



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Presentado por:

Lorena Sánchez Lourenço

Tutelado por:

Isabel María De los Mozos y Touya

Valladolid, Julio de 2019

ABREVIATURAS Y SIGLAS

Art.	Artículo
CC	Código Civil, de 24 de julio de 1889
CE	Constitución Española, de 31 de octubre de 1978
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
LCE	Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado
LCAP	Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCSP 2007	Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible
TRLCSP	El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre
LCSP	LEY 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.	5
2. LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES Y SU EVOLUCIÓN DESDE 1995.	6
2.1 El “ <i>ius variandi</i> ”.....	6
2.2 Antecedentes de la Ley 9/2017.....	8
2.2.1 De la Ley 13/1995 a la Ley 30/2007.....	8
2.2.2 El TRLCSP.....	11
2.3 Incidencia del Derecho Comunitario.....	14
3. EL RÉGIMEN VIGENTE: La LCSP 9/2017.	25
3.1 El ámbito de aplicación.	25
3.1.1 <i>Ámbito objetivo.</i>	25
3.1.2 <i>Ámbito subjetivo.</i>	27
3.2 Las causas generales de los modificados.....	28
3.2.1 <i>La modificación objetiva.</i>	28
3.2.1.1 <i>Modificaciones previstas en el pliego.</i>	29
3.2.1.2 <i>Modificaciones no previstas en el pliego.</i>	33
3.2.1.2.1 <i>Las prestaciones adicionales.</i>	34
3.2.1.2.2 <i>Circunstancias imprevistas y sobrevenidas.</i>	35
3.2.1.2.3 <i>Modificaciones no sustanciales.</i>	36
3.3 La modificación subjetiva	37
3.3.1 <i>La cesión del contrato.</i>	38
3.3.2 <i>La subcontratación</i>	39
3.4 Cauces de las modificaciones contractuales.....	40
3.5 Reglas específicas en las modificaciones de los contratos generales o típicos:	
42	

3.5.1	<i>Para los contratos de obras, suministros y servicios.</i>	42
3.5.1.1	<i>En el contrato de obras.</i>	42
3.5.1.2	<i>En el contrato de suministros.</i>	46
3.5.1.3	<i>En el contrato de servicios.</i>	46
3.5.2	<i>Para los contratos de concesiones.</i>	48
3.5.2.1	<i>En los contratos de concesión de obras.</i>	50
3.5.2.2	<i>En los contratos de concesión de servicios.</i>	51
4.	EFFECTOS.	52
4.1	El alcance de la modificación.	52
4.2	La modificación como causa de resolución.	53
5.	EL CONTROL DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES.	55
5.1	La publicidad necesaria de las modificaciones como mecanismo de control previo.	55
5.2	El recurso especial administrativo.	56
5.3	La jurisdicción competente.	58
6.	CONCLUSIONES.	59
7.	BIBLIOGRAFÍA.	62
8.	DOCUMENTACIÓN Y JURISPRUDENCIA.	64
9.	ANEXOS: OTROS MATERIALES	65

1. INTRODUCCIÓN.

La modificación de los contratos se ha estructurado desde sus inicios como una herramienta de la Administración al servicio del interés público; para transformar o completar el objeto y en otros casos el sujeto (o contratista) de los contratos ya adjudicados.

El concepto de modificación de los contratos comienza siendo una prerrogativa de la administración en los contratos administrativos para salvaguardar el interés público correspondiente, en función del objeto y finalidad del contrato, y como consecuencia de la incidencia del derecho comunitario en la contratación pública, el régimen de modificación en los contratos del sector público se ha extendido más allá de los contratos administrativos. De manera que resulta aplicable también al resto de los contratos del sector público relevantes para el derecho comunitario, es decir, los contratos armonizados o no; cuando dichos contratos deban ser adjudicados por entidades del sector público (administraciones públicas o no) “particularmente” con arreglo a las normas comunitarias en razón de sus umbrales o cuantías.

A día de hoy, las modificaciones contractuales son una práctica bastante extendida. Su regulación ha sufrido un vaivén de cambios normativos, que han conseguido nuestra actual regulación de los modificados. Con el último paquete de Directivas se ha conseguido una cierta estabilidad de la contratación pública, a través de la uniformización de los modificados, no obstante, aún queda un largo camino por recorrer.

Son cinco las partes en las que he dispuesto la exposición de este trabajo, y para rematar, unas conclusiones que reflejan lo expuesto con antelación.

Como inicio, una aproximación al concepto de *ius variandi* y un estudio de los antecedentes normativos de la Ley de Contratos del Sector Público actual (1) y (2). A continuación, realizaré un estudio exhaustivo del contenido de los modificados, previstos y no previstos, tratando de aclarar su contenido (3). En las páginas que siguen, matizaré los distintos cauces de actuación de las modificaciones (4), y por último el control y publicidad (5).

Por tanto, la finalidad principal de mi trabajo ha sido ofrecer una memoria del régimen de los modificados del sector público en la ley vigente, y para ello, me he respaldado en el análisis de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia existente sobre la materia.

Palabras clave: Administración pública, contratación pública, contratos del sector público, los modificados, *ius variandi*, derecho comunitario, control, transparencia

2. LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES Y SU EVOLUCIÓN DESDE 1995.

2.1 El “*ius variandi*”.

La contratación pública en España se caracteriza por la atribución de ciertas prerrogativas¹ al órgano de contratación, es decir a la Administración. A contra sensu, no se puede decir lo mismo de los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*²).

El inicio de esta figura reside en la Ley de Contratos del Estado de 1965 (art. 16 LCE), donde la noción de modificación objetiva³ del contrato administrativo era conferida como una potestad de la Administración (siguiendo una serie de requisitos, relativos al porcentaje de novación, cuantías y exigencia de un dictamen del Consejo de Estado) justificada en el interés público general y sometida a ciertos límites.

Este régimen siguió imponiéndose en las sucesivas legislaciones, llegando incluso a dotar a la administración de mayor flexibilidad de actuación (aumento de los umbrales y del porcentaje), siempre bajo el fin del interés público. Todo ello derivó en un mal abolengo que a día de hoy se plasma en los numerosos casos de corrupción.

En las últimas décadas, esta potestad administrativa del *ius variandi*, ha venido entendiéndose por la legislación como un verdadero problema; no es posible dotar al poder adjudicador de esa libertad total de modificación, porque conllevaría a la desnaturalización de la esencia del contrato⁴. Para ello, se establecen ciertos límites a su actuación (principio de invariabilidad o inmutabilidad de una de las partes).

En palabras de BOQUERA OLIVER “(...) si fuera posible dejar el contrato a merced de una de las partes contratantes no nos encontraríamos ante un verdadero contrato”⁵.

¹ “(...) el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta”. Artículo 191 LCSP.

² El artículo 1256 CC.

³ La modificación subjetiva nunca ha sido considerada contenido de la potestad unilateral de la administración.

⁴ Sentencia de TS de 25 septiembre de 1980.

⁵ BOQUERA OLIVER, José María “Poder administrativo y contrato”, pp. 81-82

Aunque no todos los autores consideran imprescindible abdicar de las prerrogativas administrativas; como viene siendo la modificación unilateral de los contratos administrativos, para que se pueda seguir hablando de contrato propiamente dicho⁶.

Esta idea se contempla también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por ejemplo en la Sentencia de 29 de abril de 1980 (RJ 1980\2701) del TS, donde se declara que no puede quedar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato administrativo, y de hecho las facultades unilaterales de la Administración en este tipo de contratos están contrapesadas por el principio del equivalente económico para garantizar la ecuación económico-financiera de la contratación⁷ .

A consecuencia de ello, las prerrogativas o poderes exorbitantes de la Administración contratante parecen hacerse restringido con la llegada de las últimas Directivas y el papel del legislador, puesto que los principios generales de la contratación han adquirido una mayor relevancia. El ejercicio de esta potestad de modificación contractual unilateral debe ser excepcional, y no la regla general, razonándolo en ese interés público (que ha de ser real y concluyente), ya que de lo contrario podría derivar en un daño a la garantía del interés público que corresponde a la administración. Y ello sin perjuicio de que la incidencia del derecho comunitario en la contratación pública trae causa de la necesidad de garantizar el mercado interior europeo y el principio de libre competencia y no discriminación de los operadores en los diferentes sectores de la actividad económica sobre los que recae la contratación pública⁸.

⁶ DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María “El enigma del contrato” *Revista General de legislación y jurisprudencia*. Año 2011

⁷ Vid. ARIÑO ORTIZ. G “Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos” *IEA*, Madrid 1968, passim.

⁸ Vid. DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María “*Sobre la supuesta incidencia de la Unión europea en el régimen específico del contrato administrativo*” Memorial para la Reforma del Estado. Tomo III, Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2016, pp.2429-2447

2.2 Antecedentes de la Ley 9/2017.

El modelo de contratación pública entendido hoy día, es el resultado de un compendio de elementos legislativos pasados, siendo preciso realizar una toma de conciencia de la transformación producida a lo largo de nuestra legislación.

Su evolución, se remonta al siglo XIX⁹. No obstante, lo que nos interesa analizar es un elemento clave de la contratación, las modificaciones contractuales.

Su primera consagración aparece en el Reglamento de la Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 en su Capítulo V, con Título “el cumplimiento del contrato”, en sus artículos 51 y siguientes¹⁰. Se contempla también en la Ley de Contratos del Estado (en lo sucesivo, LCE), aprobada por el Decreto 923/1965, de 8 de abril de 1965, reflejando el régimen de modificación de los contratos administrativos en sus artículos 16, 48, 54, 74 y 118. Ambos textos legislativos apreciaban esa modificación como una potestad de carácter unilateral (*ius variandi*).

En los años posteriores este régimen fue consolidándose hasta llegar a la primera gran reforma que data de 1995, con la Ley 13/1995 y con la que comenzaré mi análisis.

2.2.1 De la Ley 13/1995 a la Ley 30/2007.

Nos situamos en el año 1986, España entra a formar parte de la Unión Europea, y como consecuencia ha de adaptarse a su normativa. Fruto de ello, es la llegada de la Ley 13/1995 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) que mantiene, en parte, a los modificados en la misma línea que venía viéndose hasta el momento. Además, supone la unificación de la contratación local y la estatal.

⁹ Se inicia con el Real Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852.

¹⁰ Este Reglamento parte de la idea de “Inalterabilidad del contrato”, pero luego incorpora diferentes excepciones a esa regla.

Art. 52 del Reglamento “*será admisible la novación por cesión de los derechos del adjudicatario a otra persona, si no estuviere prohibida por las normas que regulen el contrato o por las condiciones consignadas en el Pliego (...)*”.

Art. 53. 1 “*Será obligatoria para el contratista la aceptación de variaciones de detalle que no alteren sustancialmente los Pliegos de condiciones ni los precios establecidos*”.

Art. 55 “*La modificación de los contratos, en casos de peligro para el orden o seguridad públicos, habrá de ser aceptada por el contratista, con resarcimiento de los daños, o indemnización de los perjuicios que se le ocasionaren (...)*”

En lo relativo a la estructura de este texto legislativo, toma un derrotero distinto al que aparecía en la LCE, pues esta giraba en torno a los contratos de obras, y ahora pasa a ordenarse de la siguiente manera: por un lado, se presenta un régimen general de modificación, recogido en los artículos 60 y 102 LCAP, en los que se detalla la prerrogativa del órgano de contratación, cuyo ejercicio venía razonado en causas de interés general; un procedimiento, y sus diferentes presupuestos habilitantes.

“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”¹¹.

Por otro, contempla las reglas específicas de los contratos administrativos (contratos de obras, concesión de obras, gestión de servicios públicos, suministros y de servicios de mantenimiento) en los artículos 140, 146, 164, 190 y 250 LCAP, cuya estructura perdurará hasta la actualidad.

Los contratos privados (aquellos que no tienen la consideración de contrato administrativo según lo expuesto en el artículo 5 LCAP) se rigen por el Derecho Privado (art. 9 LCAP).

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) llega en el año 2000, cuya elaboración pretendía proporcionar una actualización a la LCAP.

En él se conserva los presupuestos habilitantes: las causas imprevistas y necesidades nuevas que contenía la LCAP en su artículo 102 (art 101.1 TRLCAP); como resultado del ajuste del contrato (GARCÉS SANAGUSTÍN¹²).

Con la llegada de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP 2007) se realiza una propincuidad más precisa de las modificaciones contractuales. Su ámbito objetivo no varía con respecto a la LCAP, ya que sigue realizándose esa distinción entre contratos administrativos y contratos privados (regulados estos últimos por el derecho privado), no obstante, la LCSP 2007 engloba esta clasificación dentro de los contratos del sector público (art. 18 LCSP 2007).

Sigue dotando a las modificaciones de un régimen general, y unas reglas específicas que ya se incluían en la LCAP, y que puede suponer estas últimas, ciertas exclusiones al régimen

¹¹ Art. 102.1 LCAP.

¹² GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario “La modificación de los contratos. la reforma prevista en el proyecto de ley de economía sostenible. Incidencia de la jurisprudencia comunitaria” Jornadas Contratación Pública. Logroño, 13 de mayo de 2010

general del artículo 202 LCSP 2007, ubicado en “Modificaciones de los contratos”, dentro del “Libro IV: Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”¹³.

Dentro del régimen general de contratos del 202 LCSP 2007, se mantiene esa prerrogativa del órgano de contratación “*ius variandi*”, o modificación unilateral de la administración, fundada en razones de interés público, pero se disipa la posibilidad de efectuar esas modificaciones por motivos de necesidades nuevas, manteniéndose únicamente las causas imprevistas. Esta novedad se mantendrá hasta nuestros días.

Aparece entre los presupuestos habilitantes o límites a la potestad del órgano de contratación (la modificación habrá de ser justificada en el expediente, y modificación conforme a lo dispuesto en los pliegos y en el documento contractual), la prohibición de los modificados que alteren las condiciones esenciales del contrato.

Además, la ley contiene el artículo 193 LCSP 2007, denominado “vinculación al contenido contractual”, cuyo objetivo es dotar de mayor protagonismo al principio de “*pacta sunt servanda*”, por el cual, las partes deben cumplir el contrato a tenor de sus cláusulas¹⁴.

¹³ “1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato” Art. 202 LCSP 2007.

No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b).

2. 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.

3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 140.

4. En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación.

¹⁴ “Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas” Art.193 LCSP 2007.

En lo relativo a los límites cuantitativos de los modificados, sigue manteniéndose el margen del 20% (art. 202.7 LCSP 2007) que se recogía en anteriores legislaciones, y es entendido como un margen que se impone con el fin de prohibir un número ilimitado de modificaciones y proteger al contratista.

