

JOSÉ M.^a BAÑO LEÓN
(coordinador)

MEMORIAL PARA LA REFORMA DEL ESTADO

Estudios en homenaje al
Profesor Santiago Muñoz Machado

TOMO III

COMITÉ CIENTÍFICO

Prof. Dr. JOSÉ M.^a BAÑO LEÓN
Prof. Dr. IGNACIO BORRAJO INIESTA
Prof. Dr. JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO
Prof. Dr. VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Madrid, 2016

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático

De esta edición: 2016
© JOSÉ M.ª BAÑO LEÓN (coord.)

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
<http://www.cepc.gob.es>
Twitter @cepcgob

Fotografía de cubierta: *Las bilanderas*, de Diego Velázquez, Museo Nacional del Prado, Madrid

NIPO: 005-15-087-3
ISBN (obra completa): 978-84-259-1693-9
ISBN (tomo III): 978-84-259-1696-0
Depósito legal: M-3431-2016

Composición Rali, S.A.
Costa 12-14, 7º izda.
48010 Bilbao (Bizkaia)

Impreso en España - *Printed in Spain*

SOBRE LA SUPUESTA INCIDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL RÉGIMEN ESPECÍFICO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

ISABEL MARÍA DE LOS MOZOS Y TOUYA
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL TRLCSP. 1. *La pretensión imposible de un régimen general de modificación para todos los contratos del sector público.* 2. *Previsión legal de causas de modificación de los contratos del sector público, para los casos en que esta no venga prevista expresamente en el contrato.* 3. *Insuficiente regulación de la previsión expresa en el contrato de las posibles modificaciones de su contenido.* 4. *Aspectos legales del régimen de modificación de los contratos ajenos a la lógica contractual y que no derivan de las exigencias comunitarias en la contratación pública.*—III. LO QUE EXIGEN LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS AÚN POR TRASPONER, SOBRE MODIFICACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS «CONTRATOS ARMONIZADOS». 1. *El artículo 72 de la Directiva 24/2014.* 2. *El artículo 73 de la Directiva 24/2014.*—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LÍMITES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN SUS EXIGENCIAS SOBRE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

I. INTRODUCCIÓN

Según una definición legal ya «histórica», pero que sigue siendo válida hoy, los contratos administrativos se definen como aquellos contratos públicos en los que el objeto de su prestación principal reviste «características intrínsecas que hacen precisa una especial tutela del interés público»¹. En consecuencia, la Administración contratante está legalmente dotada de una serie de poderes exorbitantes o prerrogativas sustantivas que puede ejercer unilateralmente en ellos, durante la ejecución del contrato²,

¹ Cfr., el artículo 5 de la Ley de Contratos del Estado de 1965, tras ser reformada en 1973. Y esas mismas «características» se siguen dando, justamente, en los contratos que están «directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público». Tales *características* y tal *vinculación directa* eran precisamente los criterios que apuntaba esa ley en 1973, para calificar o no a los contratos de la Administración pública como contratos administrativos y, en consecuencia, aplicarles o no las correspondientes reglas exorbitantes o poderes unilaterales administrativos durante su ejecución.

² Cfr., el vigente artículo 210 TRLCSP (Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Leg.3/2011), donde se enumeran dichas prerrogativas: *interpretación unilateral* (donde cabe incluir también el poder directivo de la prestación), *modificación unilateral* por razones de interés público y *resolución unilateral* (determinando los efectos esta).

a través del privilegio de la «decisión ejecutoria»³. Y tales «potestades» se dirigen precisamente a salvaguardar ese interés público concernido en cada caso, en relaciones jurídicas contractuales que de suyo son de tracto sucesivo, como sucede por lo general con las prestaciones propias de los contratos administrativos típicos o «nominados». Por tanto, así sucede con los contratos de obras, concesión de obras, suministros, servicios y gestión de servicios públicos, así como con los de colaboración público-privada y demás contratos mixtos que contengan prestaciones de los anteriores⁴. Todos ellos son considerados como contratos típicos o generales, por el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP)⁵.

Y en eso consiste fundamentalmente el régimen peculiar de los contratos administrativos que, sin alterar su propia naturaleza de contratos públicos⁶, se dirige a salvaguardar el correspondiente interés público implicado en ellos, justamente a través del ejercicio de tales prerrogativas o poderes unilaterales de la Administración contratante⁷, durante toda la vigencia del contrato (mientras este deba producir todos sus efectos)⁸. Por tanto, ese régimen peculiar afecta a la fase contractual del *in facto esse*, que es cuando puede quedar comprometido el interés público específicamente concernido, en cada caso, en razón de los fines perseguidos con las prestaciones a que vengan obligados los contratistas, cuya posición no deja de estar garantizada por la *lex contracti*⁹. Pues es

³ Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Thomson-Civitas, Madrid 2013, págs. 738-739.

⁴ Vid., MÍGUEZ MACHO, L., «Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público», en FERNÁNDEZ ACEBEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid 2014, págs. 165-198.

⁵ Cfr., el artículo 5.1 TRLCSPP. Tales contratos serán administrativos cuando sea la Administración Pública quien los adjudique, y privados cuando sean adjudicados por alguna entidad del sector público que no sea Administración pública (o a los efectos legales, no tenga esta consideración) y, en tal caso, se sujetarán al régimen previsto en el artículo 20 TRLCSPP.

⁶ Vid., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., «Naturaleza jurídica del contrato público», en AA.VV., *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*, Junta de Castilla y León, Cameron May, London 2008, págs. 947-969.

⁷ Vid., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Instituto García Oviedo, Sevilla 1960, págs. 184-185; donde sostenía esta idea de que no es incompatible la existencia del contrato con esa especial posición «soberana» de la Administración, pues, según venía a afirmar implícitamente también, la Administración decide obligarse contractualmente cuando contrata y, además, señalaba que las obligaciones que asume como parte del contrato son exigibles jurisdiccionalmente, afirmando que negar esta posibilidad «nos conduciría, ni más ni menos, que a cuartear los cimientos del Estado de derecho».

En ese mismo sentido, vid., DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., «El enigma del contrato público», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4 (2011), pág. 558; donde sostengo que, «la Administración al adjudicar un contrato decide vincularse de forma contractual», porque lo específico de los contratos públicos está justo en esa decisión unilateral, «en el origen de la relación jurídica, en su perfección o constitución, más que en el vínculo jurídico constituido, que es propiamente lo que permanece y es común a los contratos públicos y a los privados, que se celebran solo entre particulares» (págs. 554-555).

⁸ Vid., DE LOS MOZOS Y TOUYA, *ibid.*, págs. 560-561.

⁹ En particular, mediante el equivalente económico de las prestaciones, en último término, al que sirven las llamadas garantías del contratista. Vid., ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en*

en la fase de ejecución, en los efectos y extinción del contrato administrativo, donde hay que salvaguardar especialmente dicho interés público, dada esa naturaleza ya aludida de tracto sucesivo de las prestaciones típicas correspondientes.

