

La modificación de los contratos del sector público

XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE



Derecho Administrativo

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

COLECCIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

Santiago Muñoz Machado

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, de la Real Academia Española y de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas

Consejo Asesor

Ignacio Borrajo, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pública de Navarra, Letrado del Tribunal Constitucional.

José María Baño León, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense.

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

Vicente Álvarez García, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura.

Ricardo Rivero Ortega, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca.

Juan Francisco Mestre Delgado, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia.

José María Gimeno Feliu, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

Blanca Lozano Cutana, Catedrática de Derecho Administrativo de la UNED.

Eva Desdentado Daroca, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá.

Federico Castillo Blanco, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

Alejandro Huergo Lora, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo.

Diego Vera Jurado, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga.

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2019

Primera edición: diciembre de 2019



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Xavier Codina García-Andrade
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 043-19-266-9 (edición en papel)
043-19-267-4 (edición en línea, PDF)
043-19-268-X (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2605-6

Depósito legal: M-40301-2019

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

– Cuando mires al cielo, por la noche, como yo habitaré en una de ellas, como yo reiré en una de ellas, será para ti como si rieran todas las estrellas. ¡Tú tendrás estrellas que saben reír!

Y volvió a reír.

– Y cuando te hayas consolado (siempre se encuentra consuelo) estarás contento de haberme conocido. Serás siempre mi amigo. Tendrás deseos de reír conmigo. Y abrirás a veces tu ventana, así... por placer... Y tus amigos se asombrarán al verte reír mirando el cielo. Entonces les dirás: «Sí, las estrellas siempre me hacen reír» y ellos te creerán loco.

El Principito, de Antoine de Saint-Exupéry

*A mi padre, por habernos hecho reír.
A la Piña y a los Apiñados, por seguir haciéndolo.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
NOTA DEL AUTOR.....	19
PRÓLOGO	21
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN: EL ABUSO DE LA MODIFICACIÓN COMO PROBLEMA.....	25
1.1 Introducción	25
1.2 El impacto de la modificación.....	29
1.2.1 El impacto sobre el correcto uso de los fondos públicos ..	29
1.2.2 Impacto sobre el sistema de contratación y sus princi- pios.....	33
1.2.3 Impacto sobre la relación contractual	38
1.2.4 Impacto sobre la entidad adjudicadora	40
1.2.5 Impacto para el contratista.....	41
1.2.6 Impacto sobre terceros: licitadores y subcontratistas	42
1.2.7 Impacto sobre los ciudadanos como receptores de servi- cios públicos	43
1.3 La modificación como problema	45
1.3.1 La modificación como problema histórico	45
1.3.2 La modificación como problema no solo español, sino global	48
1.3.3 La modificación como problema multidisciplinar.....	55
1.4 La necesidad de regular la modificación.....	58
1.4.1 ¿Debe prohibirse la modificación?.....	58

	Páginas
1.4.2	La necesidad de integrar los intereses afectados en el sistema regulatorio..... 59
1.4.3	Los límites a la modificación como solución común adoptada por los distintos modelos regulatorios..... 61
CAPÍTULO 2. EL CONCEPTO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. LA DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES	
2.1	La modificación del contrato como concepto jurídico..... 65
2.2	Delimitación de figuras afines..... 68
2.2.1	La modificación de los contratos frente a la ejecución de cláusulas previstas en el contrato 69
2.2.2	La modificación del contrato frente a «nuevo contrato». La figura de los trabajos complementarios 74
2.2.3	La modificación e interpretación del contrato 77
2.2.4	La modificación e instrucciones de ejecución del contrato.... 79
2.2.5	La modificación y el mantenimiento del equilibrio del contrato 80
2.3	Brevísima tipología de la modificación 81
CAPÍTULO 3. EL RÉGIMEN DE LA MODIFICACIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	
3.1	El activismo judicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.. 88
3.1.1	El fundamento para limitar la modificación de los contratos: los principios de la contratación..... 89
3.1.2	De la renegociación a la modificación sustancial: mecanismos para saber si estamos ante un nuevo contrato..... 92
3.2	La regulación de la modificación en las Directivas de 2014..... 97
3.2.1	Aspectos generales del artículo 72 de la Directiva 2014/24..... 99
3.2.2	La compleja relación entre los apartados del precepto... 112
3.2.3	El límite de la «naturaleza global del contrato» 113
3.3	El sistema de tutela europeo ante modificaciones irregulares..... 115
3.3.1	El remedio de la nulidad de la modificación..... 116
3.3.2	Respecto a la legitimación para recurrir la modificación de un contrato 118
3.3.3	Sobre el plazo para impugnar la modificación 120
3.3.4	Consecuencias de la declaración de la terminación del contrato 122