Todo ello conforma una reducción del marco de actuación de la Administración, fundado en la transposición por parte de la LCSP 2007 de la Directiva europea 2004/18/CE, elemento de unificación de la legislación comunitaria en materia de contratación pública.

A lo largo de su vigencia (hasta la llegada del TRLCSP), fue modificada en una pluralidad de ocasiones¹⁵; pero su gran cambio vino con la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible (denominada también LES).

2.2.2 *El TRLCSP*

El sucesor de la LCSP 2007 fue el TRLCSP, que surgió como consecuencia de los numerosos textos legislativos que alteraron la ley, pero aquel que tuvo más impacto, fue la Ley de Economía Sostenible (denominada también LES), 2/2011, de 4 de marzo. Su propósito primordial era conseguir la unificación de todos los textos legales relativos a la contratación pública, introduciendo también la LCSP 2007 y sus consiguientes modificaciones, haciendo desaparecer las modificaciones contractuales tal y como venían recogidos hasta el momento.

Las novedades más significativas (que con posterioridad serán introducidas en el TRLCSP) enmarcadas por esta Ley de Economía Sostenible fueron:

¹⁵ Las leyes que alteraron el texto inicial de la LCSP 2007 fueron: la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España ;la Ley 15/2010, de 5 de julio, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, la ley 35/2010, de 17 de setiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; la Ley 34/2010, de 5 de agosto; la Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía Sostenible, el Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, la Ley 24/2011, de 1 de agosto de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad o la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En primer lugar, se amplía el ámbito de aplicación objetivo. La norma de las modificaciones pasa también a aplicarse a los contratos privados, considerados como tales, aquellos celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública (Art. 20 TRLCSP). Precedentemente, también existía esa distinción entre contratos administrativos y privados, sin embargo, esta regulación sólo se aplicaba a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas (es decir, los contratos administrativos).

En segundo lugar, en la misma línea que la LCSP 2007, se contempla la distinción de modificaciones previstas y no previstas, dentro de la regulación de las modificaciones objetivas, pero con la distinción de que la LES introduce una lista concreta de los presupuestos habilitantes (Art. 107.1 TRLCSP), distinguiendo de esta forma de manera expresa cada clase de modificación objetiva.

En tercer lugar, se introduce el presupuesto de “alteración de las condiciones esenciales” con carácter general (en la LCSP era un presupuesto de los contratos de obra, con el umbral cuantitativo del 30%, art. 221 LCSP 2007) para los modificados no previstos, que supongan una alteración igual o superior al 10% del precio de adjudicación (art. 107 TRLCSP). El cumplimiento de las condiciones impuestas en la norma constituye una nueva causa de resolución del contrato (“por un supuesto de alteración de las condiciones esenciales del contrato”).

En lo referente al “*ius variandi*”, la LES reduce considerablemente su margen de actuación. Los límites a los que venía sometida esta prerrogativa se ven aún más ampliados, siguiendo la línea de las acotaciones exigidas por el derecho comunitario. Su regulación se contempla en el art. 210 TRLCSP, conteniendo abundantes remisiones a la regulación general. Se recoge también un procedimiento para esta modificación unilateral en el art. 211 TRLCSP, cuya base es la audiencia del contratista, el informe del Servicio Jurídico, y el informe del Consejo de Estado.

En quinto lugar, se deja de lado la causa de los contratos de obras, para fijar un procedimiento de carácter general para los modificados.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre es el fruto de la consolidación de la LES. Este texto deroga la LCSP e impone aquellas novedades impuestas por la Ley de Economía Sostenible en su articulado.

Su resultado es la introducción de la regulación de las modificaciones contractuales del sector público dentro de un título independiente, el Título V, denominado “Modificación de los contratos” que abarca los artículos 105-108 TRLCSP.

El TRLCSP contempla dentro de las modificaciones, únicamente a aquellas que afectan al objeto del contrato, es decir, las modificaciones objetivas. Considera pues, que los supuestos de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución no son modificaciones contractuales (art. 105 TRLCSP). Esto podría entenderse como una admisión de carácter estricto de estas novaciones.

Dentro de los supuestos que recoge la ley, se hace una clasificación bipartita, entre las modificaciones previstas (aquella que aparece expresamente contenida en los pliegos o el anuncio de licitación) y no previstas.

El art. 106 TRLCSP reúne los requisitos de aquellas alteraciones consideradas previstas: inclusión en los pliegos o en el anuncio de licitación, y redacción de las condiciones clara, precisa e inequívoca, así como el alcance y límites de las modificaciones, señalando el porcentaje máximo del precio del contrato, y su procedimiento.

Adicionalmente, la ley dispone los supuestos en que se pueda producir una novación, pero no se encuentre contenida en los pliegos (art. 107 TRLCSP); en este caso nos encontramos ante una modificación no prevista. Esto resuelve el problema de la LCSP 2007 en su artículo 202.2, de la imposibilidad de no modificar el contrato si no se contenía en la licitación.

Los presupuestos habilitantes que regían dentro de esta modalidad eran: a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones, b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad c) Fuerza mayor o caso fortuito, d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren, y e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Los dos primeros encuentran estrecha relación en el factor error, ambos están fundamentados en él. Estos presupuestos tomarán una línea muy diferente con su sucesora, la LCSP vigente.

Los distintos cauces de las modificaciones se recogen en el art. 108 TRLCSP. Se realiza una distinción procedimental en relación a cada una de las modalidades (previstas y no

previstas), y serán aplicables tanto a los contratos administrativos y contratos privados. Un procedimiento especial es el contemplado para la prerrogativa de la Administración, estableciendo ciertas restricciones.

2.3 Incidencia del Derecho Comunitario.

El régimen de los modificados es preciso analizarlo desde el punto de vista del derecho europeo, dado el gran impacto que tuvo el acervo comunitario en los países europeos.

Como punto de partida, será relevante enmarcar el decisivo papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (la doctrina europea y sus consecuencias), de forma que podamos fijar los detalles más sobresalientes de las modificaciones contractuales, y para ello, se realizará un análisis detallado de la jurisprudencia europea, precedido de una contextualización histórica; finalmente, enmarcaré la actual legislación comunitaria de los modificados, en la que se asienta la norma de contratación pública actual en nuestro ordenamiento jurídico.

En el marco europeo, entorno a los años 70, encontramos una pluralidad de Directivas que regulaban la contratación pública. Todas ellas se encontraban inconexas, por lo que emerge la idea de que se produzca un compendio de todas ellas, atendiendo a lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) dice.

De esta manera podemos hablar de la existencia de una etapa inicial, que arranca con el Libro Verde adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, por medio del cual se pretende iniciar un debate acerca de cuestiones fundamentales, tales como Objetivos de la política de contratación pública de la Unión, así como su incidencia en la legislación estatal, no obstante, nada concreto sobre la modificación de los contratos. En los años posteriores esa iniciativa deriva en cuatro paquetes generacionales.

Una primera generación de Directivas¹⁶ que comprende la Directiva 71/305/CEE y la Directiva 77/62/CEE. La segunda generación que estaba compuesta¹⁷ por la Directiva 93/36/CEE, Directiva 93/37/CEE, la Directiva 92/50/CEE y la Directiva 93/38/CEE. La tercera generación de directivas¹⁸; la Directiva 2004/18/CEE, y la Directiva 2004/17 CE. Ninguna de ellas contenía una regulación en materia de modificación de contratos, por lo que ante cualquier modificación que pudiese cometerse se le consideraba “hecho imprevisible”¹⁹.

A pesar de que no se regulan de forma expresa las modificaciones contractuales, es de destacar la cantidad de novedades presentadas a lo largo de las distintas generaciones y más concretamente en la tercera generación que, aunque *prima facie* no guarden relación con las modificaciones, de manera indirecta sí: la introducción de mecanismos de compra

¹⁶La Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras que no presenta una regulación sobre las modificaciones contractuales y la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros

¹⁷ La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras; 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; y la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones

¹⁸ La Directiva 2004/17 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y La Directiva 2004/18/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

¹⁹ Directiva 92/50/CEE en su artículo 11 apartado d) establece “[...] *debido a una urgencia extrema motivada por hechos que las entidades adjudicadoras no hayan podido prever*”. El artículo 7, apartados c) y d) de la Directiva 93/37/CEE también hace referencia expresa a estos “hechos imprevisibles”. Este concepto de imprevisibilidad se ha de relacionar con los principios de la contratación pública, que se originarán a posteriori y que marcarán un hito en dicho concepto.

electrónica, un nuevo procedimiento, reforzamiento de los criterios de selección y adjudicación, o la introducción de un vocabulario común de contratos público.

A fecha de 24 de marzo de 2014, el Diario Oficial de la Unión Europea publicó un paquete de Directivas de especial relevancia, que configuraron la cuarta generación (la actual LCSP se enmarca en ellas). El vacío normativo de las anteriores Directivas se encuentra colmado en esta generación.

Hasta ahora, el derecho comunitario regulaba únicamente la preparación y adjudicación de los contratos, pero con la llegada de las nuevas directivas, se producen grandes cambios con el fin de dar más protagonismo a la fase de ejecución del contrato. Esta cuarta generación será explicada más adelante.

La jurisprudencia del TJUE ha sido el elemento esencial para la configuración de las modificaciones contractuales del sector público en las reglas de la contratación pública. De todas las Sentencias del TJUE en materia de modificaciones contractuales, son seis las que revisten de una gran importancia puesto que configuran la doctrina principal y sus posibles consecuencias jurídicas (la conclusión más destacable es que una modificación del contrato público es sinónimo de nueva adjudicación).

La primera Sentencia del Tribunal de Justicia donde se hace mención de la materia objeto de estudio es la célebre STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99.

Esta trata de un contrato licitado en el que la Comisión se había comprometido a pagar unos suministros destinados a Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Kirguizistán y Tayikistán, con la entrega de manzanas y naranjas de los almacenes. Esto fue lo que se estipuló inicialmente, sin embargo, a posteriori, una vez el contrato fue adjudicado, modificó la modalidad de pago reemplazando esa entrega por melocotones. El adjudicatario principal “Trento Frutta” indicó en su oferta que, en caso de falta de manzanas, no cabría problema alguno en aceptar melocotones, mientras que los demás licitadores (“Succhi di Frutta” y “Loma”) se sujetaron a lo fijado previamente.

Con ella se trata de poner de relieve los límites a los que se someten las modificaciones de contratos públicos y los diferentes requisitos exigibles. Se vislumbra un riesgo de desnaturalización de los principios de transparencia e igualdad de trato²⁰ (a través del trato a

²⁰ Estos son considerados Principios rectores de la contratación pública, entendidos como los elementos base para garantizar una contratación pública libre y segura.

favor), y son definidos en la sentencia sirviendo como base en la doctrina²¹. Del mismo modo, el TJUE asienta que la salvaguarda de estos principios no cesa con la adjudicación, sino que se extiende a todas las fases del procedimiento.

“(…) que el procedimiento de comparación de las ofertas debe respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades.”

No tendrá cabida la modificación del contrato cuando no aparezca en el pliego de forma clara precisa e inequívoca²².

Todas estas medidas recogidas en esta paradigmática sentencia, se ven empleadas a posteriori en otra, la Sentencia del Tribunal de 31 de enero de 2013 (Asunto T-540/10) concerniente a un recurso del Reino de España contra la Decisión de la Comisión.

La Comisión en el año 2001 autorizó la aprobación de una ayuda financiera con cargo al Fondo de Cohesión a las siguientes fases de proyectos C 20111 – 1023 relativos a la confección de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España – AVE-. Ante las irregularidades presentadas en las distintas fases del proyecto, la Comisión reduce la ayuda del Fondo de Cohesión de los distintos proyectos. A pesar del intento de aplicación de los

²¹ “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”

“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”

²² “Si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados.”

distintos fundamentos jurídicos europeos entorno a los principios de transparencia e igualdad²³ (protección y extensión²⁴) la sentencia resulta desestimada.

Posteriormente, la Sentencia de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, asunto C- 454/06. APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung («APA») era una cooperativa registrada de responsabilidad limitada y principal operador del mercado austriaco de agencias de prensa. En 1994 La Republik Österreich celebró un contrato marco para asegurar sus servicios a cambio de una remuneración. En el año 2000 este contrato marco fue modificado y adaptado a la llegada del Euro, en él se realizaba una reestructuración y la adicción de nuevos acuerdos. Ante esto PN decide interponer un recurso dado que las modificaciones realizadas en el contrato en el año 2000 las considera «adjudicaciones *de facto*», ilícitas y, a su vez solicita que se estime ilegales la elección de los diversos procedimientos de adjudicación.

El objeto de estudio del Tribunal es analizar si las modificaciones de un contrato pueden ser sustanciales sin alterar la naturaleza de este. La propia sentencia reconoce esto al disponer que:

“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 aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada”²⁵.

Del mismo modo, “Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del

²³ “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”.

²⁴ “52. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto que la entidad adjudicadora debe observar estrictamente las reglas que se ha fijado no sólo durante el procedimiento de adjudicación, sino, con carácter más general, hasta la finalización de la fase de ejecución del contrato en cuestión (Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 *supra*, apartado 115)”.

²⁵ Sobre las cuestiones judiciales de la Sentencia.

contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (...)

Es por ello, por lo que de la interpretación de las Directivas se infiere, la ampliación (o también una alteración del equilibrio económico) del contrato a través de modificaciones sustanciales que constituyen una nueva adjudicación. Por el contrario, la reducción no es considerada como modificación.

Otro aspecto que se recoge en la sentencia es el relativo a las alteraciones subjetivas; según la sentencia tendrá consideración de modificaciones contractuales aquellas alteraciones subjetivas que no se encuentren previstas en el contrato cuando cumplan los términos generales de las modificaciones contractuales²⁶.

La STJUE de 13 de abril de 2010, Wall AG, C-91/08. Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH («FES») es una sociedad de responsabilidad limitada cuyo objeto social es la limpieza urbana. Fráncfort ostenta una participación del 51 % en FES, siendo en lo restante una empresa privada.

En 2002, Fráncfort presentó una convocatoria para la “licitación sobre un contrato de concesión de servicios relativo a la explotación, el mantenimiento y la limpieza de once aseos públicos urbanos, por una duración de dieciséis años”.

Wall (empresa encargada de todas las fases del proceso de limpieza de aseos: la publicitación, la producción, el montaje y el mantenimiento), FES y otras tres empresas presentaron las ofertas para poder participar en la licitación. En 2004 Wall fue descartado y en su lugar fue otorgado el contrato a FES. En dicho contrato de adjudicación se establecía a Wall como el subcontratista de FES. Únicamente se permitía cambio de subcontratista con la autorización escrita de Fráncfort.