Sin embargo, las Directivas sobre contratación pública vienen regulando únicamente la fase del *fieri* (del *hacerse*) de los contratos públicos, en general. Por tanto, todo lo relativo a su preparación y adjudicación, que es lo relevante para el Derecho comunitario europeo. Y ello como un modo particularmente importante de dotar de efectividad al Mercado Común, teniendo en cuenta el elevado volumen de caudales públicos destinados a afrontar las tradicionales necesidades públicas, para cuya gestión las Administraciones de los Estados miembros han de recurrir a la colaboración de los empresarios contratistas. En definitiva, la perspectiva comunitaria viene siendo la de salvaguardar la competencia en el mercado europeo, entre los operadores de los distintos sectores económicos sobre los que se proyecta la contratación pública, desde las primeras Directivas de los años setenta para los contratos de obras y suministros. Y ese ha sido además el título jurídico invocado para adoptar las Directivas de contratos, desde el primer momento.

En efecto, como es sabido, el fundamento jurídico para armonizar las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito de la contratación pública fue el art. 100 TCEE (Tratado de la Comunidad Económica Europea), que luego ha sido el artículo 94 TCE (Tratado de la Comunidad Europea) y que ahora es el artículo 114 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Sobre esta base, se podrán adoptar directivas para aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior, como sucede con las normas sobre contratación pública. Y este sigue siendo hoy el título jurídico que justifica las recientes Directivas de contratos aún por trasponer¹⁰, llamadas «Directivas de cuarta generación»¹¹.

La propia denominación de las nuevas directivas de contratos vendría ya a subrayar la supuesta pretensión comunitaria de ir más allá de la adjudicación de los contratos públicos¹², en sus exigencias sobre la contratación pública de los Estados miembros¹³.

los contratos administrativos, I.E.A., Madrid 1968, *passim*. *Vid.*, también, del mismo autor, «El equilibrio financiero del contrato administrativo», en CASSAGNE, J.C. y RIVERO YSERN, E., *La contratación pública*, 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, págs. 725-746.

¹⁰ *Vid.*, para una visión crítica de esta evolución normativa comunitaria, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», en AA. VV. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid 2013, págs. 19-40.

¹¹ *Vid.*, GIMENO FELIÚ, J.M., «Las nuevas Directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159 (2013), págs. 39-106.

¹² *Vid.*, FERNÁNDEZ ACEBEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del sector», en FERNÁNDEZ ACEBEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, cit., 199-274.

¹³ Se trata de las Directivas 23, 24 y 25 de 2014, respectivamente, «relativas a la adjudicación de contratos de concesión», «sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18», y

En este sentido, se ha destacado que la nueva Directiva 24/2014 no menciona ya en su título la adjudicación¹⁴. Incluso, desde hace algún tiempo, se ha señalado que el Derecho europeo podría llegar a imponer un supuesto régimen sobre la ejecución de los contratos públicos, que vendría a superar el régimen peculiar de la contratación administrativa¹⁵. Y en particular, se ha afirmado que la nueva regulación de las últimas Directivas establece una «profunda limitación del *ius variandi*», al menos, tal y como fueron proyectadas¹⁶, aunque la regulación resulte mucho menos incisiva, según el tenor de los preceptos correspondientes, una vez terminado «el procedimiento legislativo» recorrido por tales Proyectos de Directivas¹⁷.

El contexto en que la doctrina ha empezado a afirmar la incidencia del Derecho comunitario europeo en el régimen propio de los contratos administrativos viene dado, en especial, partiendo de las limitaciones que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha precisado en relación con la legitimidad o no de modificaciones contractuales, durante la vigencia del contrato¹⁸. Y esto en la medida en que dichas modificaciones puedan falsear la competencia en la propia adjudicación de los contratos, alterando las condiciones de igualdad en la concurrencia de quienes aspiraron a ser adjudicatarios y burlando los principios de transparencia y objetividad, además de la debida publicidad, que deben inspirar en la contratación pública la licitación u oferta del contrato y su posterior adjudicación.

A la luz de todo lo anterior y tomando pie del título de uno de los muchos y muy elocuentes libros del profesor Santiago Muñoz Machado, a cuyo homenaje quiere sumarse este trabajo, de lo que se trata aquí es de precisar cuáles son las *mutaciones del régimen de los contratos administrativos*, ante el nuevo Derecho de la Unión Europea¹⁹. Para ello, en primer lugar, habrá que exponer cómo se regula el régimen de la modificación de los contratos administrativos en el vigente TRLCSP (1). En segundo lugar, qué exigen las nuevas Directivas de contratos aún por trasponer, en relación con esto (2). Y finalmente, lo anterior permitirá concluir sobre qué es realmente lo que el Derecho comunitario puede o no alterar y, en su caso, exigir, en este ámbito de la contratación administrativa (3).

«relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17».

¹⁴ Vid., VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Pamplona 2015, pág. 90.

¹⁵ Vid., DÍAZ LEMA, J.M., «Contratos públicos *versus* contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad de la ley de contratos del sector público?», en *Revista Española de Derecho Administrativo* 141 (2009), pág. 37.

¹⁶ Vid., BAÑO LEÓN, J.M., «Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos», en *Anuario del Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona 2013, pág. 151.

¹⁷ Vid., VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos...*, cit., págs. 90-91.

¹⁸ *Ibid.*, págs. 65-89; donde puede encontrarse un buen resumen de los asuntos más importantes resueltos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre modificaciones en la contratación pública.

¹⁹ Vid., MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid 1993.

II. EL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL TRLCSP

Hasta la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, no venía contemplada legalmente la previsión en los pliegos, como condición legal para ejercer específicamente, en la contratación administrativa, la prerrogativa de modificación unilateral del contenido del contrato por la Administración contratante durante su vigencia. Era precisamente el artículo 8 de esta Ley de 1995 donde se disponía la necesidad de que tales prerrogativas constasen, expresamente, en el pliego de cláusulas administrativas particulares para los contratos administrativos especiales o innominados y, entre ellas, la de su modificación, en su caso. Pues tales contratos innominados, aun siendo administrativos, al estar «vinculados al giro o tráfico administrativo de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley»²⁰, a diferencia de los generales o típicos, no tienen por qué ser de tracto sucesivo, en razón de su objeto, y solo cuando lo sean tendrían sentido las prerrogativas administrativas, en especial, la de la modificación unilateral y, probablemente, de ahí la necesidad de su constancia expresa en ellos, tal y como disponía el citado artículo 8.

Con la reforma introducida por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su artículo 202.2²¹, se generalizó —posiblemente, sin ninguna necesidad— la exigencia de que las modificaciones durante la ejecución de los contratos estuvieran expresamente previstas²², para todos los contratos administrativos (tanto para los generales, como para los especiales o atípicos), pero no para el resto de los contratos del sector público como, sin embargo, se prevé ahora por la normativa en vigor. Así, desde la Ley 30/2007, para ejercer el *ius variandi* en cada caso, este debía estar expresamente previsto en los pliegos²³. Las reformas posteriores que dieron lugar al Texto Refundido vigente, fueron introducidas por la Ley 34/2010 y por la Ley de Economía Sostenible de 2011, y esta última es la que ha pretendido establecer un supuesto régimen general de modificación para todos los contratos del sector público (1), una regulación causal específica para el caso de no hallarse prevista la posible modificación del contrato en la documentación que rige la licitación (2), así como una insuficiente regulación de la previsión expresa en el contrato de las posibles modificaciones de su contenido (3), además de contener algunos aspectos ajenos a la lógica contractual y que nada tienen que ver con las exigencias comunitarias en la contratación pública (4).

