –en especial de concurrencia e igualdad de trato-¹²¹. Y parece evidente que debe existir un interés público real e indubitado que aconseje esta opción¹²².

El reciente Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en un contrato de privatización del servicio público del agua (en modalidad CPPI y un

¹²⁰ Como bien ha destacado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 13/2011, de 4 de mayo, “Es necesario insistir en la necesidad de ejercer correctamente, conforme a los parámetros comunitarios, la prerrogativa de modificación del contrato, que debe prever sus reglas de tramitación, los límites cuantitativos, y no afectar a ninguna condición esencial del contrato. A estos efectos, en el subapartado dedicado a las modificaciones previstas, debe sustituirse la expresión «...con arreglo al alcance y los límites allí establecidos, que deberá indicar expresamente el porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo puedan afectar», por la más adecuada de «...en las circunstancias, con las condiciones, alcance y los límites allí establecidos; que deberán indicar expresamente el porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo puedan afectar». Los términos «circunstancias y condiciones», junto al alcance, límites y porcentaje, deben incluirse también en la frase siguiente, dedicada al supuesto de prever varias causas de modificación y en el anexo correspondiente.

Es también necesario, que en todos los casos, a excepción de los pliegos correspondientes a contratos de obras –para los que el artículo 217.2 LCSP ha previsto el procedimiento de fijación de los precios aplicables a las unidades nuevas no previstas en el proyecto –, se incluya una mención relativa a este extremo en la cláusula destinada a la modificación, en el sentido de que debe recogerse en el Anexo el procedimiento de fijación de nuevos precios, si éstos se derivan de la modificación”.

¹²¹ Insistimos en recordar la doctrina de la STJUE *Succhi di frutta*: “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” (apartado 111). Por lo demás, una programación insatisfactoria o insuficiente por parte del poder adjudicador no es una circunstancia imprevisible a los efectos del Derecho comunitario.

¹²² Vid. CEPEDA MORRAS J., YÁNEZ DÍAZ C., y Otros, Comentarios a la legislación de contratos del sector público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 719-721.

valor estimado de mil cien millones de euros) aborda esta cuestión, anulando el pliego por la deficiente regulación de esta posibilidad de modificados, lo que afecta a la determinación del objeto en el futuro, ya que no se prevén los trámites y umbrales que permitan, ante circunstancias imprevisibles de interés público, una modificación contractual.

“La simple cita o remisión al Título V del Libro I del TRLCSP contenida en la cláusula 30 del PCAP incumple las exigencias del marco jurídico vigente. El artículo 106 TRLCSP desarrolla cómo se deben tramitar los supuestos de modificación contractual, estableciendo que tal posibilidad se condiciona a que 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. Es decir, el PCAP no sólo debe prever la posibilidad, sino que debe determinar y cuantificar en qué y cómo procede esta modificación. Lo que tendrá sus efectos tanto a la hora de calcular el valor estimado del contrato, como de la presentación de ofertas por los potenciales licitadores.

El incumplimiento de estos requisitos en el PCAP —máxime en contratos tan complejos y de larga duración, como el analizado, donde es estratégico el correcto diseño del régimen financiero y del necesario equilibrio financiero y reparto de riesgos— incide directamente en lo que es y puede ser el objeto de la licitación, introduciendo claras distorsiones que pueden condicionar las ofertas de los licitadores y el desarrollo de la ejecución del contrato, afectando a la propia definición del objeto contractual, lo que contraviene el artículo 86.1 TRLCSP.

No contradice esta conclusión el hecho de que en el PPT, en concreto en su cláusula 13, bajo la denominación «AMPLIACIÓN Y MODIFICACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS» se recojan las siguientes previsiones:

«Resulta razonable pensar que durante la vida del contrato se producirán circunstancias que obligarán a modificar las condiciones en que se lleva a cabo la prestación de los servicios que se le encomienden.

La evolución en los materiales adecuados para la construcción de las redes de alcantarillado o de las características admisibles de las aguas depuradas son ejemplos de situaciones en que puede producirse un cambio normativo de importancia que obligue a modificar sustancialmente las condiciones de prestación de los servicios del ciclo del agua con respecto al estándar actualmente admitido.

Igualmente la evolución de las tecnologías involucradas en la prestación de estos servicios puede suponer la necesidad de introducir cambios en profundidad en las infraestructuras encargadas de prestarlos.

La SEM goza de la facultad de proponer las modificaciones en las condiciones de prestación de los servicios que tiene encomendados que considere oportunas, que deberán ser municipalmente aprobadas previo informe de los Servicios Municipales. La propuesta a presentar en estos casos contendrá toda la información relevante acerca de la modificación propuesta y un análisis de la repercusión económica de su adopción. El acuerdo municipal incluirá la definición de las nuevas condiciones de la prestación de estos servicios y la revisión de las condiciones económicas en que se desarrollarán por parte de la SEM con el criterio de garantizar el mantenimiento del equilibrio económico-financiero con el que se prestan estos servicios. En tanto en cuanto no se produzca un acuerdo de modificación se entenderá que las prescripciones contenidas en el presente pliego mantienen su vigencia».