En el año 2005, FES reunió a Wall a prologar una oferta, además invitó también a la empresa Deutsche Städte Medien GmbH («DSM») a presentar tal oferta. Finalmente, las prestaciones fueron entregadas a DSM.

²⁶ “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 (...)

El Tribunal aborda en esta sentencia una controversia relativa a los contratos de concesión de servicios. Este tipo de contratos no se contemplaron en las directivas comunitarias hasta el año 2014, así pues, se excluye su aplicación. El problema jurídico consistía en plantearse si la sustitución de un subcontratista, identificado al hacer la oferta, obligaba a convocar una nueva licitación. La sentencia declara:

“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 (...) 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 este caso el cambio del subcontratista conlleva a una alteración sustancial del contrato, puesto que deforma el procedimiento de adjudicación del contrato inicial. Así mismo se alteran los principios de transparencia e igualdad de trato defendidos con tanto ahínco por el derecho comunitario.

El TJUE, en su sentencia de 22 de abril de 2010, C-423/07, sanciona al Reino de España por la elaboración de obras complementarias no dispuestas en los pliegos de condiciones, pero que conllevaron a unas mejoras imprevistas.

La autopista A-6 es uno de los ejes de conexión principal más trascendentes y concurridos de este país. La parte de esta autopista situada entre Madrid y la ciudad de Villalba (40 km de longitud), y el de las ciudades de Villalba y Adanero (70 km de longitud) son tramos de peaje. Ambos se singularizan por estar sometidos a una fuerte circulación y graves problemas de embotellamientos. Dichos tramos (el de 40 km como el de 70 km) estaban siendo explotados por Ibérica de Autopistas, S.A. («Iberpistas»).

A través de anuncio publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y pliego en de cláusulas administrativas particulares el Ministerio de Fomento en 1999 inició un procedimiento para adjudicar una concesión de obras públicas. Poco tiempo después el órgano de contratación emitió un nuevo pliego de cláusulas administrativas particulares con el fin de introducir algunos cambios.

El contrato fue adjudicado a Iberpistas. El montante de las obras era de 151,76 millones de euros y en él no se contemplaba el coste de las obras de conservación y explotación del tramo de peaje. La comisión ante las irregularidades presentadas interpuso desde 2001 a 2003

ante el Reino de España varios escritos de requerimiento en los que se plasmaba un incumplimiento de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Esta sentencia conllevó a una serie de consecuencias a nivel estatal, en primer lugar, se aprobó el Real Decreto 488/2012²⁷ regulador de las mejoras en los licitadores, en segundo lugar, se alteró la cláusula general 8 d) relativa a la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión (Decreto 215/1973), para concretar qué requisitos deben contener las mejoras conforme a los principios generales de la contratación²⁸.

De lo expuesto hasta ahora se desprende la significativa repercusión de los principios rectores de la contratación pública²⁹, concretamente el principio de transparencia (y también el de igualdad de trato). El leading case se presenta con la sentencia, “Cas Succhi di Frutta” que servirá de base para considerar que las modificaciones contractuales han de encontrarse previstas desde el inicio de la licitación. Éstas podrán ser imprevisibles (aquellas que no hayan podido preverse, a pesar de una actuación diligente) en el contrato cuando no tengan carácter esencial (o sustancial) y sean interpuestas por un poder adjudicador diligente.

Toda esta jurisprudencia conforma la doctrina europea, que sirve como referente para su regulación. No obstante, las nuevas directivas desmerecen las innovaciones en materia de los modificados recogida hasta el momento³⁰.

²⁷ Decreto 488/2012, de 5 de marzo, que regula el contenido de las ofertas de los licitadores

²⁸ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier “La modificación de los contratos públicos” pp. 81-82.

²⁹ La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, se refiere a los principios rectores de la contratación en su Considerando 1 al establecer que “La adjudicación de contratos públicos por las autoridades de los Estados miembros o en su nombre ha de respetar los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)”, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos. En el derecho estatal, la nueva LCSP contempla en su preámbulo (III) y en su artículo 1 esta lista de principios generales. Dentro de este artículo, la ley recoge otros principios distintos a los anteriormente citados: Eficiencia, libre competencia, e integridad. Actualmente, se manifiestan en todas las fases contractuales, in facto esse y la fase in fieri aunque tradicionalmente se aplicaba sólo a la fase de preparación del contrato.

³⁰ Un ejemplo claro de ello es el art. 72.1 b) de la Directiva 2014/24 que contempla la posibilidad de modificar el contrato realizando obras, contratos o servicios por el contratista inicial, sin necesidad de proceder a una nueva adjudicación.

Siguiendo con la exposición de este tema, el proceso de uniformización europea culmina con la cuarta generación de directivas, enmarcadas, dentro de la Estrategia Europa 2020. Estas inauguran una regulación pormenorizada de la ejecución de los contratos, puesto que con anterioridad no se contemplaba ninguna regulación expresa, salvo la jurisprudencia, anteriormente citada. Este paquete generacional está formado por:

- La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- La Directiva 2014/24/UE, del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública.
- La Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

En todas ellas se recoge una disposición relativa a la modificación de los contratos públicos (art. 43 Directiva 2014/23/UE, art. 72 Directiva 2014/24/UE y art. 89 Directiva 2014/25/UE), donde ofrecen una estructura y contenido semejante acondicionado a su materia concerniente³¹.

La nueva Directiva general sobre contratación pública, 2014/24/UE acomoda los modificados en su Capítulo V, Título II, en los artículos 70-74.

El artículo 72 Directiva 2014/24/UE habla de Modificación de los contratos durante su vigencia. Este es un artículo de gran extensión, donde básicamente se recoge una clasificación clara y precisa de los tipos de contrato que pueden realizarse. Su contenido es el siguiente:

Su apartado primero del artículo está compuesto por modificaciones de contratos y acuerdos que no suponen el inicio de un nuevo procedimiento de contratación; (a) los previstos en los pliegos (b), las no previstas en la contratación inicial, (c) cuando se den circunstancias imprevisibles, (d) cuando un nuevo contratista sustituya al adjudicatario principal (e) y las modificaciones no sustanciales.

El artículo 72.5 Directiva 2014/24/UE, recoge el presupuesto donde será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación.

Para las condiciones previstas en el pliego se exige que sean claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Serán determinantes

³¹ Vid. DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María “*Sobre la supuesta incidencia de la Unión europea en el régimen específico del contrato administrativo*” Memorial para la Reforma del Estado. Tomo III, Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2016, pp.2429-2447

para conocer las características de las posibles modificaciones, así como las condiciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. Su límite es la no alteración del contrato o acuerdo marco.

Según GIMENO, una alteración de la naturaleza global del contrato es sinónimo a modificación sustancial³². Se produciría una alteración de la naturaleza global del contrato cuando se produjera una modificación sobre el objeto de este de manera relevante³³.

Cuando las modificaciones no se encuentren previstas en el pliego de condiciones administrativas particulares a condición de cambiar el contratista (modificación subjetiva) deberá de no consistir en un incremento del precio superior al 50 % (si existen varias modificaciones de incremento estas se contabilizarán de manera individual). Será necesario publicar un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE).

Para que se dé la modificación por circunstancias imprevisibles, la ley exige que se den una serie de condiciones generales imprescindibles. Por una parte, ha de tratarse de una modificación que no altere la naturaleza global del contrato (que no se considere modificación sustancial), y por otro lado no ha de producirse un incremento del precio superior al 50% (individual o conjuntamente). Además, es necesario que se publique un anuncio en el DOUE, ya que así lo impone el apartado e) 72.1 Directiva 2014/24/UE.

Cuando la alteración del contrato conlleve a la sustitución de un nuevo contratista por el adjudicatario principal se producirá como consecuencia de una opción o cláusula de revisión inequívoca; sucesión total o parcial del contratista inicial, o bien de asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas.

³² La propia Directiva en su Considerando 107 presenta la obligatoriedad de un nuevo procedimiento cuando se presenten modificaciones sustanciales del contrato. “Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial (...)” para determinar cuándo esa modificación es sustancial es necesario acudir a la doctrina del TJUE.

³³ GIMENO FELIÚ, José María “*Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*”. Aranzadi, 2018, pp. 1345-1364.

Son consideradas alteraciones no sustanciales aquellos que se producen sobre un contrato o un acuerdo marco y no alteran su naturaleza inicial. La Directiva recoge los supuestos que considera sustanciales:

Cuando incorpore condiciones que conlleven a una selección de candidatos diferentes a los seleccionados inicialmente, o una aceptación de oferta distinta.

- Cuando conlleve a una alteración del equilibrio económico en favor del contratista.
- Se amplíe el ámbito del contrato o el acuerdo como consecuencia de la modificación.
- Cambio del adjudicatario inicial por condiciones diferentes a las previstas en el 72.1.

Se presenta un carácter más permisivo que el TJUE y la LCSP, al asignar la posibilidad de alterar el contrato hasta un 50% sobre el precio inicial (frente al 20% de la LCSP). Se incorpora también dentro del mismo artículo las modificaciones objetivas y subjetivas. Esto es una clara diferencia con respecto a la normativa estatal, puesto que se desglosa en diferentes artículos. Una de las medidas de la Directiva es la exigencia de publicación de las modificaciones en el DOUE³⁴, como mecanismo de salvaguarda del principio de transparencia.

El art. 73 de la Directiva 2014/24/UE³⁵ también es de especial relevancia. En él se recoge la capacidad de rescisión de los contratos administrativos garantizado por los Estados miembros en diferentes supuestos, pero el que está dotado de interés para este estudio es aquel en que se permita la resolución del contrato en los casos en que no sea posible la alteración contractual dentro de los límites del artículo 72 Directiva 2014/24/UE.

Este artículo no solo está recogido para los contratos administrativos, sino también para el resto de los del sector público, cuyo régimen de modificación atiende a diferentes procedimientos jurídicos (diferenciando aquí a los contratos típicos y el resto de los contratos, que podrían contenerse dentro de la clasificación de contratos privados).

³⁴ Relativas a las modificaciones no previstas en el pliego y las imprevisibles.

³⁵ “Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su período de vigencia, al menos en las circunstancias que se indican a continuación y con arreglo a las condiciones determinadas por el Derecho nacional aplicable, cuando; a. el contrato haya sido objeto de una modificación sustancial, que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación con arreglo al artículo 72[...].” Art. 73 Directiva 2014/24.

3. EL RÉGIMEN VIGENTE: La LCSP 9/2017.

3.1 El ámbito de aplicación.

Su marco de aplicación tras 4 meses de “vacatio legis”, fijados en la disposición final decimosexta de la Ley, es para los contratos considerados administrativos, creados a partir de 9 de marzo de 2018. Los creados con anterioridad serán enmarcados dentro del TRLCSP. Así se recoge en la Disposición transitoria primera LCSP, en su apartado 2:

“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

3.1.1 Ámbito objetivo.

En lo relativo al régimen jurídico aplicable³⁶, la ley delimita estos contratos distinguiendo entre contratos administrativos y contratos privados.

Tras una interpretación de los artículos 25 y 26 LCSP, se llega a la deducción de que las reglas de modificación se aplican a los contratos administrativos, a los contratos privados sujetos a regulación armonizada³⁷ y a los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública.

El artículo 25 LCSP recoge una lista de contratos que han de considerarse Administrativos. Estos no innovan con relación al TRLCSP: Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios, y también los contratos

³⁶ ANEXO I

³⁷ Dentro de la Sección II encontramos los contratos sujetos a regulación armonizada. Estos contratos se originan con el fin de garantizar la normativa europea. Se contienen dentro de los artículos 19-23 de la LCSP. En el primer artículo, el 19, sostiene una clasificación de contratos negativa, así que, por interpretación antagónica, tendrán esa consideración los contratos de obras, los de concesión de obras, los de concesión de servicios, los de suministro, y los de servicios que ostenten determinadas cuantías (iguales o superiores) fijadas por la ley (Artículo 19.1 LCSP) y cuando la entidad contratante tenga consideración de poder adjudicador (art. 3 LCSP). Así mismo serán considerados aquellos subvencionados por las entidades del artículo 23 LCSP.

declarados administrativos por una ley o aquellos considerados contratos administrativos especiales³⁸.

En todas sus fases se regirán por la LCSP y sus normas de desarrollo, supletoriamente por el resto de las leyes administrativas, y en su defecto por el derecho civil. Para el caso de los contratos administrativos especiales, se regirán por sus normas específicas (Todo ello contenido en el art. 25.2 LCSP).

A contra sensu, tendrán la consideración de contratos privados aquellos que sean celebrados por las Administraciones Públicas pero con un objeto diferente al recogido para los contratos administrativos (contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios y aquellos declarados por una Ley, incluyendo los contratos administrativos especiales), los contratos de servicios que tienen por objeto servicios financieros³⁹ y la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos⁴⁰, los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas y los contratos de las entidades del sector público que no son poder adjudicador.

Para la preparación y adjudicación, estos contratos se someterán a las normas específicas, en su defecto a la LCSP (Secciones 1.ª Y 2.ª Del Capítulo I del Título I del Libro Segundo LCSP) y las normas de desarrollo; supletoriamente por el resto de las normas administrativas y por el derecho civil.

Para los efectos, modificación y extinción, se regirán al derecho privado. A pesar de lo dispuesto hasta el momento, el artículo 319 LCSP remarca que será de aplicación la LCSP a los Poderes Adjudicadores que no son administración pública los supuestos de modificación de los artículos 203-207 LCSP, y concretamente las modificaciones no previstas en el pliego siempre que su importe sea igual o superior a 6.000.000 de euros y la cuantía de la modificación (aislada o conjuntamente), fuera superior a un 20 % del precio inicial del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido no incluido.

La Ley de Contratos del Sector Público concatena al orden contencioso administrativo para la resolución de los conflictos que puedan ocasionarse en relación a cualquier modificación contractual. Así se dispone en el artículo 27.1 apartados a) y c) LCSP.

³⁸ VÁZQUEZ LACUNZA, Estela “¿Ha sobrevivido el contrato administrativo especial a la LCSP?” 30 de julio de 2018.

³⁹ Número de referencia de estos contratos: CPV de 66100000-1 a 66720000-3

⁴⁰ Número de referencia de estos contratos: CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

3.1.2 *Ámbito subjetivo.*

Desde el enfoque del ámbito subjetivo (art. 3 LCSP), se prolonga la existencia de la tripartita clasificación (sector público, poderes adjudicadores y administración pública) de aplicabilidad de la Ley para las entidades del sector público con respecto a su antecesor, el TRLCSP. Esto se contrapone a lo recogido en las directivas europeas dónde se acepta un solo concepto de poder adjudicador.