²⁰ Cfr., el artículo 5.2,b) L.13/1995.

²¹ Cuyo tenor literal disponía que: «La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual».

²² Y por su parte, el artículo 194 LCSP enumeraba las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, estableciendo su posible ejercicio, literalmente: «Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, (...)».

²³ Lo cual ha sido criticado en la doctrina, como señala, VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos...*, cit., págs. 37, 41 y 49.

1. *La pretensión imposible de un régimen general de modificación para todos los contratos del sector público*

Desde la perspectiva de dar cumplimiento a la normativa comunitaria europea, que debe ser aplicada a todos los «poderes adjudicadores», con independencia de la forma jurídica que adopten y, además, en la medida en que tales poderes —de forma impositada— distribuyen recursos públicos²⁴, escapando de las reglas jurídico-públicas que les corresponden²⁵ y celebrando contratos cuyo objeto es el propio de los contratos administrativos, podría resultar encomiable extender el régimen de modificación a todos los contratos del sector público. Y en tal sentido, por tanto, podría ser «positivo» que dicho régimen se aplique no solo a los contratos administrativos, sino también a los contratos privados del sector público, como una forma de que estos reciban ese soporte normativo que requiere su necesaria garantía pública, de la que pretenden «escapar por la puerta falsa» de su «disfraz jurídico-privado», para luego tener que «volver a entrar por la ventana», de este modo, con los inconvenientes que naturalmente una entrada tan poco normal genera. Por el contrario, no parece justificado, distorsiona y confunde, extender el mismo régimen de modificación a los contratos privados de la Administración pública²⁶, como pretende ahora el artículo 20.2, 2.º TRLCSP²⁷.

Por otra parte, con respeto a los contratos privados del sector público (los de las entidades instrumentales de la Administración pública, las privadas y aun las públicas que, sin embargo, «no sean Administración pública»), esa pretensión es imposible, al menos, desde un punto de vista adjetivo o procedimental. Porque las entidades privadas del sector público no pueden ejercer la prerrogativa adjetiva de la decisión ejecutoria, sencillamente porque carecen de personalidad jurídico-pública, en cuanto soporte formal indispensable para ser titulares de potestades públicas y, en consecuencia, para ejercerlas mediante decisiones unilaterales ejecutorias²⁸. De ahí que se haya afirmado que, en estos casos habrá que estar a lo previsto por las instrucciones internas del con-

²⁴ Vid., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., «La adjudicación», en CASSAGNE, J.C. y RIVERO YSERN, E., *La contratación pública*, 2, cit., pág. 705.

²⁵ Vid., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., «¿Sociedades para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1997)», en *Revista de Administración Pública*, 144 (1997), págs. 45-73; donde denunciaba ya la problemática que plantea el «disfraz jurídico-privado» y las importantes «disfunciones» que genera.

²⁶ Y no lo parece, porque en ellos la vinculación con el interés público del objeto del contrato es solo mediata o indirecta. Vid., DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., «La necesidad de garantizar la certeza en los contratos públicos: a propósito de la reforma legislativa sobre su modificación», en *Crisis económica y crisis del Estado del bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, Reus, Madrid 2013, pág. 384.

²⁷ Donde se extiende el régimen general de modificación previsto por la Ley a todos los llamados «contratos privados», es decir, a los privados del sector público, adjudicados por entidades instrumentales (públicas y privadas) de la Administración pública, que «no sean Administración pública».

²⁸ Y cuando formalmente se trate de Administraciones públicas que, sin embargo, no lo sean a los efectos de su contratación, según lo dispuesto por el artículo 3.2,e) *in fine* TRLCSP, como sucede con las Entidades Públicas Empresariales, tampoco podrán entonces acordar tales decisiones unilaterales, como se desprende también de la remisión al Derecho privado prevista para estas Entidades en el

trato, ya que no resulta aplicable el procedimiento establecido en el artículo 211 TRLCSP, ni tampoco se dispone en la legislación ninguna regla que fije el procedimiento que deba seguirse en tales supuestos²⁹.

Por ello, en ningún caso podrán las entidades privadas del sector público modificar de forma «unilateral», propiamente, los llamados «contratos armonizados» que celebren con terceros³⁰, aunque concurren las causas de modificación previstas legalmente. En estos casos, el propio artículo 108.3 TRLCSP, a propósito del procedimiento para modificar los contratos del sector público, se distancia expresamente de lo previsto para los contratos administrativos en el artículo 211 TRLCSP³¹, con un «sin perjuicio de lo dispuesto» para estos. De lo cual se desprende, *a contrario*, que en los contratos no administrativos no cabrá ejercer la potestad de la decisión unilateral ejecutoria, aunque sí resulte exigible lo dispuesto en el propio artículo 108.2³², pero como mera condición legal, exigible en el procedimiento necesariamente privado de modificación, en su caso.

Además, aunque en los contratos privados de la Administración pública la propia Administración, en cuanto tal, sí que está investida de poder unilateral para su adjudicación, sin embargo, el régimen jurídico al que se sujetan tales contratos excluye el ejercicio de las prerrogativas unilaterales de la Administración expresamente, según se desprende del mismo artículo 20.2.1.º, *in fine*, donde se establece que: «En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado». Por consiguiente, en tales supuestos, la modificación del contenido del contrato deberá sujetarse a las reglas sobre el cumplimiento de los contratos privados, es decir, de los contratos entre particulares o sujetos privados, sin que en ellos quepa dejar su cumplimiento «al arbitrio de una de las partes» (art. 1256 del C. Civil) y, por tanto, sin que la Administración contratante pueda imponer sus prerrogativas exorbitantes o poderes unilaterales, en forma de decisiones ejecutorias. Sostener lo contrario sería hacer una interpretación contraria al propio TRLCSP. Y en definitiva, en último término, a falta de acuerdo en-

artículo 53.2 Ley 6/1997 (LOFAGE), y en el artículo 57.1 de la misma ley que, a su vez, remite a la legislación de contratos de las Administraciones públicas.

²⁹ *Vid.*, VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos...*, cit., pág. 205; donde cita la Circular 1/2011 de la Abogacía del Estado, en este sentido.

³⁰ Rectifico, por tanto, lo que afirmé en dos ocasiones anteriores. *Vid.*, DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., «La necesidad de garantizar la certeza en los contratos públicos: a propósito de la reforma legislativa...», cit., pág. 383. También, con anterioridad, en «La nueva regulación de los contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: de la apariencia a la incertidumbre», en *Liber Amicorum al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern, El nuevo Derecho administrativo*, Ratio Legis, Salamanca 2011, pág. 794.

³¹ Cfr., su tenor literal, relativo al procedimiento para ejercer la decisión ejecutoria, con respecto a la modificación, interpretación y resolución de los contratos administrativos, en que habrá de darse audiencia al contratista, aparte de los demás trámites previstos en dicho precepto.