CAPÍTULO 4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MODIFICACIÓN: DE LA POTESTAD ILIMITADA AL LICITOCENTRISMO	125
4.1 Primera etapa: la modificación de los contratos en las primeras normas de contratación (1845-1950)	127
4.2 Segunda etapa: consagración y asimilación del modelo de la <i>potestas variandi</i> (1953-2007). Las necesidades nuevas y las causas imprevistas	133
4.3 Tercera etapa (LCSP 2007): la tímida reacción legislativa ante las presiones comunitarias. La Ley de Contratos del Sector Público de 2007	143
4.4 Cuarta etapa (LES 2011): la adopción del licitocentrismo	148
4.4.1 La imposición del licitocentrismo como interés general prevalente	149
4.4.2 Novedades del régimen de la LES	153
4.5 Quinta etapa (LCSP 2017): abrazo, con matices, del modelo europeo	158
CAPÍTULO 5. RÉGIMEN GENERAL DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA LEY 9/2017	161
5.1 Notas generales de la reforma de 2017	162
5.1.1 Europeización de la regulación y sus posibles consecuencias	162
5.1.2 Mejora de los mecanismos de control: publicidad, recurso especial y el papel del Consejo de Estado.....	164
5.1.3 La limitación del ámbito de aplicación de la norma y jurisdicción competente	165
5.1.4 Régimen especial para determinadas modificaciones del contrato	169
5.2 Las modificaciones permitidas y sus límites.....	169
5.2.1 Las modificaciones previstas	169
5.2.2 Las modificaciones no previstas	175
5.3 El procedimiento aplicable: control <i>ex ante</i> y transparencia	187
5.4 La resolución del contrato ante la imposibilidad jurídica de modificarlo y la necesaria relicitación si se trata de un contrato administrativo	194
5.5 La potestad unilateral como especialidad de la modificación de los contratos administrativos	199

	Páginas
5.6 Consecuencias de la modificación válidamente celebrada	202
5.7 Sucinta referencia a los mecanismos de control: prevención, de- tección, reacción, represión y reparación	212
CAPÍTULO 6. INVALIDEZ DE LA MODIFICACIÓN Y TUTELA DE LOS INTERESADOS	221
6.1 Introducción al régimen de invalidez de la modificación de la LCSP	221
6.2 El doble régimen de invalidez de la modificación	222
6.2.1 Las causas de nulidad de pleno derecho de la modifica- ción. Modificaciones contrarias a los artículos 204 y 205 LCSP y reformados anticipados	224
6.2.2 Las causas de anulabilidad de la modificación.....	229
6.3 La anulabilidad del contrato ante una modificación contraria a los artículos 204 y 205 LCSP.....	233
6.4 Mecanismos de reacción de los interesados	237
6.4.1 La revisión del acto por los órganos de contratación	237
6.4.2 El régimen de recursos administrativos	243
6.4.3 En particular, la legitimación de los recurrentes.....	246
6.5 Consecuencias de una modificación declarada inválida: efectos sobre el contrato y compensación de los interesados	252
6.5.1 El contrato ante la modificación irregular.....	252
6.5.2 El contratista ante la invalidez de la modificación: su- puestos posibles y compensación	257
6.5.3 Los terceros interesados: el licitador no seleccionado y el tercero interesado en una eventual licitación	264
CAPÍTULO 7. SUPUESTOS ESPECIALES DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS	269
7.1 Especialidades de la modificación según su objeto	270
7.1.1 La modificación de los contratos de obra	270
7.1.2 La modificación de las concesiones de obras y de servicios..	272
7.1.3 La modificación de los contratos adjudicados en los sec- tores especiales o excluidos	282
7.2 Modificaciones del contrato con un régimen especial en la LCSP	284
7.2.1 La suspensión del contrato	284

	Páginas
7.2.2 La ampliación del plazo de ejecución	286
7.2.3 La prórroga no prevista del contrato.....	287
7.2.4 La modificación subjetiva del contrato.....	290
CAPÍTULO 8. CONCLUSIONES Y POSIBLE SOLUCIÓN	301
8.1 Conclusiones alcanzadas	301
8.2 El mutuo acuerdo como posible solución	308
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA	315

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AC	Actualidad Civil.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
AP	Audiencia Provincial.
Ar.	Base de Datos jurisprudencial Aranzadi-Westlaw.
Art.	Artículo.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CAP	Contratación Administrativa Práctica.
CC	Código Civil.
CCivile	Código Civil Italiano.
CE	Constitución Española.
Directiva 2014/24	Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
Directivas de 2014	Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.
EDJ.	Base de Datos jurisprudencial El Derecho.
EP&PPPLR	European Procurement & Public Private Partnership Law Review.
DA	Disposición Adicional.
FJ	Fundamento Jurídico.

■ LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

IGAE	Intervención General de la Administración del Estado.
LCAP 1995	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.
LCE	Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado.
LCSE	Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
LCSP 2007	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
LPAC	Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.
MP	Magistrado Ponente.
OBCP	Observatorio de la Contratación Pública.
PCLJ	Public Contract Law Journal.
PPLR	Public Procurement Law Review.
RAP	Revista de Administración Pública.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
REDE	Revista Española de Derecho Europeo.
RDP	Revista de Derecho Privado.
REF	Decreto de 26 de abril de 1957, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa.
RGLCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STC	Sentencias del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central.
TRLCAP 2000	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.

TRLCSP 2011	Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 noviembre 2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

NOTA DEL AUTOR

El presente trabajo toma como punto de partida la tesis doctoral que defendí el día 13 de julio de 2016 en la Universidad Complutense de Madrid («UCM»), titulada «*La modificación de los contratos y la protección del interés general*».