Las Directivas recogen 2 términos (organismo de Derecho Público y poder adjudicador) sometidos en cierto nivel a la LCSP. Lo que se pretende con este concepto de Organismo de derecho Público es conseguir homogeneidad en la aplicación normativa de esta disposición comunitaria europea⁴¹.

Dentro de las administraciones territoriales⁴² (como la Administración General del Estado, Administración de las CCAA, Entidades integrantes de las Administraciones Locales), la nueva regulación alude a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Accesoriamente, como parte del sector público se incluye a las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco, en lo que se refiere a su actividad de contratación (3.1 i) LCSP). De igual forma, se introduce en el apartado i) del art. 3 LCSP a los fondos sin personalidad jurídica dentro de las entidades integradas en el sector público de la contratación pública.

Teniendo en cuenta lo plasmado en las Directivas europeas, se produce un cambio importante con la expansión del ámbito subjetivo⁴³. Con el propósito de adjudicar la aplicación de estas disposiciones también a poderes adjudicadores, se han incluido los partidos políticos⁴⁴, las organizaciones sindicales y las empresariales, así como las fundaciones

⁴¹ GIMENO FELIÚ, José María “Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!” 21 de mayo de 2018. Observatorio de contratación pública.

⁴² Se establece una regulación de su actividad de manera concreta en el Título Preliminar, Capítulo II “Contratos públicos”. Las entidades que componen la administración local se regularán de manera específica en disposición adicional segunda (Competencias en materia de contratación en las Entidades Locales) y tercera (Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales).

⁴³ Arts. 3.3 b) y c), y art. 3.4 LCSP.

⁴⁴ Los partidos políticos (artículo 3.4 LCSP), se rigen por una regulación “singular” (Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo), dejando de lado el régimen general de aplicación para los poderes adjudicadores.

y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos cuando se cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de conformidad con la letra d) del apartado 3 del artículo 3 LCSP (determinadas circunstancias como que su financiación, gestión o dirección sea mayoritariamente pública).

3.2 Las causas generales de los modificados.

La Ley de Contratos del Sector Público regula la modificación de los contratos en el LIBRO SEGUNDO, TÍTULO I, CAPÍTULO I, Sección 3.ª, Subsección 4ª. “*Modificación de los contratos*”; artículos 203 a 207 LCSP. Esta sería la regulación general en esta materia, no obstante, se añaden referencias a otras partes del articulado.

3.2.1 La modificación objetiva.

El concepto de modificación objetiva del contrato se inicia con la institución del *ius variandi*, una prerrogativa de esencia unilateral que proveía a la administración de derechos en el contrato administrativo. Este término evoluciona hasta el punto en el que nuestra actual legislación lo dota de ciertos límites generales, contemplados en el artículo 203 y siguientes LCSP,

“Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección (4ª “Modificación de los contratos”).”

El interés público se configura como el soporte fundamental de las modificaciones de los contratos administrativos, y emana de la idea de dar un significado más preciso a esta figura de los modificados, pasando de esta forma a considerarse un concepto jurídico indeterminado, formal y abstracto⁴⁵.

Autores como DE LA MORENA Y DE LA MORENA consideran que este término puede ser considerado también como un límite al deseo de supremacía de los grupos de presión o de la autoridad⁴⁶.

⁴⁵ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier “La modificación de los contratos del sector público” pp.118-121.

⁴⁶ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis “Los Fines De Interés Público Como «Causa» Y Como «Limite» De La Competencia Y Como «Medio- Y «Medida» De Control Jurídicos” año 1976.

La jurisprudencia del Tribunal nos pone de manifiesto esta limitación en sentencias como la de 8 de noviembre de 1994 (RJ 1994,8503) y la sentencia de 10 de febrero de 1997, dónde se contraponen este interés general al *ius variandi* y a la potestad de modificar. Si bien es cierto, que a pesar de lo que podríamos pensar, hay ciertas ocasiones en las que en vez de seguir el procedimiento legal de modificación se admite la modificación en razón al interés público (Dictamen del Consejo de Estado núm 54400/1990, de 21 de junio).

Hemos de considerar si este término de interés público recogido en el artículo 203 LCSP tiene una mayor fuerza vinculante a la hora de modificar el contrato o, por el contrario, se encuentra limitado por los principios generales.

Según la opinión del Profesor VÁZQUEZ MATILLA esto no tiene carácter ilimitado para poder modificar un contrato; es necesario que concurra este interés, no obstante, por el mero hecho de su existencia no determina la modificación del contrato.

Entrando ya en la médula de esta materia, el apartado 2º del artículo 203 LCSP, dispone una ordenación de las modificaciones con carácter general, referidas a los contratos administrativos (art. 25 LCSP) celebrados por los órganos de contratación.

En primer lugar, podrán ponerse en práctica aquellas modificaciones previstas “ex professo” en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Será preciso atender a las condiciones y límites que la norma impone (artículo 203.2ª LCSP).

En segundo lugar, cuando no se recoja de manera expresa en el pliego de las cláusulas administrativas particulares, pero sea necesario efectuar esa modificación, se realizará siempre que se cumplan las condiciones que establece el artículo 205. (Artículo 203.2 b LCSP).

Cualquier otro contrato administrativo que no se adapte a los dos supuestos pretéritos será objeto de inmediata resolución. Acto seguido será obligatorio, la celebración de otro contrato bajo las condiciones pertinentes (nueva convocatoria y licitación salvaguardando lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 LCSP).

A grandes rasgos estas serían las causas de las modificaciones contractuales en nuestra actual norma, no obstante, a continuación, se procederá a realizar un análisis más exhaustivo.

3.2.1.1 Modificaciones previstas en el pliego.

Con carácter general, la directiva europea 2014/24/UE (en su Art. 72) hace una distinción entre modificaciones previstas en el pliego y no previstas (o imprevisibles). Esto se refleja de igual modo en nuestra norma con ciertas matizaciones.

El artículo 204 LCSP⁴⁷ se refiere a las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o también denominadas convencionales. Hemos de hacer ciertas aclaraciones en este artículo.

Por un lado, el artículo 204 LCSP, hace una mención relativa a la temporalidad de esa alteración “*durante su vigencia*” (también se recogía en el artículo 203 LCSP⁴⁸), lo que resulta incoherente, dado que un contrato que se ha extinguido no puede producir efectos ni ser modificado.

Por otro, se fija un margen cuantitativo de los modificados en el 20% del precio inicial “*hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial*”⁴⁹ sin alterar la naturaleza global del contrato. Este importe del 20% se entiende que es por modificado, y no por la totalidad de todos ellos (en las modificaciones no previstas sí que se realiza esa matización).

Nada se dice en la Directiva 2014/24/UE sobre el porcentaje máximo de modificación para las modificaciones convencionales. No obstante, sí se menciona el límite de “naturaleza global del contrato”.

En nuestro derecho, este concepto tiene la categoría de término jurídico indeterminado, pero para BAÑO LEÓN, la alteración de la naturaleza global es un concepto semejante al de modificación sustancial del contrato⁵⁰.

El Considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE (y el Considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE) da una definición de alteración global “(...), por ejemplo, si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado.” De ahí se excluyen las unidades de obra, suministros o los servicios puntuales. Cualquier alteración sustancial de este tipo supondría una desnaturalización del contrato.

A pesar de todo, la LCSP desea que las modificaciones del contrato previstas estén dotadas de una seguridad y previsibilidad (respetando los principios generales de la

⁴⁷ “*Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad*”. Art. 204 LCSP.

⁴⁸ Artículo 302.2 LCSP “*Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia (...)*”.

⁴⁹ vid. Art. 204 LCSP

⁵⁰ BAÑO LEÓN, José María “Del ius variandi a la libre competencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, Anuario de Derecho Local, 2012, p. 144.

contratación: publicidad, concurrencia, igualdad, transparencia...), que las cláusulas generales no pueden dar.

Como resultado, impone como requisito (art. 122 LCSP), que la cláusula particular de modificación deba estar formulada “*de forma clara, precisa e inequívoca*”; así, se descartan posibles interpretaciones de los pliegos que puedan llevar a una modificación tácita (novedad en la Ley).

De igual forma, la cláusula particular de modificación ha de contener (de manera lo más detallada posible) su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que puede hacerse uso por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que ha de seguir para realizar la modificación. Esto permite a los candidatos y licitadores comprender el alcance exacto e interpretar la modificación contenida en el pliego de igual forma, y permitiendo al órgano de contratación comprobar que se cumplen con las condiciones de aptitud exigidas, valorando las posibles ofertas propuestas por estos.

En el art. 72.1 Directiva 2014/24/UE todo ello también se fija, ofreciendo una redacción vaga e imprecisa de la cláusula (nada se dice del contenido del pliego) que podría llevar a atentar contra los principios de publicidad y transparencia.

Cabe resaltar también que se añade una limitación en el art. 204 LCSP por la cual la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

Para poder explicar este límite es preciso hacer alusión a tres términos que se encuentran estrechamente vinculados al pliego de condiciones particulares: el presupuesto base de licitación, el valor estimado y el precio.

En relación con el precio, el artículo 102 LCSP acota su regulación (art. 87 TRLCSP), en la medida en que los contratos del sector público han de tener un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación y conforme a lo pactado (incluyéndose el Impuesto sobre el Valor Añadido). Todo ello deberá expresarse en euros, sin perjuicio de las excepciones recogidas en el precepto. La imposición de que el precio deba ser cierto no deja de ser un reflejo del precepto 1544CC⁵¹,

Además, se obliga a los órganos de contratación a que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato (estimación de este, considerando el precio general del mercado en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y aplicación), artículo 102.3 LCSP.

⁵¹ “*En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*”. Art. 1544 CC.

Cuando los precios deban ser ajustados, al alza o a la baja debido a variaciones económicas, podrán ser revisados acorde a lo previsto en el Capítulo II de este Título III “Objeto, presupuesto base de licitación, valor estimado, precio del contrato y su revisión”.

Con carácter excepcional, podrán celebrarse contratos con precios provisionales (respecto de los cuales no cabrá en ningún caso la revisión de precios), aquí el precio se fijará, dentro de los márgenes del precio máximo, en función de los costes en que incurra el contratista y del beneficio acordado (Artículo 102.7 LCSP).

El segundo término es el de valor estimado, que es empleado como pauta para acotar los contratos sujetos a regulación armonizada o no.

Su origen proviene del artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE⁵²; que en nuestro ordenamiento, aparece con la LCSP 2007. El artículo 101 LCSP completa este criterio determinado los métodos de cálculo dependiendo del tipo contractual (contratos de obras, suministros y servicios, contratos de concesión de obras y de concesión de servicios).

“a) En el caso de los contratos de obras, suministros y servicios, el órgano de contratación tomará el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según sus estimaciones.

b) En el caso de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, el órgano de contratación tomará el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, que según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios”.

La ley nos pone de preaviso que la elección del método para calcular el valor estimado no podrá efectuarse con la intención de sustraer el contrato a la aplicación de las normas de adjudicación que correspondan, tomando en cuenta existencia de posibles prórrogas eventuales, modificaciones, costes derivados de la aplicación de normativa laboral vigente u otros derivados de la ejecución material de los servicios, la estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado.

En este sentido, es importante destacar el art. 101.2 c) LCSP que dispone que se ha de tomar en consideración la existencia de los modificados y contemplar el valor estimado del contrato como el importe máximo que este pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones al alza previstas. Esto se emplea como un filtro de cara a las grandes empresas y deriva en dos consecuencias; por un lado, perjudica a las pequeñas y medianas

⁵² “Método para calcular el valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición”.

empresas (PYMES), puesto que puede llegar a producir un posible desplazamiento en las licitaciones y, por otro, se escapa la precisión del precio desde el momento en que este no es real, sino probable.

Este criterio no presenta cambios con respecto al art. 88.1 TRLCSP, y será puesto en práctica a pesar de que estas modificaciones previstas en el pliego se produzcan o no.

El presupuesto base de licitación aparece fijado en el artículo 100 LCSP y definido como el término máximo de gasto que en virtud del contrato puede implicar el órgano de contratación, (incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido).

A tal corolario, el presupuesto base de licitación ha de desglosarse indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación, los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación (art. 100.2 LCSP). No será necesario aprobar un presupuesto base de licitación con carácter previo para tramitar un acuerdo marco.

En lo relativo a la prerrogativa de la Administración para modificar los contratos (*ius variandi*, artículos 190 y 191 LCSP) cuando nos encontramos ante una modificación prevista en los pliegos, dicha prerrogativa se desvirtúa. No podríamos hablar de potestad para modificar, dado que es una condición que se contiene en los pliegos.

Cuando la modificación prevista no se lleve a cabo, esta actuará de manera similar a una condición resolutoria. Puesto que el que adjudicó el contrato prestó la garantía en función del precio de adjudicación (incluidas las modificaciones del pliego). Resuelto la no ejecución de la modificación por parte del poder adjudicador se podrá exigir el reajuste de la garantía dentro de los quince días siguientes a la notificación del acuerdo al empresario (aplicación analógica del art. 109.3 LCSP).

3.2.1.2 Modificaciones no previstas en el pliego.

Esta segunda modalidad de dar entrada a las modificaciones se contempla en el art. 205 LCSP, que desarrolla el contenido del 203.2 b) LCSP⁵³ mencionado con anterioridad.

El artículo contiene las modificaciones no previstas en los pliegos, y las que no se ajustan a dichos pliegos. Todo parece indicar que únicamente podrán realizarse cuando la

⁵³ “Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.”

modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos (artículo 205.1 LCSP) que serán concurrentes y generales.

Primus, introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria; y tándem que encuentre su justificación en alguno de los siguientes supuestos: adición de prestaciones, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles; y, modificaciones no sustanciales. Estos últimos no han de concurrir de manera cumulativa y son de carácter excepcional.

3.2.1.2.1 Las prestaciones adicionales.

Podrán realizarse modificaciones cuando fuese preciso introducir obras, suministros o servicios adicionales a los ya contratados (artículo 205.2 a) LCSP). Esto supone un elemento de necesidad, entendido en el sentido de prolongar ese servicio público a través de la modificación (con el fin de satisfacer los fines públicos que justificaron y motivaron el contrato).

Para que podamos hablar de la existencia de este presupuesto, han de darse de manera conjunta los dos requisitos siguientes:

El primer requisito, es que el cambio de contratista no sea posible por razones de tipo económico o técnico, y, a su vez genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación. La ley no muestra inconveniente alguno en proceder a la celebración de una nueva licitación con un cambio de contratista.