³² Cuyo tenor literal dispone: «Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estas se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por convenientes».

tre las partes, deberá ser el juez civil quien decida en estos casos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21.2 TRLCSP, en su primer inciso³³.

2. *Previsión legal de causas de modificación de los contratos del sector público, para los casos en que esta no venga prevista expresamente en el contrato*

El artículo 105 TRLCSP establece la prohibición general de modificación del contenido de los contratos del sector público, al margen de los supuestos previstos en la ley, de sucesión en la persona del contratista, prórroga del contrato o revisión de precios. Además, prohíbe que pueda haber modificaciones para responder a prestaciones complementarias que amplíen el objeto del contrato, o para responder a finalidades nuevas que den lugar a prestaciones susceptibles de aprovechamiento independiente, pues en tales casos deberá procederse a una nueva adjudicación, pudiendo aplicarse el régimen establecido para las adjudicaciones complementarias en el propio TRLCSP³⁴.

La regulación vigente que arranca de la Ley 30/2007 deroga la posibilidad de modificaciones contractuales por «necesidades nuevas o causas imprevistas», a las que se refería la Ley 13/1995 y que, sin embargo, abrían una posibilidad legal de modificar el contenido del contrato, en atención al interés público concernido en cada caso. No obstante, en la práctica, hasta la Ley de Economía Sostenible de 2011, en que se introdujeron las causas de modificación legal para los casos en que estas no se prevean en los pliegos particulares, ni en el propio documento del contrato, *de facto*, sí que han venido modificándose los contratos para afrontar problemas imprevisibles y superar esa excesiva rigidez³⁵.

Desde que entró en vigor la reforma de 2011, solo cabrá la modificación de los contratos del sector público cuando esté prevista en el propio contrato, de lo contrario, el artículo 107 TRLCSP prevé una serie de supuestos que operan como condiciones generales de la contratación de carácter legal y que, cuando concurren, determinan necesariamente la modificación de los contratos, salvo que supongan una alteración esencial del contrato o de las condiciones en que se licitó³⁶, en cuyo caso³⁷, procederá su resolución o extinción anormal³⁸, funcionando en tales casos como auténticas condiciones resolutorias, de carácter legal.

³³ Asimismo, este será también el orden jurisdiccional competente cuando se trate de conflictos surgidos con ocasión de la aplicación de los supuestos legales de modificación, que resulten aplicables a los contratos privados del sector público. Y así resulta confirmado además, porque tales supuestos vienen expresamente excluidos del recurso administrativo especial, con arreglo al artículo 40.2, *in fine*, TRLCSP.

³⁴ Cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 171,b) y 174,b) TRLCSP.

³⁵ *Vid.*, en este sentido, VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos...*, cit., pág. 49.

³⁶ Cfr., el artículo 107.2 TRLCSP; donde se dispone que la modificación «deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria».

³⁷ Cfr., el artículo 107.3 TRLCSP; donde se recogen los supuestos considerados legalmente como «alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación».

³⁸ Cfr., el artículo 223,g) TRLCSP.

Según la regulación, suponen alteración de las condiciones esenciales del contrato las siguientes variaciones: las que supongan un cambio en las características esenciales de la prestación, las que alteren el equilibrio económico (ecuación económico-financiera sobre la base de la prestación y el precio), las que modifiquen el importe del contrato en más o en menos del 10% sobre el precio de adjudicación, así como las que cambien las condiciones de habilitación o de solvencia y, finalmente, la modificación de las condiciones que habrían permitido concurrir a otros licitadores y/o hacer otras proposiciones distintas.

Dentro de los límites recién señalados, las mencionadas causas legales de modificación son las siguientes: inadecuación de la prestación o del proyecto³⁹, fuerza mayor o caso fortuito que haga imposible la prestación en los términos inicialmente previstos, la llamada «cláusula de progreso de los servicios públicos» o mejoras técnicas que surjan durante la ejecución del contrato y que deban aplicarse a la prestación⁴⁰, así como nuevas especificaciones técnicas normativas, posteriores a la adjudicación que deban ser observadas por el contratista, por razones urbanísticas, medioambientales o de seguridad.

De todas ellas, conviene descartar la fuerza mayor y el caso fortuito, porque no son propiamente, en rigor, causas de modificación del contenido del contrato, sino circunstancias que afectan o ponen en peligro su cumplimiento, sin que se produzca ninguna variación, *a priori*, del propio tenor del contenido contractual. En ambos casos, se trata directamente de causas de resolución o, a lo sumo, ambas circunstancias podrían ser entendidas como causas de modificación temporal o prórroga del contrato, en su caso, para hacer posible su cumplimiento⁴¹.

3. *Insuficiente regulación de la previsión expresa en el contrato de las posibles modificaciones de su contenido*

Aparte de la dificultad evidente de intentar prever lo imprevisible⁴², del artículo 106 TRLCSP derivan serios problemas, aún sin resolver. Este precepto prevé posibles modificaciones del contrato, cuando vengan previstas en la *documentación que rige la licitación*. Y además de la pretensión de que se trate de una previsión *clara, precisa e inequívoca* y de que los supuestos de modificación deban *definirse con total concreción*, en este caso, lo realmente importante son los preceptos concordantes, a efectos de valorar las consecuencias reales que puedan derivarse de esta «previsión».

³⁹ En ambos casos, siempre que haya existido la debida diligencia profesional en su previsión, como señala la *Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación*, «sobre la interpretación del artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público», aprobada por *Resolución* de 28 de marzo de 2012, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en su punto 1 (Cfr., en el BOE de 10 de abril de 2012).

⁴⁰ *Vid.*, MEILÁN GIL, J.L., *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, Madrid 2006, págs. 53 y ss., en especial.

⁴¹ Cfr., artículo 213.2 TRLCSP.

⁴² A la que se ha referido VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos...*, cit., pág. 49.

En tal sentido, por concretas que sean las circunstancias objetivas que se tomen por referencia, si no se cuantifican las posibles modificaciones, ni se establecen normativamente límites máximos sobre el valor total del contrato, podrán llegar a producirse «verdaderos» *pactos colusorios* que dejen fuera de la contratación a potenciales contratistas menos «grandes» y/o menos «informados». Pues, en la medida en que la cuantía del contrato que deba figurar en la licitación será la que corresponda a todas las posibles modificaciones previstas⁴³, aun cuando no lleguen a producirse, inevitablemente ello provocará el desplazamiento de potenciales contratistas que no puedan asumir un «disuasorio» volumen inflado del contrato y el riesgo correspondiente, en su caso⁴⁴.

Y como consecuencia de lo anterior, da toda la impresión de que ya «está servida» la marginación de las PYME que, sin embargo, son objeto de especial protección por el Derecho de la Unión Europea⁴⁵. Además, todo ello comporta hacer más «indeterminado» el objeto del contrato que, por el contrario, debe ser determinado y cierto⁴⁶, aun cuando el interés general pueda exigir un cierto grado de indeterminación, estrechamente vinculada a la naturaleza de tracto sucesivo de muchos de estos contratos. Y por consiguiente, lo anterior supondrá también incrementar ese cierto margen de indeterminación correspondiente en el precio⁴⁷, cuya determinación real, no meramente formal (ni aparente, ni ficticia), no obstante, debería ser garantía de seguridad y transparencia para los potenciales licitadores, por las razones ya indicadas.