En primer lugar porque las mismas —a las que ni siquiera remite el PCAP en su cláusula 30— no cumplen en ningún caso los requisitos previstos en el artículo 106 TRLCSP que acaban de exponerse y, en especial la definición de forma clara, precisa e inequívoca de las condiciones en que puede hacerse uso de la facultad de modificación, el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, la

expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

Y en segundo lugar, porque el intento de fijación de los parámetros de la modificación del contrato en el PPT constituye un ejemplo de «confusión» entre el contenido del PCAP y del PPT, al ser su ubicación adecuada el PCAP. Hay que recordar, a estos efectos, que el Pliego de Prescripciones Técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos 116 y 117 TRLCSP y 68 RGLCAP; y que este último precepto determina, además, en su apartado 3 que los Pliegos de Prescripciones Técnicas en ningún caso contendrán «declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares», entre otras razones porque los Pliegos de Prescripciones Técnicas no deben ser objeto del informe jurídico preceptivo exigido por la legislación”.

El ejercicio de la potestad de modificación contractual requiere una adecuada motivación sobre causas y requisitos que la habilitan y que, de no existir, impide la alteración del contrato o de sus pliegos de condiciones regidos por el principio *ne varietur*. Este es, sin duda alguna, el elemento clave de la prerrogativa. De ahí que la motivación o fundamentación de las decisiones modificatorias del contrato se conviertan en el principal medio de control de la legalidad y de la oportunidad del ejercicio del *ius variandi* “sin que tal justificación pueda consistir en la afirmación puramente tautológica de que las variaciones obedecen a necesidades nuevas o causas imprevistas a la hora de redactar el proyecto”¹²³.

No podemos obviar en el análisis de esta tendencia la necesidad de recordar que la actividad administrativa, sujeta incondicionalmente al principio de legalidad y al servicio objetivo del interés general, no puede tolerar los muchos riesgos reales de desviación en el ejercicio de sus potestades, entre ellas la de modificación de los términos del contrato, persiguiendo finalidades que poco tienen que ver con exigencias derivadas del interés público¹²⁴. Cuestión que, insisto,

¹²³ Vid. PUERTA SEGUDO, “El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011...”, Ob. Cit., pp. 486-487.

¹²⁴ La preocupación por la adecuada utilización de esta facultad extraordinaria ha sido manifestada por el Consejo de Estado en numerosas ocasiones. En el Dictamen núm.

afecta a la credibilidad del modelo ya que las modificaciones contractuales injustificadas y arbitrarias no sólo dañan al erario público por el sobre coste que va a suponer ese contrato, sino que constituye 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 presentadas¹²⁵.

Por lo demás, es esta una cuestión que se suscitará seguramente ante los Tribunales administrativos creados al amparo de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en tanto compete a los mismos la supervisión de los contratos armonizados en lo relativo a tramitación y adjudicación. Y un modificado que no cumpla con estos requerimientos equivale, como venimos insistiendo, a una adjudicación ilegal por lo que forma parte del objeto del referido recurso (y no es una mera cuestión de ejecución que solo interesa al contratista y al poder adjudicador).

Urge, por tanto, adaptar y aplicar correctamente la legislación sobre los modificados en la contratación pública, lo que exige un cambio de cultura en la gestión de los mismos y, sin duda, una mayor profesionalización en su tramitación con elementos de control específicos rápidos y efectivos, entre los que se encuentra la necesidad de publicar estos modificados (y aun de notificarlos a los licitadores) con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego. Si la necesaria estabilidad del marco normativo es deseable, también la necesaria profesionalización en aras a promover una nueva “cultura” de la contratación pública, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejado de prácticas clientelares o de validación de proyectos claramente insostenibles, ya desde una perspectiva financiera, ya desde la propia

215/2010, de 18 de marzo, se recordó que «ha sido una preocupación tradicional del Consejo de Estado al informar los expedientes de modificación contractual que ésta pudiera ser empleada para encubrir «prácticas viciosas» susceptibles de «frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación» de contratos públicos (Dictamen del expediente nº 34/2007, de 1 de febrero).

¹²⁵ J.M. GIMENO FELIU, “La Ley de contratos del Sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *ob.cit.*, pp. 526 y 529.

lógica de la conveniencia y su sostenibilidad¹²⁶. Y ello porque está en juego, insistimos, la efectividad del derecho a una buena administración¹²⁷.

Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan¹²⁸. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad en la gestión de los modificados de los contratos públicos¹²⁹.

¹²⁶ En este punto resulta de gran interés el trabajo de M.A. SANMARTIN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, en libro col *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, ob.cit., pp. 407-434.

¹²⁷ Para ello debe promoverse la colaboración de organizaciones sociales -no politizadas- para el control de riesgos de corrupción así como de los empleados públicos, previendo un sistema eficaz de denuncias (sin “coste” para el denunciante).

¹²⁸ Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>

¹²⁹ Ver GIMENO FELIU, J.M., *La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?*, REDA, nº 147, pp. 518 y ss.