El segundo requisito es que esa modificación suponga una alteración en su cuantía que no superior, ya sea de manera aislada o juntamente con todas las modificaciones acordadas, del 50% de su precio inicial, IVA excluido. Este requisito dista de lo recogido en la Directiva 2014/24/UE, puesto que el artículo 72 hace referencia a cada uno de los modificados, no a la totalidad que muestra la LCSP. Es importante mencionar que estas modificaciones no podrán acumularse a aquellas previstas en el artículo anterior, el 204 LCSP.

Comprendemos que las prestaciones adicionales incluyen también aquellas complementarias (aquellas prestaciones que no puedan desvincularse técnica o económicamente de la prestación inicial). Esta distinción entre prestación adicional y complementaria puede parecer clara, pero en la práctica no ocurre así. Un claro ejemplo es la Sentencia de 7 de julio de 1998 (RJ 5744), donde no estaba claro deslindar ambos términos.

Del mismo modo, es preciso distinguir el término prestaciones adicionales de la aplicación del procedimiento de negociado sin publicidad. En contratos de obras, el artículo

168 e) LCSP, y en los contratos de suministros art. 168.c), 2º caso LCSP. No se trata de supuestos de modificación, sino de una nueva licitación.

3.2.1.2.2 *Circunstancias imprevistas y sobrevenidas.*

El segundo presupuesto se da en el caso de circunstancias sobrevenidas e imprevistas en el momento de la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones de manera simultánea. Este es un criterio de naturaleza tradicional en la contratación pública, no obstante, su objeto de aplicación eran los contratos de concesiones.

El momento en que se han de producir la modificación es clave, “*al momento en que tuvo lugar la licitación*”. Esto nos lleva a interpretar que, si la Administración no previó una circunstancia sobrevenida e imprevista antes de la licitación, el supuesto no habilitaba para la modificación. La falta de previsión de una condición ya existente al tiempo de la licitación no podría apoyarse en este supuesto.

Un ejemplo de ello podría recogerse en la sentencia TS de 17 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6818) dónde la adjudicataria del contrato no llevó a cabo las actividades indispensables, por lo que no cabe hablar de circunstancias sobrevenidas e imprevistas, sino de una falta de previsión.

En esta misma línea, en relación a los contratos de obras, el Consejo de Estado se ha pronunciado en numerosos Dictámenes (2582/1995, de 1 de febrero de 1996, o 933/2009, de 9 de julio de 2009), donde persevera en la necesidad de que los proyectos se redacten de manera más exhaustiva para soslayar situaciones que pueden llegar a ser previsibles.

La necesidad de modificar el contrato debe provenir de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. El propio término Administración diligente es controvertido, dado que se identifica con un concepto jurídico indeterminado. Siguiendo con el análisis, dos límites recoge la Ley.

Un primer límite es que la modificación no ha de alterar la naturaleza global del contrato. Como ya mencionamos con anterioridad el término naturaleza global del contrato, cabe plantearse:

¿Dónde están los límites de modificación que ostente un cambio en la naturaleza global del contrato?

Esta es una cuestión discutida, dado que este término jurídico indeterminado puede atentar contra los principios de transparencia e integridad. El Considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE daba una definición de alteración global. Del mismo modo el

considerando 72 de la Directiva 2014/24/UE hace una remisión a este concepto ejemplificándolo.

Es cierto que el término “naturaleza global del contrato”, podría llegar a confundirse con el “condiciones esenciales del contrato”, puesto que ambos contemplan un elemento común, el de “influencia en el resultado del procedimiento”⁵⁴.

Según GALLEGO CÓRCOLES, el término naturaleza global del contrato hace referencia a características esenciales del procedimiento de contratación que se ha realizado previamente. Este tipo de modificaciones han de tener una interpretación necesariamente restrictiva y esas modificaciones han de guiarse por el principio de proporcionalidad⁵⁵.

Otro límite es que la modificación del contrato ha de implicar una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo 205 LCSP, de la limitación 50% de su precio inicial, IVA excluido.

Esta condición se diferencia de la Directiva Comunitaria 2014/24/UE (artículo 72) porque estas hacen referencia a la alteración de cada modificación, no a la totalidad de las mismas (aislada o conjuntamente). De nuevo se puede reproducir la duda sobre la superación de este límite si se combinan las modificaciones previstas e imprevistas. Se ha de dejar claro que ambas modificaciones podrán ser compatibles siempre y cuando no superen sus límites respectivos.

Por todo ello, es preciso reiterar que es difícil de comprender la restricción que realiza la ley con relación a la Directiva Europea.

3.2.1.2.3 Modificaciones no sustanciales.

En este supuesto la propia ley pretende precisar el concepto jurídico indeterminado de sustancial (lo que se consigue es delimitar también los supuestos en que las alteraciones son consideradas no sustanciales, entendiéndose como una definición por exclusión), aclarando que una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio, por ende, son consideradas prohibidas.

⁵⁴ En lo relativo a la caracterización de la “naturaleza global del contrato”, vid. considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE.

⁵⁵ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel “La Modificación De Los Contratos En La Cuarta Generación De Directivas Sobre Contratación Pública” *X Congreso AEPDA*

Hacemos referencia a la premisa general, pero existen otros supuestos o condiciones para que una modificación también pueda ser considerada sustancial (presupuestos específicos, que pueden darse de manera individual o conjunta).

Uno de ellos, es que introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos u oferta, diferentes a la existente. Así, por ejemplo, nos hallaremos ante esta situación, cuando la obra o el servicio provenientes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

Otro, es que la modificación produzca una alteración del equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una forma no prevista con anterioridad. Pongamos por caso que la modificación introdujese unidades de obra nuevas cuyo importe representase más del 50% del presupuesto inicial del contrato.

Un último supuesto es que se ampliase de forma importante el ámbito del contrato como consecuencia de la modificación. Se produce esto cuando:

- El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, (de forma aislada o conjunta), del 15% del precio inicial, Importe del Valor Añadido excluido, para los contratos de obras o de un 10%, para los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato (artículos 20 a 23 LCSP).
- También se produce cuando las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, una vez iniciada la tramitación del expediente de contratación (artículo 205.2 c) LCSP).

La LCSP limita de forma clara lo dispuesto en las Directivas (Art. 72.2 ii) Directiva 2014/24/UE), sin que pueda estar fundamentado en razones de interés público. Esto no justifica el papel del legislador, puesto que no adherirse a lo contenido en las Directivas nos perjudica en palabras de competitividad.

3.3 La modificación subjetiva

El art. 203 LCSP en su apartado 1º, se refiere de pasada a la modificación subjetiva al aludir a las modificaciones objetivas, diferenciándolas de otras figuras como son la cesión del contrato (art. 214 LCSP), revisión de precios (artículos 103-105 LCSP), la ampliación del

plazo de ejecución (art. 195 LCSP) y la sucesión en la persona del contratista (art. 98 LCSP), que, aunque generen una transformación del contrato, la ley no las regula a propósito de la modificación objetiva a la que se refiere en los arts. 203-207 LCSP.

La sucesión (total, o parcial) en la persona del contratista se regula dentro del Libro I, Título II, capítulo III, en el artículo 98 LCSP (en el TRLCSP esto se recogía en el artículo 85), donde se tratan los distintos supuestos de la sucesión del contratista.

Dentro del marco europeo, la Directiva 2014/24/UE (Art. 72) y la doctrina contenida en la sentencia *Presextest*⁵⁶ desarrollan las novaciones subjetivas como un supuesto de la modificación de los contratos. Se admite la posibilidad de poder reemplazar al contratista en supuestos de sucesión total o parcial del empresario, a raíz de una reestructuración empresarial, por absorción, fusión, adquisición o insolvencia; o, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación del presente Directiva⁵⁷.

En definitiva, la modificación subjetiva supone o bien, una novación subjetiva o cambio del contratista (3.3.1) o bien, tendrá relevancia esa novación subjetiva en la medida en que aun cuando no se produzca un cambio en la persona del contratista, obligado frente a la administración contratante, si que tenga lugar un cambio en la empresa que ejecuta la prestación o parte de la prestación, mediante la subcontratación (3.3.2). El último supuesto será relevante en la medida en que dicha técnica pueda llegar a alterar o falsear las reglas de adjudicación del contrato.

3.3.1 La cesión del contrato.

La cesión del contrato (recogido en el art. 214 LCSP) es considerada como una modificación subjetiva del contrato, restringiendo su uso, puesto que únicamente podrá darse la cesión cuando, obedezca a una opción inequívoca de los pliegos y dentro de los límites que exige la ley (al igual que en el TRLCSP). Será imprescindible que los pliegos presenten la autorización de la cesión por el órgano de contratación (plazo de notificación de 2 meses, una vez vencido se otorga por silencio positivo) y la confirmación de la ejecución de un

⁵⁶ Dicha sentencia, ya estudiada con anterioridad habla de las alteraciones sustanciales de los contratos y de las posibles modificaciones subjetivas.

⁵⁷ Artículo 72.1 d) ii) Directiva 2014/24/UE.

mínimo del 20% del importe del contrato y al menos una quinta parte del plazo de duración en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, con las excepciones previstas en el artículo 214 LCSP, por el cedente; también será necesario que el cesionario tenga capacidad, solvencia y que la cesión se formalice en escritura pública.

Las Directivas se posicionan de forma diferente, puesto que conciben esa cesión también cuando no se halle prevista en los pliegos, en contraste con lo anterior.

3.3.2 *La subcontratación*

Esta figura sufre un importante número de cambios sobre su regulación, contenida en los artículos 215-217 LCSP.

Por medio de la subcontratación, el contratante acuerda a su vez con una tercera parte (subcontratista) la realización parcial (prevista en los pliegos, disponiendo qué parte pueden subcontratar, con qué importe y el perfil empresarial de los subcontratistas) de la prestación objeto del contrato.

La LCSP dispone en el apartado 4º del art. 215 *“Los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato (...)”* esta es una diferencia con respecto a la cesión del contrato, ya que no se produce una subrogación en lugar del contratista, y este sigue respondiendo exclusivamente frente a la Administración. Dentro de las novedades introducidas con respecto al TRLCSP encontramos:

El reconocimiento de que no podrá concurrir la limitación de la subcontratación que derive en una restricción efectiva de la competencia (art 215.1 LCSP), con la finalidad de permitir una implicación mayor de las PYMES. La LCSP elimina la restricción que imponía el TRLCSP en su artículo 227.2 e), por el que se fijaba un límite del 60% del importe de la adjudicación.

Se especifican las formalidades del contratista para la celebración de subcontrataciones (art. 215.2 b) LCSP). Es de obligado cumplimiento realizar por escrito el anuncio de comunicación al órgano de contratación, y *“el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este”*, y no de forma anticipada (art. 227.2 b) TRLCSP).

A pesar de que los subcontratistas sólo responden frente al contratista, la Disposición Adicional quincuagésima primera LCSP permite que se contemplen en los pliegos pagos del órgano de contratación a los subcontratistas, aunque constarán realizados por el contratista.

La propia Directiva 2014/24/UE recoge una regulación similar en su artículo 71, no obstante, no la considera presupuesto general de las modificaciones (art. 72 Directiva 2014/24/UE).

La LCSP recoge ciertas limitaciones para la figura de la subcontratación. El incumplimiento de cualquiera de ellas podría derivar en ciertas consecuencias introducidas como novedad por la ley; el artículo 215.3 LCSP recoge la posibilidad de proceder a la resolución del contrato (incumplimiento de las obligaciones esenciales, si estas fuesen apreciadas de forma precisa, clara e inequívoca en los pliegos, art. 211 f) LCSP); o la penalización de hasta el 50% del importe del subcontrato para el contratista.

En primer lugar, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinados aspectos de la prestación no puedan ser objeto de la subcontratación en los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, obligando a la parte del contratista principal a realizarlo.

En segundo lugar, la subcontratación solicitará autorización expresa del órgano de contratación para los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales (art. 215 d) LCSP). Esta limitación ya venía recogida en el TRLCSP.

Y, en tercer lugar, se restringe la subcontratación en el contrato de concesión de servicios conforme a lo dispuesto en el art. 216 LCSP:

“En el contrato de concesión de servicios, la subcontratación solo podrá recaer sobre prestaciones accesorias (...)”

3.4 Cauces de las modificaciones contractuales

Por regla general, toda modificación contractual ha de contener los requisitos de acuerdo y conformidad. Sin embargo, esto varía dependiendo de la modificación ante la que nos encontremos (obligatoriedad para el contratista de ciertos contratos administrativos).

Si partimos de la tradicional prerrogativa de la Administración Pública, la potestad para modificar el contrato por motivos de interés público (*“ius variandi”*, art. 190 LCSP), la norma

contempla un procedimiento para el ejercicio de esta alteración en su artículo 191 LCSP. Esta es una regulación de carácter general y exige:

- La Audiencia al contratista. Reconocido en el apartado 1 del artículo 191 LCSP. Es preciso dar la importancia que tiene a esta condición, puesto que es necesario escuchar lo que el contratista tiene que decir para garantizar de esta forma los principios generales de transparencia, o igualdad de trato. El artículo 242 LCSP admite esto en su apartado 2⁵⁸.
- Se requiere en la Administración General del Estado un informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en el caso del artículo 109 LCSP, el reajuste de la garantía y del art. 195 LCSP para la resolución por demora. Tendrá carácter preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma para; las modificaciones no previstas (con una cuantía superior al 20% de precio inicial del contrato, IVA no incluido, y precio igual o superior a 6 millones de euros); y los contratos de los poderes adjudicadores que no son administración pública (art. 319 LCSP).

Para la modificación de los contratos administrativos, el art. 207 LCSP fija las particularidades procedimentales respecto del art. 191 LCSP:

Las modificaciones previstas en el pliego de condiciones administrativas particulares se resolverán en la forma en que éstas se hubiesen acordado, dado un cierto margen de libertad en cuanto al procedimiento y diseño (el art. 204.1 b) LCSP así lo dispone).

Con relación a las modificaciones no previstas en el pliego, se seguirá la regla especial, es decir, antes de la aprobación de dicha modificación deberá darse audiencia al redactor del proyecto, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente. Esta audiencia es necesaria para exigir las responsabilidades derivadas de la modificación del contrato (el artículo 315 LCSP recoge las posibles indemnizaciones por desviaciones en la ejecución de obras y responsabilidad por defectos o errores del proyecto).

Ya sea en uno u otro, la formalización general de las modificaciones del contrato se realizará según lo contenido en el art. 153 LCSP (con el documento administrativo y la posibilidad de elevarlo a escritura pública) y la publicidad de acuerdo a lo dispuesto en el art. 63 LCSP, a través de un anuncio en el Perfil del contratante (en el Diario Oficial de la Unión Europea en el caso de contratos sujetos a regulación armonizada).