4. Aspectos legales del régimen de modificación de los contratos ajenos a la lógica contractual y que no derivan de las exigencias comunitarias en la contratación pública

Hay que destacar dos aspectos de la regulación muy reveladores, que tienen que ver con las causas legales de modificación (cuando funcionan propiamente como condiciones legales resolutorias) y con sus efectos. En primer lugar, se trata de las causas —y de sus efectos—, que se refieren al supuesto general de resolución de los contratos administrativos previsto en el artículo 223.g) TRLCSP, donde se dispone que será causa de resolución o extinción anormal del contrato: «*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*». Y esta cau-

⁴³ Cfr., el artículo 88.1.3.º TRLCSP.

⁴⁴ Vid., DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., «La nueva regulación de los contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: de la apariencia a la incertidumbre», cit., págs. 794-795.

⁴⁵ Vid., MORENO MOLINA, J.A., «El nuevo Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública», en FERNÁNDEZ ACEBEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, cit., págs. 162-163; donde destaca este objetivo de la propia Directiva 24/2014, aunque no considera la contradicción aludida en el texto.

⁴⁶ Cfr., el artículo 86.1 TRLCSP.

⁴⁷ Cfr., el artículo 87.1 TRLCSP.

sa de resolución entrará en juego cuando, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.3, las circunstancias correspondientes supongan una alteración esencial del contrato⁴⁸.

Dejando al margen los supuestos de fuerza mayor y caso fortuito⁴⁹, por las razones antes indicadas⁵⁰, que pueden dar lugar a la imposibilidad de cumplir la prestación en los términos previstos inicialmente, también pueden dar lugar a esto mismo, poniendo en peligro además el propio interés público perseguido por el contrato, las causas de modificación enunciadas en el artículo 107.1, d)⁵¹ y e)⁵² TRLCSP. Ambas causas aluden a mejoras técnicas relativas a las condiciones en que deba cumplirse la prestación en atención, respectivamente, a avances técnicos, así como a nuevas especificaciones técnicas normativas, derivadas de razones medioambientales, urbanísticas, de accesibilidad o de seguridad. En particular, la primera de ellas encaja de lleno en la lógica contractual, por tanto, en la lógica de la contratación pública y, más en concreto, en la de la contratación administrativa, en cuanto «cláusula de progreso», trasunto administrativo de lo que sería una aplicación específica de la cláusula general civil, *rebus sic stantibus*⁵³.

Y por su parte, la segunda causa (la del art. 107.1,e) TRLCSP) encaja también en la misma lógica, en la medida en que la nueva regulación pueda ser reconducida al *factum principis*, como garantía del contratista. Tal es el caso de lo dispuesto específicamente con respecto a los supuestos de resolución de los contratos administrativos de gestión de servicios públicos, con arreglo a lo previsto en el artículo 286, d) TRLCSP⁵⁴. Los efectos de la resolución en tal caso son los que establece el artículo 288.4 TRLCSP⁵⁵, que abarcan el daño emergente y el lucro cesante, como garantías del gestor del servicio. Sin embargo, con carácter general, en el resto de los contratos administrativos, los efectos de la resolución por la citada causa del art. 223.g) TRLCSP vienen previstos en 225.5 TRLCSP⁵⁶, donde la indemnización por el lucro cesante se limita, arbitrariamente

⁴⁸ Hay que tener en cuenta que una alteración del precio en más o menos del 10% del contrato será una alteración sustancial, pero que podrá serlo también aun cuando no llegue a ese 10%, según la Junta Consultiva de Contratación, en el punto 3 de la *Recomendación*, cit., *supra* (nota 39).

⁴⁹ Ambos supuestos figuran como causas de modificación de los contratos en el artículo 107.1,c) TRLCSP.

⁵⁰ *Vid. supra*, en el texto, apartado 1, b).

⁵¹ «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».

⁵² «Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato».

⁵³ *Vid.*, en ese sentido, MEILLÁN GIL, J.L., *Progreso tecnológico y servicios públicos*, cit., pág. 58.

⁵⁴ Cuyo tenor literal es el siguiente: «La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato».

⁵⁵ Donde se establece que la Administración, además de abonar al gestor del servicio el precio de las obras e instalaciones que deban pasar a su propiedad (en su caso), «indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta de su grado de amortización».

⁵⁶ Expresamente, se dispone para tales casos que «el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista».

te (al margen de la ecuación económico-financiera del contrato), a un 3 % de la prestación dejada de realizar por el contratista.

Lo anterior no resulta justificado en abstracto, porque puede estar amparando un enriquecimiento injusto de la Administración, en su caso. Pero, sobre todo, porque es un planteamiento ajeno a la lógica contractual⁵⁷, por tanto, al principio del equilibrio económico de las prestaciones⁵⁸, con lo cual, además, ello supone desnaturalizar legalmente el régimen del contrato administrativo, aproximándolo al de una relación normativa no contractual⁵⁹. Por otro lado, sin perjuicio de discutir el carácter extracontractual de ese 3 %, cabría defender la necesidad de indemnizar el daño emergente ocasionado al contratista, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35.1 TRLCSP⁶⁰, para los supuestos de liquidación de los contratos. Pues, aunque este último precepto esté regulando la liquidación por anulación o declaración de invalidez del contrato, toda liquidación contractual es una exigencia ineludible derivada del vínculo del propio contrato y, en último término, de lo dispuesto para las obligaciones recíprocas en el artículo 1124 del Código Civil que⁶¹, en cualquier caso, resultaría de aplicación supletoria⁶².

Por otra parte, tampoco está justificado en absoluto, menos aún en el Derecho comunitario europeo, lo que se dispone en los artículos 234.1, párr. 2.º y 306 TRLCSP⁶³,

⁵⁷ Al disponer normativamente determinados efectos al margen de la propia *lex contracti*, que es el núcleo duro de cada contrato, ese «vínculo obligatorio asumido voluntariamente», al que se refería el civilista OSORIO MORALES, consistente en el particular modo en que quedan vinculadas las partes recíprocamente por el vínculo contractual que, por tanto, rige los efectos y extinción del contrato, como ya he sostenido en otro lugar, *vid.*, DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., «El enigma del contrato público», *cit.*, pág. 554.

⁵⁸ A dicho equilibrio sirve el principio del «equivalente económico», para salvaguardar la ecuación económico-financiera prevista en cada contrato. Tal principio exige que, cuando el ejercicio de las prerrogativas de la Administración en el seno del contrato desequilibre la relación contractual en perjuicio del contratista, este tendrá derecho a las medidas compensatorias que restauren la ecuación económico-financiera que conste en el clausulado del contrato. Así este principio no es solo una manifestación de otro general, más amplio, el de *pacta sunt servanda* (que es también, a su vez, una exigencia de la igualdad entre las partes, ante la ley del contrato), sino que además es una proyección del principio de *igualdad ante las cargas públicas* del artículo 31 CE (de la Constitución), pues si la Administración debe adoptar medidas que aseguren el interés general en el seno del contrato, estas no tendrán que ser soportadas solo por el contratista, sino también por todos los contribuyentes a quienes beneficia igualmente ese interés general.