⁵⁸ “Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este, y no sea necesario realizar una nueva licitación, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles”.

Para el caso de los poderes adjudicadores que no son administración pública (art. 26 LCSP), que no se regulan ni por el artículo 207 LCSP ni por el art. 191 LCSP, contendrán un procedimiento similar al ya mencionado, dispuesto en el art. 319 LCSP: para las modificaciones previstas en los pliegos deberán seguir el procedimiento ahí expuesto, mientras que, para los no previstos, será requisito sine qua non la autorización y el dictamen del Consejo de Estado o autonómico: importe igual o superior a los 6 millones de euros y una modificación del 20% del importe inicial del contrato (IVA no incluido), requisito ya mencionado con anterioridad.

En los contratos privados de la Administración pública no existe regulación concreta, por lo que deberán regularse por lo dispuesto en el derecho privado (art.26.2 LCSP).

3.5 Reglas específicas en las modificaciones de los contratos generales o típicos:

La Ley de Contratos del Sector Público actual, además de contener una regulación de todos los contratos administrativos con carácter general en los artículos 203-207 LCSP, añade una regulación singular de los modificados en los diferentes tipos de contratos respetando lo dispuesto en las Directivas comunitarias.

En los contratos privados, será preciso matizar por qué órgano son celebrados (administraciones públicas, o poderes adjudicadores que no son administración pública), atendiendo a lo que el artículo 26 LCSP recoge. En razón del órgano de contratación, contendrán unas especialidades u otras.

Para los contratos administrativos, la ley presenta las distintas especificaciones procedimentales.

3.5.1 Para los contratos de obras, suministros y servicios.

3.5.1.1 En el contrato de obras.

El contrato de obras (art. 13 LCSP) viene caracterizado porque su objeto puede ser: o bien, la ejecución de una obra, aislada o juntamente con la redacción del proyecto, o la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante.

Tradicionalmente este contrato fue considerado como uno de los más importantes, hasta el punto de contener un procedimiento propio. Con la llegada de la LES y su intento de uniformización, pierde prevalencia.

La propia norma en su apartado 2º incluye la concepción de obra como aquel fruto derivado del conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble. Este es un concepto funcional y así se contempla en la STJUE de 29 de octubre de 2009, C-275/08.

Este contrato, además de poder seguir el régimen general del 203-207 LCSP, contempla ciertas especificidades dentro del artículo 242 LCSP.

En su apartado 1º, dota de un carácter de obligatoriedad del contratista en aquellos modificados que cumplan los requisitos del artículo 206 LCSP (límite del 20 % del precio inicial del contrato, IVA no incluido). En el caso de que la alteración suponga una reducción o supresión de las unidades de obra⁵⁹, y no se dé ese límite del 20%, no conllevará a indemnización ninguna.

Con respecto al aumento de las unidades de obra no previstas (242.2 LCSP), los precios a aplicar serán fijados por la Administración (previa audiencia del contratista, y plazo mínimo de 3 días). Si el contratista decidiese no aceptar los precios fijados, el órgano de contratación

“podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley”.

La resolución del contrato es una novedad que se recoge frente al TRLCSP, donde no se contemplaba. De esta forma se le ofrece un mayor margen de actuación al órgano de contratación, puesto que, a pesar de no presentar la conformidad del contratista, éste tiene la posibilidad de rescindir el contrato.

El artículo 162.2 Reglamento General de Contratación del Estado (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) sostiene esta misma idea:

“Cuando sea necesaria la ejecución de unidades nuevas no previstas en el proyecto, (...) La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas”.

⁵⁹ Cada una de las tareas o unidades de trabajo elementales en las que se pueden dividir los trabajos necesarios para realizar un proyecto. Definición tomada del diccionario de la Construcción

De igual modo, la doctrina jurisprudencial también lo contempla, baste como muestra, la sentencia del TS de 23 mayo 2011 (RJ 2011\4596)⁶⁰; en su Fundamento de Derecho II, se introduce la problemática del contratista y la introducción de obras nuevas. Ante la negativa del contratista para aceptar el precio de la nueva alteración contractual (obras nuevas) se posibilita a la Administración, a encargar la ejecución de la modificación a un tercero, o bien, ejecutarla ella misma (potestad de la administración).

Una vez que se produce la alteración al incluirse nuevas unidades de obra, surte también, aunque de manera expresa no aparezca, efectos sobre el plazo. La Sentencia de 21 de julio de 1986 (RJ 1986/5536) habla de “(...) la ampliación del plazo se produce como consecuencia lógica de la modificación del objeto”⁶¹.

El apartado 3º del artículo 242 LCSP entra dentro del paquete de novedades introducidas en la LCSP, al fijar el plazo de 5 días para notificar a la Intervención de la Administración correspondiente, cuando la modificación contenga unidades de obra ocultas.

No puede ignorarse lo establecido en el apartado 5º del artículo 242 LCSP donde se recoge el supuesto de expediente de continuación provisional, cuando la actuación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de obras y origine graves perjuicios para el interés público (esta suspensión carecería de sentido si esa modificación no alterase el normal desarrollo de los contratos). Este expediente de continuación provisional

⁶⁰ Es en este contexto en el que debe interpretarse el artículo 146.2, como sostiene el Abogado del Estado, que no hace referencia a la obligatoriedad de continuar la obra modificada por el contratista, sino al precio del modificado, que es fijado por la Administración, y que posibilita a ésta, de no estar conforme el interesado con el precio fijado, (que por supuesto puede impugnar, lo que no ocurre en el caso presente), optar por ejecutar por ella misma la parte modificada o encargarla a un tercero. Pero esta es una potestad que la Administración puede no ejercitar, como ocurre en el presente caso, donde el proyecto se ha modificado reforzando la cimentación, lo que impide que sean dos empresas distintas las que lo realicen, con la consecuencia de que sigue vigente la obligatoriedad para el contratista de ejecutar las obras, siempre que no superen los umbrales del artículo 149, letra e) y solicite el contratista la resolución, y sin perjuicio de que éste impugne el precio fijado unilateralmente por la Administración.

⁶¹Fundamento de derecho III, “Es claro que cuando la Administración, en el curso de la ejecución de un contrato administrativo, modifica el contenido inicial de las obras, aumentando la entidad de éstas, sin ampliar expresamente el plazo previsto -art. 149, párrafo segundo del ya citado Reglamento, habrá de entender, en términos generales, que la ampliación del plazo se produce como consecuencia lógica de la modificación del objeto”.

del contrato de obras se realizará siempre que el importe máximo previsto no supere el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA no incluido (frente al 10 por ciento que se prevé en el 234.3 TRLCSP) y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación. Dentro de las actuaciones exigidas para el expediente provisional, la nueva ley exige que la propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra ha de presentar también una justificación, conforme a los términos del 203.2 LCSP.

Dicho esto, podríamos señalar que concurren 2 situaciones: La primera es la autorización que continuar de manera provisional las obras y una segunda relativa al expediente del modificado⁶².

Una situación relativa a la continuación de las obras con la existencia de una propuesta técnica que confecciona la dirección facultativa y el expediente a tramitar al efecto; de esta forma se consigue dar continuidad del contrato. En la del expediente, se contempla la aprobación del modificado dentro de los plazos exigidos (mínimo 3 días hábiles) y bajo una serie de condiciones exclusivas (audiencia del contratista, y conformidad del órgano de contratación).

Expuesto hasta ahora las singularidades de los modificados en los contratos de obras, el artículo 242.4 LCSP, también dispone de unos supuestos que no tienen la consideración de modificaciones:

Primus, el exceso de mediciones, término que se traduce en la variación que pueda llegar a producirse a lo largo de la ejecución de la obra y se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra.

Su justificación radica en la dificultad para poder prever estos excesos a priori. En la práctica, esto suele suceder con frecuencia, por lo que el contratista trata de recabar que la liquidación refleje hasta el máximo posible las variaciones por medición, esto se sostiene sobre Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informe 43/08, de 28 de julio de 2008 y el Informe 74/2009 dónde corroboran ese exceso como una inexactitud del proyecto. Del mismo modo abogan por el pronunciamiento para determinar si de ellas se deriva o no la necesidad de ampliar el plazo de ejecución del contrato.

⁶² Informe 49/01 de 30 de enero de 2002 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Secundus, la inclusión de precios nuevos, siempre que en su conjunto exceda del 3 % del presupuesto primitivo del mismo.

3.5.1.2 En el contrato de suministros.

Otro de los contratos tipificados en la ley es el contrato de suministro (art. 14 LCSP), cuyo propósito es la adquisición, el arrendamiento, c/s opción de compra, de bienes muebles. En el mismo artículo se dan una lista de excepciones, como por ejemplo los programas informáticos o la energía transformada. Sus reglas específicas se encuentran contenidas en el artículo 301.2 LCSP.

En el contrato de suministros (determinación por precios unitarios) podrá alterarse (incrementarse) el número de unidades a suministrar hasta el 10 % del precio del contrato, a que se refiere el artículo 205.2.c). 3º LCSP, sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre y cuando se contemple en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato. Esta modificación del 10% supone una novedad.

La ley permite utilizar el procedimiento de negociado sin publicidad en diferentes supuestos en el artículo 168 LCSP, incluido las modificaciones que supongan una ampliación de los suministros o instalaciones existentes (apartado C 2º LCSP).

La Disposición 33º LCSP recoge la imposición de un presupuesto máximo para estos contratos de suministros (y también los de servicios) creado por la Administración, dónde el empresario se obligue a entregar pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva (referencia al precio unitario).

“En el caso de que las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, deberá tramitarse la correspondiente modificación.”

3.5.1.3 En el contrato de servicios.

El contrato de servicios del artículo 17 LCSP comprende todas aquellas prestaciones de hacer que estriban en el desarrollo de una actividad o encaminadas a la consecución de un resultado distinto de una obra o suministro. Es requisito indispensable que el adjudicatario deba ejecutar un servicio de forma sucesiva y por un precio unitario.

Con esta ley, se produce una distinción de estos contratos típicos con los de concesión de servicios, cuya diferenciación no rige por su ámbito objetivo (entre servicios públicos y servicios de otra naturaleza), dado que ambos pueden tener cualquier tipo de servicios, tanto públicos como de otro tipo⁶³, ni tampoco por el plazo máximo, contenido en el art. 29 LCSP (40 años para las concesiones de servicios que impliquen ejecución de obras, 25 años para las que no lo impliquen y 10 años para las de servicios sanitarios que no impliquen ejecución de obras. En los contratos de servicios, cinco años, incluidas prórrogas⁶⁴, inferior al fijado en el artículo 303 TRLCSP, que era de 6 años, prórrogas incluidas) sino por el elemento de riesgo operacional.

Este concepto de riesgo operacional como componente distintivo entre el contrato de servicios y el de concesión de servicios ya venía sustentándose por la regulación comunitaria y así en la exposición de motivos de la LCSP se observa

“Este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley. Por ello, determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios.”

Las singularidades de este contrato de servicio nos llevan a referirnos al párrafo segundo del 309.1 LCSP. En él se ordena que cuando nos encontremos ante un caso de determinación del precio mediante unidades de ejecución no podrá considerarse alteración si esta aparece contenido en el pliego *“la variación que durante la correcta ejecución de la prestación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato, las cuales podrán ser recogidas en la liquidación, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato”*.

⁶³ HUERGO LORA, Alejandro “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público” Nueva Época, N.º 4, Enero-Diciembre 2017, Págs. 31-51.

⁶⁴ Inusualmente se podrá establecer un plazo de duración superior cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio. Se exigirá también que aparezca justificado en el expediente de contratación, indicando la inversión y el periodo. El apartado 7º del artículo 309 LCSP contempla un plazo aún mayor a todo esto cuando se trate de contratos de servicios complementarios con el límite máximo el plazo de duración del contrato principal.

3.5.2 Para los contratos de concesiones.

Con la imposición de la nueva norma española de contratación pública, se introducen notables innovaciones en los contratos de concesión. Una de ellas es la pérdida del contrato de gestión de servicio público, y, en consecuencia, la introducción del de concesión de servicios.

De esta forma, el contrato de concesión presenta una doble separación: por un lado, los contratos de concesión de obras (singularidades del contrato en los artículos 255 y 262 LCSP), que tienen por objeto la realización de algunas de las prestaciones del contrato de obras y en contrapartida ostentan el derecho a explotar la obra o a recibir una compensación económica; por otro, los contratos de concesión de servicios, de los que hablaré con posterioridad. Ambos contienen un elemento común ya mencionado, el elemento del riesgo operacional.

El riesgo operacional actúa en la misma línea que su antecedente, el principio de riesgo y ventura (que se aplica a todos los contratos administrativos, art. 197 LCSP y 215 TRLCSP). Lo encontramos en los artículos 14.4 o 15.2 LCSP (entre otros) y se trasponen directamente del artículo 5.1 b) de la Directiva 2014/23/UE, dónde además de dotarlo de un carácter de imperatividad, nos orienta sobre los supuestos en los que el concesionario ha de asumir ese riesgo.

“El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos”.

Al hablar de riesgo operacional nos referimos a que el concesionario, por el mero hecho de realizar el contrato de concesión de obras o servicios, no está asegurado para obtener un beneficio, pudiendo incurrir en ciertas pérdidas. Este riesgo comprende el riesgo de demanda y el de oferta.

Otro elemento común a este tipo de contratos es el equilibrio económico del contrato, entendido como la forma de respetar los parámetros económicos que fueron tenidos en cuenta para la adjudicación del contrato⁶⁵. Este equilibrio puede verse afectado por la aplicación de estos contratos de concesiones. Con carácter general, el restablecimiento del equilibrio económico solo se produce en tres casos: Modificaciones contractuales. Se atiende aquí a los supuestos específicos recogidos por la ley (1), “Factum principis” (2), y casos de fuerza mayor (3).

⁶⁵ VILLAR EZCURRA José Luis “Apuntes críticos sobre el equilibrio económico en la nueva LCSP”

Estos casos podrán llevarse a cabo cuando se produzca una ruptura sustancial de la economía del contrato. El Tribunal Supremo ya lo delimitó al establecer las Sentencias de 6 de mayo de 2008 (Recurso de Casación núm. 5111/2006) y de 4 de junio de 2008 (Recurso de Casación núm. 5093/2006), entendiendo que se producía tal desequilibrio siempre y cuando tuviese las características de “suficientemente importante o significativo”⁶⁶. De no cumplir dicho requisito, el principio de riesgo y ventura será el encargado de su restauración. La ley no presenta ninguna novedad al respecto, no obstante, establece las medidas de restructuración en los artículos 270 y 290 LCSP, relativos a los contratos de concesión de obra pública y de servicios respectivamente, donde sí se presentan variaciones.