⁵⁹ Tal era el régimen de la acción concertada, por ejemplo, según los profesores COSCULLUELA MONTANER y GALLEGO ANABITARTE, a cuyas posiciones me adherí en mi tesis doctoral, *vid.*, DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid 1995, págs. 415-417.

⁶⁰ Dicho precepto dispone que la anulación del contrato dará lugar a su liquidación y que las partes deberán restituirse «recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor». Añadiendo que: «La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».

⁶¹ Donde se dispone la facultad de resolver las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpla lo que le incumbe. Disponiendo también el rescancimiento, en su caso.

⁶² La remisión al Derecho privado para los contratos del sector público se encuentra expresamente prevista en los artículos 19.2 y 20.2 TRLCSP, respectivamente, para los contratos administrativos y para los llamados contratos privados (de la Administración y del sector público).

⁶³ *Vid.*, sin embargo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, *cit.*, 793; donde se justifica lo dispuesto en el artículo 234.1 TRLCSP, «por efecto de la tradición anterior».

a propósito de la modificación de los contratos de obras y servicios, cuando den lugar a supresión o reducción de unidades de obra, o de unidades o clases de equipos, respectivamente. Para tales casos, se establece que el contratista deba soportar la modificación cuando esta sea legalmente posible, sin derecho a indemnización alguna⁶⁴. Esta previsión comporta una tergiversación de las exigencias comunitarias y, por ello, supone una inadecuada aplicación de la jurisprudencia comunitaria, que no considera como «nuevas adjudicaciones» las modificaciones contractuales, cuando supongan una reducción de las prestaciones correspondientes. Pero la jurisprudencia comunitaria vale para lo que vale y debe tenerse en cuenta con respecto a las exigencias propias del Derecho comunitario europeo, que no son todas, ni tampoco las únicas que resultan exigibles en la contratación pública de los Estados miembros.

Sin embargo, desde el punto de vista contractual, lo anterior no debería significar que no deban ser atendidas tales reducciones como alteraciones del contenido del contrato que, en realidad, deberían ser indemnizadas en su caso, por más que al Derecho comunitario no le interese el régimen jurídico propiamente contractual, sino el de la competencia del mercado y, por ello, el de la atribución a los potenciales contratistas de recursos públicos relevantes, que es lo que está detrás de la normativa comunitaria sobre contratación pública, con vistas a no distorsionar la competencia entre los operadores económicos de los distintos sectores dentro del Mercado Interior⁶⁵. De hecho, nada se disponía sobre la ejecución de los contratos en las Directivas anteriores, relativas a la contratación pública, y lo que se dice ahora en las nuevas Directivas, aún pendientes de trasposición, para nada condiciona el régimen de resolución de los contratos del sector público que, sin embargo, es remitido expresamente a lo que dispongan los Estados miembros en su propia normativa, como se verá a continuación.

III. LO QUE EXIGEN LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS AÚN POR TRASPONER, SOBRE MODIFICACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS «CONTRATOS ARMONIZADOS»

Centrando el análisis en la nueva Directiva general (24/2014) sobre contratación pública, lo primero que cabe afirmar es que en los contratos del sector público a los que se aplica (los que nuestra legislación vigente define por su objeto, que son los *contratos generales*)⁶⁶, atendiendo a su cuantía, es decir, en los contratos armonizados⁶⁷, lejos de estable-

⁶⁴ Y esto «resulta arbitrario en buena lógica contractual, por alterar normativamente el equilibrio del contrato sin ninguna justificación aparente», como ya he sostenido, *vid.*, DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., «La nueva regulación de los contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: de la apariencia a la incertidumbre», cit., pág. 797.

⁶⁵ *Id.*, DIEZ SASTRE, S., *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid 2012, págs. 34-37, donde se refiere al cambio de perspectiva en la contratación pública, derivado del Derecho comunitario europeo.

⁶⁶ Tales contratos podrán ser administrativos, o bien, «privados» del sector público (*vid.*, *supra*, nota 5).

⁶⁷ Cfr., los artículos 2.2 y 13.1 TRLCSP, y los umbrales correspondientes.

cer ninguna prohibición de alcance general con respecto a «los modificados», lo que esta normativa comunitaria dispone es precisamente cuáles deben ser sus límites, en el *art. 72* y bajo la rúbrica: «*Modificación de los contratos durante su vigencia*» (1). Y por otra parte, en el *art. 73*, bajo la rúbrica: «*Rescisión de contratos*», se configura una específica atribución rescisoria que la legislación de cada Estado miembro deberá regular y atribuir a los poderes adjudicadores en los llamados «contratos armonizados» del sector público (2).

Al margen de estos dos preceptos, nada más se dispone en la nueva Directiva que pueda incidir en el régimen propio y específico de los contratos administrativos, es decir, en su *in facto esse* (en sus efectos y extinción)⁶⁸. Por consiguiente, para valorar el alcance de esa incidencia en la contratación administrativa, es decir, en los contratos del sector público, adjudicados por la propia Administración, es necesario precisar cuáles son los límites materiales de la normativa comunitaria, ya que esta normativa no puede entrar en los cauces formales correspondientes, que son de la competencia de cada uno de los Estados miembros, como se desprende del principio de autonomía de los Estados miembros a la hora de ejecutar el Derecho europeo que forma parte del equilibrio de poderes establecido en los Tratados⁶⁹.

1. El artículo 72 de la Directiva 24/2014

En primer lugar, la perspectiva de esta regulación es la de no defraudar las reglas de la licitación que determinaron la adjudicación del contrato. Por eso, el apartado 5 establece el deber de convocar una nueva licitación para introducir modificaciones en un contrato público o en un acuerdo marco, durante su vigencia, distintas de las permitidas en los apartados 1 y 2.

En segundo lugar, el apartado 2 prevé la posibilidad de modificación, sin nueva licitación, ni comprobación de los supuestos que la permitirían, en razón de la cuantía, cuando sea inferior al 10% en los contratos de servicios y suministros, o al 15% en los contratos de obras, o bien no alcance los umbrales indicados en el artículo 4 de la misma Directiva⁷⁰. En tercer lugar, en el apartado 1, letra a), se prevé también la posibilidad de modificación, con independencia de su valor pecuniario, cuando esté prevista

⁶⁸ Al contrario de lo que sucede con la preparación y adjudicación de los contratos públicos, la llamada «zona común» de la contratación pública, que rige la constitución de todos los contratos del sector público, ya sean administrativos o «privados», y que es la perspectiva de las propias normas europeas en este ámbito (en lo que se insiste aún, un poco más adelante).

⁶⁹ *Vid.*, FUENTETAJA PASTOR, J.A., *Derecho Administrativo Europeo*, Thomson-Reuters, Pamplona 2014, pág. 30; donde recuerda importantes Sentencias del Tribunal de Justicia que declaran la libertad de los Estados para determinar no solo la organización de poder y/o el nivel territorial, en su caso, sino también el procedimiento formal que sirva de instrumento para encauzar el cumplimiento interno de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario europeo.