Un tercer elemento distintivo es el plazo de duración para los contratos, el de concesión de obras y el de concesión de servicios que se recoge en el artículo 29.6 LCSP.

Los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios tendrán un plazo de duración limitado, que se computará en función de las obras u servicios que contengan. Aparecerán dispuestos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Para la concesión de obras, si su plazo fuese superior a 5 años, entonces se fijaría como duración máxima el cálculo del tiempo en que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Pese a todo, la ley fija una duración máxima de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios incluyendo las posibles prórrogas⁶⁷:

- a. 40 años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.
- b. 25 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.

⁶⁶ DE LA FUENTE GARRIDO, Daniel “Problemas para determinar el equilibrio económico-financiero en los contratos públicos” Página Web Noticias Jurídicas. 16/03/2015. <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10165-problemas-para-determinar-el-equilibrio-economico-financiero-en-los-contratos-publicos/>> [consulta 10/06/2019]

⁶⁷ Apartado 3º del artículo 29.6 LCSP.

- c. 10 años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

En el artículo se nos dice que el pliego debe contener la fijación del plazo, y sólo podrá alterarse en un 15% de su duración inicial, con el fin de restablecer el equilibrio económico.

3.5.2.1 En los contratos de concesión de obras.

Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto de acuerdo con lo establecido en los artículos 203-207⁶⁸ LCSP y en el artículo 261.1 b) LCSP. El plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes.

En el apartado 1º del artículo 262 LCSP se dispone que el órgano de contratación podrá convenir (se exige interés público y concurrencia circunstancias de la ley), la modificación de las obras (incluyendo también la posible ampliación de estas), procediéndose a la revisión del plan económico-financiero al objeto de ajustarlo a las nuevas circunstancias.

En lo referente al equilibrio económico del contrato, el artículo 270 LCSP nos dice que en los contratos de concesión de obras es preciso mantener este equilibrio económico en las condiciones que mantenían en el momento de la adjudicación del contrato, atendiendo al interés general y al del concesionario.

Consecuentemente se deberá restablecer ese equilibrio en beneficio de la parte afectada, por ejemplo “*Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262*”, art. 270.2 a) LCSP.

Otro supuesto recogido en el artículo es cuando “*actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*” En este caso, se elimina de manera contundente el supuesto del *factum principis*, introduciendo así, una importante novedad, que, a la larga, producirá notables cambios en el alcance de esta institución.

⁶⁸ Subsección 4.ª, Sección 3.ª, Capítulo I, Título I, del Libro Segundo de esta Ley

3.5.2.2 *En los contratos de concesión de servicios.*

En lo relativo a la concesión de servicios, el artículo 290 LCSP es objeto de dicha regulación y tiene como título “Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico”.

El apartado 1º expresa la potestad de la Administración para poder alterar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios (por razones de interés público y si se dan las circunstancias de los artículos 203-207 LCSP).

Hablamos de compensación económica a la parte afectada por una modificación del contrato (que atente sobre el régimen financiero de este) con el fin de mantener el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. Esta compensación no se dará cuando la Administración produzca la alteración del contrato, pero sin transcendencia económica.

Tendrá carácter preceptivo el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando se contemple el supuesto del artículo 290.4 a) LCSP *“Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.”* También cuando Administración Pública concedente proceda a una serie de actuaciones que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. El restablecimiento deberá realizarse por una serie de medidas específicas recogidas en la ley⁶⁹.

Lo expuesto con anterioridad es la regulación específica para cada uno de los contratos. A continuación, me referiré a aspectos comunes de ambos.

A lo largo de todos los artículos ya expuestos en materia de contratos de concesión, el término equilibrio financiero o económico ha sido más citado. Para todos y cada uno de estos casos, se habrá de atender al supuesto en cuestión y el medio idóneo de restauración del equilibrio.

⁶⁹ *“Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente”* Artículo 290.5 Ley 9/2017.

4. EFECTOS

4.1 El alcance de la modificación.

La modificación del contrato provoca una serie de efectos con distinto alcance en unos casos y otros según el tipo de contrato y el tipo de modificación.

Cabe señalar, como punto de partida, que en los contratos administrativos la modificación del contrato es una prerrogativa de la administración contratante por razones de interés público (art. 190 LCSP), que se impone al contratista dentro de determinados límites. Pero esa obligatoriedad no tiene siempre el mismo alcance, como se desprende de los supuestos contemplados en el artículo 206 LCSP, donde se determina el carácter obligatorio de las modificaciones no previstas en los pliegos hasta el 20% aislada o conjuntamente de su cuantía, IVA excluido. Sin embargo, según el mismo precepto, cuando la modificación exceda de dicho porcentaje y en consecuencia no obligue al contratista, dicha modificación solo podrá ser acordada por el órgano de contratación previa conformidad del contratista, por el contrario, si éste no da su conformidad entrará en juego la causa de resolución del contrato prevista en la letra g) del art.211.1 LCSP.

Partiendo de los distintos supuestos de modificación del contrato, cuando esta tenga lugar por haber venido así prevista en los pliegos (art. 204 LCSP), ésta será obligatoria para ambas partes, salvo lo dispuesto en el art. 204.2 LCSP, es decir, siempre que la modificación prevista no altere la naturaleza global del contrato.

Por su parte, los supuestos de modificación, a los que se refiere el art. 205 LCSP (modificación no prevista o imprevisible), resultarán obligatorios para los contratistas cuando no excedan del 20% del precio inicial del contrato, sin incluir el IVA. Este umbral del 20%, como límite, será de aplicación para las modificaciones sobrevenidas y las prestaciones adicionales. Mientras que, por el contrario, no resultará de aplicación dicho límite del 20% cuando las modificaciones resulten sustanciales, pues en tales casos deberá resolverse el contrato. Ya que se consideran modificaciones sustanciales las que llegan a dicho porcentaje del 20%. Y en tales casos (modificaciones no previstas), la modificación será obligatoria hasta el 10% o el 15% dependiendo del tipo de contrato (respectivamente cuando se trate del contrato de obras y el resto de contratos).

En efecto, de no obtenerse la conformidad del contratista el contrato pasará a resolverse conforme a lo dispuesto en el art. 211.1 g) LCSP:

“La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en

el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido”.

Si la modificación deriva en la resolución del contrato administrativo, se acordará por el órgano de contratación de oficio, siguiendo los cauces marcados por la ley (art. 212 LCSP).

Una diferencia fundamental entre los contratos administrativos y los contratos de los Poderes adjudicadores que no son Administración Pública es que, en estos últimos, no existe prerrogativa alguna. Esto supone que en ellos sólo son obligatorias las modificaciones previstas en el pliego de las cláusulas administrativas particulares. Pero tanto los contratos administrativos como los anteriormente citados, la falta de acuerdo de las partes sobre el alcance de las modificaciones previstas en los pliegos se resolverá, en último término, mediante decisión del juez competente del orden contencioso administrativo. Por su parte en el resto de los contratos privados del sector público regirá el principio “*pacta sunt servanda*”, y se atenderá a lo dispuesto por las partes. La falta de consenso entre las partes determinará la necesidad de que decida el órgano judicial competente del orden civil.

La LCSP de 2007, en su artículo 220.e) permitía que el contratista tuviese la opción de pedir la resolución del contrato, cuando la modificación superase el 20% del precio de adjudicación del contrato. Más tarde, el TRLCSP determinó que, los modificados previstos, (cualquiera que fuese el porcentaje de alteración serían obligatorios. Mientras que las modificaciones imprevistas únicamente serían obligatorias hasta el 10% determinando a partir de ese importe su resolución.

4.2 La modificación como causa de resolución.

Con carácter introductorio, los motivos que llevan a resolver un contrato pueden ser muy variados: incumplimiento del contrato, demora, etc. Pero lo que a nosotros nos atañe es la resolución derivada de la modificación del contrato.

Nuestro ordenamiento realiza la distinción entre modificaciones previstas y no previstas, que recogen los supuestos en que podrá realizarse una modificación del contrato sin necesidad de acudir a una nueva licitación. El art.203.2 LCSP admite la modificación dentro de los límites dispuestos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y excepcionalmente cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205 (modificaciones no previstas).

Fuera de estos supuestos, *“si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes”*⁷⁰.

Además, el art. 211.1 g) LCSP introduce una novedad que no se contemplaba en el TRLCSP, y que se añade a los supuestos ya vistos; exige la resolución y celebración de un nuevo contrato, cuando concurra la no obtención de la conformidad del contratista cuando se produce una modificación imprevista del contrato administrativo que excede del 20% del precio inicial.

En consecuencia, el artículo 213.4 LCSP dictamina que cuando la resolución se concrete por alguno de los motivos recogidos anteriormente, el contratista tendrá derecho a una compensación del 3% del importe (lucro cesante) de la prestación dejada de realizar. Esta es la regla general, no obstante, hay supuestos en los que el contratista no tiene derecho a esa indemnización: primero, cuando la resolución de la modificación le sea imputable al contratista y segundo, cuando éste decida declinar la modificación contractual propuesta por la Administración.

Este importe de indemnización es un tanto discutible, porque el hecho de imponer sólo ese 3% para el contratista como regla general, puede conllevar a situaciones un tanto injustas y desfavorables (supuestos de enriquecimiento injusto).

Con el propósito de garantizar la continuidad en la ejecución de la prestación y disminuir los posibles daños ocasionados por la resolución (costes y tiempo), el art. 213.6 LCSP admite la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación al mismo tiempo en que se realiza el expediente de resolución (del anterior contrato).

Ambos procedimientos se realizarán por el procedimiento de urgencia, no obstante, el contratista se verá sometido a aceptar aquellas medidas que el órgano de contratación estime más convenientes para salvaguardar el servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. Si el contratista no fuese capaz de garantizar esas medidas impuestas por el órgano de contratación, este podría intervenir respaldando al contratista, a través de sus propios medios, o mediante un contrato con tercero.

En caso de no existir acuerdo entre ambas partes, *“la retribución del contratista se fijará a instancia de este por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato.”*

⁷⁰ Art. 203 LCSP.

5. EL CONTROL DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES.

5.1 La publicidad necesaria de las modificaciones como mecanismo de control previo.

Una de las grandes novedades impuestas en esta Ley es la publicación como mecanismo de control, contra la modificación ilegal, que camina sobre la idea de fraude y violación del principio de libre competencia⁷¹. A mayor publicidad, menor fraude administrativo.

El contenido es claro, las modificaciones de los contratos (excepto aquellas no sustanciales) se deberán publicar en el Pliego de condiciones en el plazo de 5 días desde su aprobación. Los contratos sujetos a una regulación armonizada, será preciso publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el conveniente anuncio de modificación, a excepción de los contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el Anexo IV, letras a) y b) del apartado 2 del artículo 205 LCSP (prestaciones adicionales y circunstancias imprevistas).

El artículo 63 LCSP es un artículo clave en esta ley, puesto que impone dar publicidad a prácticamente todo y al mismo tiempo recoge las consecuencias de su falta. Concretamente habla del perfil del contratante.

Con la llegada de Ley 9/2017 se produce un refuerzo de este término con respecto a la anterior. Es un término relevante en cuanto que ejercita los principios de transparencia y acceso a la información. Este acceso a la información deberá ser pública y reutilizable, y será accesible durante al menos 5 años, sin perjuicio a tener acceso a expedientes anteriores. Este podrá incluir cualesquiera datos y documentos referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación.

En España, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno impuso dar publicidad (art. 8) en los portales de contratación *“Todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del*

⁷¹ BAÑO LEÓN, José María “Del *ius variandi* a la libre competencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos” Pp.148 y ss. mayo 2013.

contrato” a las administraciones, entidades y organismos públicos (los recogidos en el artículo 2 de la Ley 19/2013).

Pero de nada sirve que la legislación imponga mecanismos de control, si a posteriori no tuviesen oportunidad los competidores de hacerlos efectivos (con su antecedente así ocurría, ya que se adoptó por la omisión). Por ello, la sanción que da una modificación ilegal en el ámbito administrativo es, con carácter general, de nulidad de pleno derecho cuando esta se hace sin ningún procedimiento de los recogidos en los artículos 191 y 207 LCSP. Así se recoge en el art. 39 LCSP cuando nos dice en su apartado 1 cuáles serán:

“Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015”

Si acudimos al artículo mencionado descubrimos que impone una nulidad de pleno derecho cuando esos actos de modificación sean dictados prescindiendo del procedimiento legalmente establecido (artículo 47.1 d) LPAC).

Para el resto de los supuestos, se aplicará el artículo 40 LCSP relativo a la anulabilidad: serán anulables todo incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205 LCSP, como por ejemplo una previsión de modificación del contrato en el pliego de cláusulas administrativas generales, y no en las particulares del art. 122 LCSP.

5.2 El recurso especial administrativo.

Hasta hace muy poco tiempo, las modificaciones contractuales del sector público tenían poca importancia. La manera de impugnar cualquier modificación no era demasiado viable, puesto que los cauces que existían resultaban bastante complejos e incompletos.

A día de hoy esto ha cambiado; actualmente, las vías de revisión del contrato se amplían con el fin de dar más efectividad a la tutela efectiva de los afectados por las modificaciones contractuales.

Podemos encontrar una doble vertiente de los procedimientos que la LCSP contempla para recurrir los modificados, dependiendo del tipo de contrato de que se trate; por un lado, los contratos sometidos al recurso especial y por otro, el resto de los contratos sometidos al recurso contencioso administrativo. Ambos acaban en la jurisdicción contenciosa administrativa, excepto para los contratos privados, que se tramitan por la civil.

El recurso especial en materia de contratación pública es una vía para recurrir aquellas modificaciones interpuestas en los contratos. La LCSP lo sitúa en Capítulo V del Título I del Libro I en los artículos 44 a 60. Conforme a lo expresado en el artículo 44.2 d) LCSP, serán objeto de este recurso:

“las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación”

Una de las novedades introducidas en la LCSP es que se amplía su ámbito objetivo de aplicación respecto al TRLCSP, dejando de estar vinculado con carácter exclusivo a los contratos sujetos a regulación armonizada, para pasar a aplicarse a todos los contratos administrativos, incluido los poderes adjudicadores (que son administración pública, o no) (Artículo 44.1 LCSP). Esto es posible, porque se aminoran las cuantías y umbrales de los contratos⁷².