⁷⁰ Los umbrales de los contratos armonizados, excluido el IVA, son los de importe igual o superior a: 5.186.000 EUR para las obras, 134.000 EUR y 207.000 EUR para suministros y servicios, según los poderes adjudicadores en cada caso, y 750.000 EUR para servicios (sociales y específicos previstos en el anexo XIV de la Directiva).

en los pliegos iniciales de la contratación, con cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas que, por su parte, no podrán establecer modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco, en su caso.

En cuarto lugar, en el apartado 1, letra b), se prevé asimismo la modificación para obras, suministros y servicios complementarios o adicionales no previstos, pero necesarios, cuando no se pueda cambiar de contratista por razones técnicas o económicas, o bien porque ello genere inconvenientes significativos, o un aumento sustancial de los costes para el poder adjudicador. Y esto último, se permitirá siempre que el precio que resulte de la modificación no sea superior al 50% del valor inicial del contrato, e incluso, ese porcentaje se podrá aplicar a cada una de las posibles sucesivas modificaciones, siempre que no se produzcan para burlar los preceptos de la propia Directiva. Y deberán publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), según el apartado 1, letra e).

En quinto lugar, el apartado 1, letra c), permite la modificación cuando concurren las siguientes circunstancias: que la necesidad de modificar derive de circunstancias imprevistas por un poder adjudicador diligente, que no altere la naturaleza global del contrato y que el incremento del precio no exceda del 50% para cada una de las sucesivas modificaciones, en su caso, con la salvedad ya indicada arriba⁷¹. Estas modificaciones deberán publicarse también en DOUE, según el citado apartado 1, letra e). En sexto lugar, la letra d), por su parte, contempla la posible modificación subjetiva, cuando derive de una opción o cláusula de revisión que estén expresamente previstas en el contrato, o cuando derive de una reestructuración empresarial y suponga una sucesión total o parcial del contratista, o finalmente, cuando derive de los supuestos de cesión del contrato previstos por las legislaciones de los Estados miembros⁷².

Por último, el apartado 1, letra e) remite al apartado 4, al permitir todas las modificaciones que no sean sustanciales, con independencia de su valor, salvo que tengan como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente. Dicho apartado 4 dispone, además, que se considerará una modificación sustancial y exigirá nueva licitación, sin perjuicio de los demás límites señalados ya, cuando concurren una o varias de las siguientes condiciones: que la variación podría haber dado lugar a la selección de otros candidatos, que altere el equilibrio económico de modo imprevisto, que amplíe de forma importante el ámbito del contrato o acuerdo marco, o que haya una sustitución del contratista en circunstancias distintas de las previstas para la novación subjetiva del apartado 1, letra d).

2. *El artículo 73 de la Directiva 24/2014*

Este precepto dispone que el Derecho nacional aplicable determinará las condiciones en que los poderes adjudicadores puedan rescindir los contratos públicos, estable-

⁷¹ El artículo 72.3 Directiva 24/2014 establece la regla del valor de referencia para el precio actualizado, cuando el contrato incluya cláusula de indexación.

⁷² Cfr., el artículo 226 TRLCSP, donde se regula la cesión del contrato.

ciendo que los Estados deben garantizar esta específica atribución rescisoria, al menos, en los siguientes casos: cuando no sea posible la modificación contractual dentro de los límites establecidos en el artículo 72 de la misma Directiva, cuando el contratista estuviere incurso en alguna de las prohibiciones para contratar en el momento de la adjudicación y, finalmente, cuando el Tribunal de Justicia declare que no debió adjudicarse el contrato, por la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la propia Directiva.

Este precepto dispone que las legislaciones de los Estados miembros deban prever la facultad de dejar sin efecto los contratos que otorguen los correspondientes poderes adjudicadores, por razones sobrevenidas durante la vida del contrato, o bien por razones de invalidez desde su inicio. Y ello, no porque a la normativa comunitaria le interese regular la ejecución de los contratos públicos⁷³, sino más bien porque, en los dos casos, dicha normativa se adopta desde la perspectiva de su adjudicación⁷⁴, en la medida en que las exigencias comunitarias que la rigen puedan resultar burladas, mediante modificaciones posteriores de los contratos, y también, en la medida en que no se cumplan tales exigencias al otorgar los contratos. En definitiva, se reconoce una facultad rescisoria que va más allá de la eficacia, afectando asimismo a la propia validez y, por consiguiente, mezclando facultades de resolución unilateral (o extinción anormal de los efectos del contrato, a cargo de los poderes adjudicadores, por razones de interés general)⁷⁵, con otras de anulación, siendo ambas una manifestación de los poderes unilaterales de la Administración en los contratos administrativos, en la legislación española vigente.

Incluso, en nuestra legislación, el primero de los supuestos previstos en este artículo 73 no solo se aplica ya a los contratos administrativos, sino también a los demás contratos del sector público, puesto que también a estos se aplica el régimen de modificación, aunque a través de cauces jurídicos distintos. Es decir, la rescisión cuando no sea posible la modificación se exigirá a través de la decisión ejecutoria, en los contratos administrativos⁷⁶. Mientras que en los contratos armonizados no administrativos deberá hacerse valer por los cauces «convenidos», en su caso, tal y como figuren en el contrato, de lo contrario, habrá de exigirse como norma imperativa que deba aplicarse necesariamente por el órgano de contratación y, en último término, por declaración del órgano judicial competente en el orden civil⁷⁷.

⁷³ Vid., MODERNE, F., «La contratación pública en el Derecho administrativo francés contemporáneo», en CASSAGNE, J.C., y RIVERO YSERN, E., *La contratación pública*, 1, Hammurabi, Buenos Aires 2007, pág. 271; donde señala: «el Derecho comunitario no está directamente interesado en la ejecución de los contratos públicos en la medida en que el tema del control de la concurrencia no está directamente en juego».

⁷⁴ Al igual que venía sucediendo en las Directivas anteriores, vid., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., «La adjudicación», en CASSAGNE, J.C. y RIVERO YSERN, E., *La contratación pública*, 2, cit., pág. 691.

⁷⁵ Vid., PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla 1963, págs. 221-223; donde se refería a esa confusión «histórica» entre rescisión y prerrogativa de acción unilateral.

⁷⁶ Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 211 TRLCSP y, también, del artículo 108 TRLCSP.

⁷⁷ Cfr., el artículo 21.2 TRLCSP.

Por otra parte, el segundo supuesto también está previsto ya en la legislación española vigente, pues encajaría en uno de los casos de nulidad radical del contrato⁷⁸, cuya declaración puede hacerla la propia Administración, cuando sea esta el poder adjudicador, a través de la revisión de oficio⁷⁹, a propia iniciativa o a instancia del interesado y sin límite de tiempo⁸⁰, en principio⁸¹, con la posible posterior revisión judicial⁸², en su caso. En el supuesto de que el poder adjudicador no sea la propia Administración pública, sino una entidad instrumental, los interesados en la licitación de cualquier contrato sujeto a regulación armonizada podrán hacer valer ya esa causa de invalidez, ante el órgano de contratación, y exigirla después ante el orden judicial contencioso-administrativo, en último término, aunque como vulneración de una norma imperativa aplicable a un contrato «privado», cuya tutela se atribuye, sin embargo, a dicho orden judicial en virtud del artículo 21.1 TRLCSP.

En cuanto al tercero de los supuestos de rescisión, en rigor, se trata de un caso de ejecución de Sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁸³, que recaiga contra cualquier Estado miembro y, en nuestro caso, contra el Reino de España, en un recurso por incumplimiento, cuya ejecución corresponde al Estado español, según nuestras reglas constitucionales⁸⁴. Se trataría aquí de trasponer la Directiva, por ejemplo, configurando tales declaraciones del TJUE por incumplimiento grave del Derecho europeo en materia de contratos, como un supuesto más de nulidad radical o nulidad de pleno Derecho de los contratos a que se refieran, lo cual permitiría anular de oficio las correspondientes adjudicaciones y proceder a una nueva licitación, en su caso. Con las mismas garantías adjetivas anteriormente indicadas.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LÍMITES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN SUS EXIGENCIAS SOBRE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Desde el punto de vista competencial, la normativa europea no tiene título para incidir propiamente en la ejecución de los contratos administrativos, en sus efectos y extinción, que es el régimen jurídico específico de estos contratos públicos. Porque es a cada Estado a quien corresponde salvaguardar el interés público al que sirven los contratos administrativos (desde el punto de vista de las correspondientes prestaciones), ya que, de entrada, ese interés público escapa de la competencia comunitaria, en virtud del principio de

⁷⁸ Cfr., el artículo 32.b) TRLCSP.

⁷⁹ Cfr., el artículo 34 TRLCSP, que se remite al artículo 102 L.30/1992.

⁸⁰ Cfr., el artículo 102.1 L.30/1992.

⁸¹ Dentro de los límites generales de la revisión de los actos administrativos del artículo 106 L.30/1992.

⁸² Cfr., el artículo 102.5, *in fine*, L.30/1992 y el artículo 118.3 de la misma Ley, en relación con el artículo 1.1 L.29/1998 (Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

⁸³ En recurso de incumplimiento, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 258 TFUE.

⁸⁴ *Vid.*, MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, cit., pág. 95.

atribución⁸⁵. Pues a la Unión Europea lo que le corresponde es armonizar, a través de directivas⁸⁶, las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito de la contratación pública⁸⁷, para dotar de efectividad al Mercado interior⁸⁸, con arreglo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁸⁹, para garantizar el principio de igualdad y no discriminación⁹⁰, sobre la base de las libertades de circulación de mercancías⁹¹, personas, servicios y capitales⁹².

2. En primer lugar, desde el punto de vista de las prerrogativas sustantivas de la Administración en los contratos administrativos, para empezar, la Unión no puede incidir en absoluto en la de interpretación unilateral, que lleva aparejada la facultad directiva de la prestación objeto del contrato.

En segundo lugar, en cuanto a la prerrogativa de modificación unilateral, la normativa europea solo incide materialmente, en la medida en que las variaciones del contenido del contrato puedan burlar las reglas de la licitación que determinaron su adjudicación. Pero dicha normativa no puede impedir, de suyo, el *ius variandi* de la Administración, en atención al interés público concernido en cada caso, aunque sí deba establecer unos límites que aseguren precisamente que no puedan burlarse las normas sobre la competencia en el Mercado entre los potenciales contratistas. Y dicho sea de paso, tales límites son mucho más permisivos en la nueva normativa europea, que en la actual legislación española vigente.

Y en tercer lugar, en cuanto a la prerrogativa de la resolución unilateral, ya se ha visto que la norma europea dispone que los Estados miembros han de asegurar que los poderes adjudicadores puedan rescindir unilateralmente los contratos, al menos, en tres supuestos que se remiten a la regulación de cada Derecho nacional. Tales supuestos también se encuentran justificados en la necesidad de salvaguardar las reglas aplicables a los licitadores, a los efectos de la válida adjudicación de los contratos. De ellos, el relativo a la imposibilidad de modificar el contrato, se encuentra ya previsto como causa de resolución en la legislación española vigente, por lo que la nueva Directiva no añade ninguna exigencia nueva, en este punto. En cuanto a los otros dos supuestos de rescisión unilateral, su previsión obliga a dos resultados que deben alcanzar los Estados miembros en este ámbito de la contratación pública, en los siguientes términos:

Uno, relativo a la posibilidad de dejar sin efecto un contrato público indebidamente adjudicado, por estar incurso el adjudicatario en una prohibición para

⁸⁵ Cfr., los artículos 4.1 y 5.1 y 2 TUE (Tratado de la Unión Europea).

⁸⁶ Con arreglo a lo previsto en los artículos 288 y 296 TFUE.

⁸⁷ Cfr., en particular, el artículo 114 TFUE.

⁸⁸ Cfr., el artículo 26 TFUE.

⁸⁹ Cfr., el artículo 5.4 TUE, que remite al *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*, en cuya virtud, «el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados».

⁹⁰ Cfr., los artículos 18 y ss. TFUE.

⁹¹ Cfr., los artículos 28 y ss. TFUE.

⁹² Cfr., los artículos 45 y ss. TFUE.

contratar por condena judicial firme, cuya efectividad comporta la posibilidad de anular el contrato, por concurrir una de las causas de nulidad radical o de pleno derecho de la adjudicación, prevista ya en nuestra legislación nacional, que además puede declararse a través de los cauces correspondientes y, en particular, de la revisión de oficio, del contrato administrativo de que se trate, en su caso. En consecuencia, este supuesto no requeriría ninguna especial trasposición. Sin embargo, al otro resultado aludido arriba, que viene impuesto por la Directiva 24/2014, deberá dársele cumplimiento para hacerlo efectivo, por ejemplo, mediante la introducción en nuestra legislación nacional de una nueva causa de nulidad radical o de pleno Derecho de los contratos del sector público, consistente en el caso de que el Tribunal de Justicia de la Unión declare que el contrato se adjudicó con incumplimiento grave de las obligaciones que exige el Derecho de la Unión. Y con ello, se daría cumplimiento a la trasposición de la Directiva, en este punto.

3. Por otra parte, desde la perspectiva del Derecho español y la salvaguardia no solo del interés público, sino también de los derechos de los contratistas, la trasposición de la nueva Directiva no debería oscurecer el límite porcentual de las modificaciones que los contratistas deban soportar, sin tener derecho a pedir la resolución del contrato. Y para determinar dicho límite, por supuesto, no parece razonable tomar como referencia única ese máximo del 50% al que se refiere la Directiva, ni tampoco debería fijarse solo para posibles incrementos del precio, sino también para disponer un límite a la posible reducción de las prestaciones, en su caso, que desconoce la Directiva. Pues, en ella, no se considera relevante la alteración del equilibrio económico del contrato, cuando sea en beneficio exclusivo del poder adjudicador (ya que en tal caso, supuestamente, no parece estar en juego la competencia en el mercado de los potenciales contratistas afectados).
4. Por último, cabe destacar también que de la Directiva se desprende una notable incoherencia, desde el punto de vista de la protección de las PYME, al no disponer límites cuantitativos porcentuales con respecto a las posibles modificaciones («con independencia de su valor pecuniario»), cuando estas se encuentren previstas en los pliegos iniciales del contrato.