En cuanto a la legitimación, se precisa el contenido del TRLCSP (art. 42 TRLCSP), al delimitar que pueden ser individuales o colectivos los derechos e intereses legítimos y destapando la afectación directa (como indirecta) al disponer que *“puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”*.

Este recurso coexiste con los cauces de revisión de oficio y los recursos administrativos ordinarios, por lo que la ley impone que no podrá interponerse recurso ordinario alguno contra aquellas modificaciones (y demás actuaciones recogidas en el art. 44 LCSP) susceptibles de recurso especial (así lo redacta el art. 44.5 LCSP). Todo ello tendrá carácter potestativo y gratuidad.

Cuando nos encontremos ante una prerrogativa administrativa deberemos acudir al art. 191.4⁷³ LCSP; aplicar un recurso especial siempre que supere las cuantías del artículo 44 LCSP (contratos de obras, concesiones de obras y de servicios de más de 3.000.000 € y en contrato de suministros y servicios de más de 100.000€.), y por recurso administrativo lo que no las supere.

En lo relativo al plazo de interposición de este recurso, como regla general se calcula los 15 días hábiles desde el día siguiente al envío de la notificación, y de no ser así ese plazo se contabilizará desde el momento de la recepción de la notificación.

⁷² Puede interponerse en todos los contratos de obras, concesiones de obras y de servicios de más de 3.000.000 € y en contrato de suministros y servicios de más de 100.000€. Art. 44.1 a) y c) LCSP.

⁷³ *“Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”* Art. 191.4 LCSP

El plazo de quince días hábiles para reclamar una modificación contractual se computará desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante (art. 50.1 d) LCSP). Para el supuesto de los contratos sujetos a regulación armonizada, ese cómputo del plazo debería comenzar con la publicación en el DOCE, pero puede ocasionar problemas interpretativos.

Si la publicación en el DOCE fuese posterior a la del perfil contratante podría conllevar a fraude de publicación. Por eso, conforme al principio de efecto útil del derecho comunitario el plazo comenzará a partir de la publicación en el DOCE.

La resolución (de carácter ejecutivo) dictada una vez producidos los cauces oportunos sólo podrá ser recurrida ante el orden contencioso-administrativo (art. 59 LCSP), excluyendo ser objeto de los recursos de revisión y de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso.

5.3 La jurisdicción competente.

Una vez explicado casi todo lo relativo a los modificados, es preciso enmarcar los actos de los que cada jurisdicción, contenciosa-administrativa o civil, es apta para solventar las posibles controversias puedan llegar a originarse. Se dedica el art. 27 LCSP a su regulación.

Dentro del artículo, la jurisdicción contenciosa-administrativa es competente para la resolución de los litigios ocasionados por la modificación de los contratos administrativos.

La ley añade también que serán objeto de esta jurisdicción la modificación de los contratos privados específicos, de servicios y suministros sujetos a regulación armonizada, cuando se consideren objeto de nueva adjudicación (referidos en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo 25 LCSP), añadiendo también las modificaciones de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública (cuando debía procederse a una nueva adjudicación, en vez de una modificación) y los contratos subvencionados, regulados en el art. 23 LCSP.

Se produce una innovación, puesto que, se amplía considerablemente su marco de actuación. En el TRLCSP esta jurisdicción no era competente de todos estos supuestos, sino únicamente del primero, los litigios de modificación de los contratos administrativos.

Dentro del orden jurisdiccional civil, será conocedor de las modificaciones de los contratos de las Entidades del sector público que no sean Poderes adjudicadores (art. 27.2 b) LCSP).

6. CONCLUSIONES.

Primera-

La regulación que presenta la ley de las modificaciones objetivas resulta bastante compleja y manifiesta la importancia de los modificados en la contratación pública.

Sin embargo, el legislador ha regulado separadamente las modificaciones subjetivas, dándolas por supuestas sin prestarles demasiada atención. Sistemáticamente podría ser mejor que el legislador tratase conjuntamente las modificaciones tanto subjetivas como objetivas, en la medida en que la regulación de unas y otras responde a la necesidad de salvaguardar, en ultimo término, las reglas sobre la adjudicación de los contratos del sector público.

Segunda-

La cuestión de las modificaciones de los contratos del sector público es una constante en la legislación de los últimos años. Porque la posibilidad de modificar un contrato una vez adjudicado afecta a principios como la publicidad y libre concurrencia, y puede derivar en situaciones de abuso y de abierta ilegalidad. Todo ello, sin perjuicio de que la ley deba adoptar cautelas frente a la corrupción en los contratos del sector público, al mismo tiempo que regular razonablemente la necesidad de los modificados para salvaguardar el interés público concernido en cada caso.

Tercera-

La regulación vigente de la modificación de los contratos del sector público en buena medida es el resultado de una llamada de atención de la jurisprudencia comunitaria en este ámbito. De ahí que los preceptos de las últimas directivas hayan entrado a regular aspectos relativos a la fase de ejecución de los contratos, en particular, teniendo en cuenta la incidencia del régimen de los modificados en las reglas para su adjudicación.

No obstante, la regulación del legislador español se muestra más estricta que los límites establecidos con carácter máximo para las modificaciones contractuales por la última directiva (hasta un 50% de cada una de las posibles modificaciones). Con todo se prescinde del criterio fundamental del derecho comunitario que es el que pueda justificarse, en todo caso, que las modificaciones no se producen para burlar las reglas comunitarias de adjudicación de los contratos del sector público.

Cuarta-

El régimen de la modificación contractual permite imponer al contratista la modificación del contrato administrativo, siempre y cuando no sobrepase el umbral del 20%, en cuanto a las modificaciones imprevistas (art. 206 LCSP), mientras que con respecto a las previstas en los pliegos el límite se deduce del art. 204.2 LCSP (siempre que dichas modificaciones no supongan una alteración de la naturaleza global del contrato).

En cuanto a los contratos privados del sector público, hay que distinguir tres supuestos distintos que derivan de la propia ley en cuanto a los efectos de la modificación y el régimen de las controversias a la que esta pueda dar lugar. Por un lado, cuando se trate de contratos privados de la administración pública, y cuando se trate de contratos de poderes adjudicadores que no sean administración pública, la falta de acuerdo entre las partes determinará la necesidad de recurrir al órgano judicial competente del órgano contencioso administrativo. Mientras que para el resto de los contratos privados del sector público, es decir los celebrados por entidades que no sean poderes adjudicadores la falta de acuerdo entre las partes será resuelta por el juez competente del orden civil.

Quinta-

Se establece como garantía del contratista un 3% de las prestaciones que deje de realizar, en aquellos casos en que las causas de modificación puedan determinar la resolución del contrato. En realidad, ese porcentaje parece injustificado, porque se aplica con carácter general a cualquier tipo de contrato, sin atender a las circunstancias ni el importe. Y ello lleva consigo situaciones de posible desventaja entre las partes del contrato, unas veces para el órgano de contratación y otras para el contratista, aunque, desafortunadamente, en la mayoría de las ocasiones, podrá ser para este último. Incluso, en cierto modo desvirtúa la naturaleza de la relación contractual, pudiendo determinar, además un enriquecimiento injusto para alguna de las partes.

Sexta-

El mantenimiento de la clasificación de modificaciones previstas (convencionales) y no previstas del TRLCSP puede considerarse un acierto, sin perjuicio del riesgo que comporta para las PYMES la determinación del precio de licitación del contrato (que ha de tomar en consideración las posibles modificaciones previstas, aun cuando estas no lleguen a ejecutarse).

Por otra parte, el umbral del 20% del ius variandi introduce algo de flexibilidad con respecto a la legislación anterior, en línea a la regulación histórica.

7. BIBLIOGRAFÍA.

ALMEIDA CERREDA, Marcos y MARTÍN DELGADO, Isaac “La Nueva Contratación Pública” *Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*. Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Las modificaciones de los contratos públicos”. Los Desafíos Del Derecho Público En El S. XXI. Instituto Nacional de Contratación Pública. Madrid, 2019, pp. 81-94.

BAÑO LEÓN, José María “Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos” mayo 2013. *Anuario del Gobierno Local* 2012 ISSN: 2013-4924, págs. 141-151.

BOQUERA OLIVER, José María “Poder administrativo y contrato” pp. 81-82.

CERILLO I MARTINEZ, Agustí “Contratación electrónica y transparencia: Fundamentos necesarios de la contratación abierta” elaborado en el marco del *proyecto “Transparencia, Integridad e Innovación Democrática”*.

DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María “El enigma del contrato” *Revista General de legislación y jurisprudencia*. Año 2011

DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María “Sobre la supuesta incidencia de la Unión europea en el régimen específico del contrato administrativo” Memorial para la Reforma del Estado. Tomo III, Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2016, pp.2429-2447.

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel “La Modificación de los Contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”. *X Congreso AEPDA*.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario “La modificación de los contratos. la reforma prevista en el proyecto de ley de economía sostenible. incidencia de la jurisprudencia comunitaria” *Jornadas Contratación Pública*. Logroño, 13 de mayo de 2010.

GIMENO FELIÚ, José María “Ser o no ser poder adjudicador. ¡Esa no es la cuestión!”. *Observatorio de contratación pública*. 21 de mayo de 2018.

GIMENO FELIÚ, José María “Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público”. Aranzadi, 2018, pp. 1345-1364.

GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, Nicolás “La modificación de los contratos en la nueva LCSP” *Actualidad Administrativa*. Marzo 2018.

HUERGO LORA, Alejandro “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público” Nueva Época, N.o 4, Enero-Diciembre 2017, Págs. 31-51.

LINDE PANIAGUA, Enrique ¿Libre Competencia E Interés General En La Ley De Contratos Del Sector Público? *Revista de Derecho de la Unión Europea*. Madrid ISSN 1695-1085. n° 30 - enero - junio 2016 n° 31 - julio - diciembre 2016.

MORENO MOLINA, José Antonio “*Hacia una compra pública y responsable. Novedades principales de la Ley de contratos del sector público*” Tirant lo blanch. 2018.

PINTOS SANTIAGO, Jaime “La modificación del contrato” *Contrato de Obras*. Mayo 2018.

ROLLON MUÑOZ, Julián “La nueva ley de Contratos del Sector Público 2017”. *Área de Recursos Humanos de la Diputación de Alicante*. 10 de noviembre de 2017.

VÁZQUEZ LACUNZA, Estela “¿Ha sobrevivido el contrato administrativo especial a la LCSP?” 30 de julio de 2018.

VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier “*La modificación de los contratos del sector público*” Aranzadi S.A., Cizur Menor, 2015.

VILASECA ARQUÉS, Èlia y MALDONADO CAMATS, Rosa “Las Modificaciones De Los Contratos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, De Contratos Del Sector Público” Barcelona, 12 de enero de 2018.

VILLAREJO GALENDE, Helena, CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio “Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público” pp. 28-34. *Revista Jurídica de CYL*, septiembre 2018.

XAVIER CODINA GARCÍA, Andrade “La modificación de los contratos y la protección del interés general” *Tesis Doctoral*, Madrid, 2017.

8. DOCUMENTACIÓN Y JURISPRUDENCIA

INFORME 49/01 de 30 de enero de 2002 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

INFORME de la JCCA de Aragón 27/2011, de 23 de noviembre Conclusiones II.

INFORME De La Comisión Al Parlamento Europeo Y Al Consejo Sobre La Protección De Los Intereses Financieros De La Unión Europea Y La Lucha Contra El Fraude (2017), págs. 14 y ss.

CIRCULAR DIPUTACIÓ BARCELONA. Àrea Presidència “Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector público. Principales Novedades”. 29 de noviembre de 2017.

CIRCULAR INFORMATIVA sobre la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Diputación de Valladolid. 9 de abril de 2018.

SEXTA CIRCULAR de la ley 9/2017, de 8 de noviembre de la Ley de Contratos del Sector Público, de 9 de noviembre de 2017, BOE núm. 272.

CONSEJO DE ESTADO. Dictamen del Consejo de Estado núm 54400/1990, de 21 de junio.

STJCE (Sala Sexta) de 29 abril 2004. Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA (asunto C-496/99).

STJCE (Sala Tercera) de 19 junio 2008. Caso Presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Austria (asunto C-454/06).

STJUE de 13 de abril de 2010, caso Wall AG (asunto C-91/08).

STJUE (Sala Cuarta) de 22 abril 2010. Caso Comisión Europea contra España (asunto C-423/07).

STUE (Sala Octava) de 31 enero 2013. Caso España contra Comisión Europea (asunto T-540/10).

9. ANEXOS: OTROS MATERIALES

CONFERENCIAS

DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María “Régimen de Modificación de los contratos del Sector Público”, en *Jornada sobre el Proyecto de Ley de CSP*. 30 de marzo de 2017.

DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María “Novedades de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”, en el *Máster de la Abogacía. Universidad de Valladolid*. Curso 2017/2018.

JOSE M^a BAÑO LEÓN “Régimen de modificación de los contratos” *EGAP*. Enero de 2018 (conferencia disponible en la Red).

.

GIMENO FELIU, José María “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad” Ponencia *AEPDA*. Madrid, febrero de 2015.

RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María “Modificaciones contractuales” *Escola Galega de Administración Pública*. de 18 de julio de 2018.

SERRANO CHAMIZO, Javier “Principales novedades de la nueva Ley de Contratos que sustituirá a partir del 9 de marzo de 2018 al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

PÁGINAS WEB

DE LA FUENTE GARRIDO, Daniel “Problemas para determinar el equilibrio económico-financiero en los contratos públicos” Página Web Noticias Jurídicas. 16/03/2015. <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10165-problemas-para-determinar-el-equilibrio-economico-financiero-en-los-contratos-publicos/>>[consulta 10/06/2019].

SEGOVIA MARCO, Alicia “La modificación de contratos conforme a la nueva ley de contratos del sector público” Página Web Elderecho. 12/06/2018 <<https://elderecho.com/la-modificacion-de-contratos-conforme-a-la-nueva-ley-de-contratos-del-sector-publico>> [consulta 22/03/2019].

MELIÁN ABOGADOS “La Modificación De Contratos” *Contrato de obras*. Mayo 2018 [consulta 25/03/2019].

VILLAR EZCURRA, José Luis “Apuntes críticos sobre el equilibrio económico en la nueva LCSP” *Ariño y Villar Abogados* [consulta 5/06/2019].

LOZANO CUTANDA, Blanca y FERNÁNDEZ PUYOL, Irene “Novedades en materia de subcontratación en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público” Pagina Web GA_P <<https://www.ga-p.com/publicaciones/novedades-en-materia-desubcontratacion-en-la-ley-9-2017-de-contratos-del-sector-publico/>>[Consulta 5/07/2019].