El Tribunal examinador estaba presidido por el profesor Germán Fernández Farreres (Catedrático de Derecho Administrativo de la UCM) y compuesto por el profesor José María Baño León (Catedrático de Derecho Administrativo de la UCM), quien ejerció las funciones de secretario del Tribunal, la profesora Carmen Chinchilla Marín (Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá), el profesor José María Gimeno Feliú (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza) y la profesora María Zambonino Pulito (Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Cádiz). El Tribunal consideró que el trabajo era merecedor de Sobresaliente *cum laude*.

La investigación doctoral llevada a cabo entonces dio lugar a un texto que se ha actualizado, adaptado y (espero) mejorado. Todo ello fruto de las muchas cosas que han sucedido desde su defensa en 2016.

Comenzando por su actualización, ésta era una necesidad tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público («LCSP») el 9 de noviembre de 2017 y su entrada en vigor el 9 de marzo de 2018. Aunque la legislación anterior sigue siendo aplicable para los contratos adjudicados bajo su vigencia, en este trabajo monográfico me centro en el régimen de la LCSP, sin perjuicio de menciones puntuales a las normas anteriores y del sucinto análisis de la evolución legislativa.

En ese sentido, se incorpora a esta monografía parte del análisis realizado en trabajos posteriores (así «La nueva regulación de la modificación del contrato en el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público de 2015», en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 141, enero, 2016; y «La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP», en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero, 2018).

Además, el texto necesitaba ser adaptado en dos sentidos. Por un lado, el texto debía ser aligerado no solo porque sea aconsejable desde el punto de vista editorial, sino, sobre todo, porque la excesiva extensión de la tesis doctoral (779 páginas) fue una observación compartida por todos los miembros del Tribunal. Cuando dijeron que la tesis era «una tesis de las de antes» ello no solo era una alabanza, sino también, no hay duda, una crítica a su extensión. Pido disculpas al Tribunal por no haberse beneficiado del ejercicio de reducción que ahora sí se acomete.

La adaptación también se refiere a cierta reestructuración de la obra respecto a su versión doctoral, más académica. Se pretende dar un enfoque práctico y centrado exclusivamente en la regulación española. Se ha buscado que cada capítulo sea útil al operador jurídico encargado de la aplicación o interpretación de la norma. Hay muchas cuestiones tratadas en la Tesis original que se han quedado fuera de este trabajo. Por ejemplo, el análisis de la fase de ejecución del contrato, el análisis de las causas que provocan la modificación o la situación de la modificación en derecho comparado (sobre esto último se ha publicado «La modificación del contrato público: una aproximación de derecho comparado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 179, julio-septiembre, 2016, pp. 313-334).

Por último, el texto que se presenta ha sido mejorado gracias, principalmente, a las aportaciones del Tribunal que evaluó el trabajo. Todos los miembros realizaron comentarios críticos de sumo valor que he tratado de incorporar de la manera más precisa.

Además, es innegable que el paso del tiempo ha supuesto una evolución en mi pensamiento, lo cual se ve reflejado en este trabajo. Esa evolución es fruto del estudio continuado del Derecho Administrativo y del Derecho de la Unión Europea que llevo a cabo en la Universidad (de la mano de Blanca Lozano Cutanda), pero, sobre todo, del ejercicio profesional desarrollado en el (gran) equipo de Derecho Público y medio ambiente del despacho Uría Menéndez y de la experiencia que ha supuesto pasar unos meses en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como *stagiaire* del gabinete del Abogado General Manuel Campos Sánchez-Bordona.

En el capítulo de agradecimientos, reiterar los ya expresados en el trabajo original (al que me remito). Sí quisiera volver a agradecer a Julio González García, director de la Tesis, el haber confiado en mí, así como a todas las personas que me han acompañado, apoyado y soportado en esta aventura, por su generosidad.

Luxemburgo-Madrid
Julio de 2019¹

¹ El texto fue revisado por última vez a comienzos de julio de 2019. Posteriormente se introdujeron algunas mejoras motivadas por las aportaciones de los dos evaluadores anónimos que examinaron el texto. Quisiera agradecer también a estos evaluadores su enriquecedora aportación.

PRÓLOGO

La regulación y los estudios sobre la contratación pública padecen, en el ámbito europeo y especialmente en el español, de un handicap estructural: han estado tradicionalmente volcados en la adjudicación y no han insistido en una proporción equivalente en la fase de ejecución del contrato. El contrato mejor planificado y adjudicado sin un control exhaustivo de la ejecución será un contrato fallido.

Si, en general, la ejecución de los contratos es un aspecto no suficientemente analizado, la modificación es un elemento capital. Vivimos en un país, como dice Xavier Codina, que ha instaurado la *cultura del modificado*. Quien haya estado en una entidad del sector público seguro que se ha encontrado, incluso, que días antes de la iniciación de una obra de muchos millones de euros el contratista viene con una alteración sustancial del proyecto que reduce los costes para el contratista e incrementa los gastos para el licitador. La cuadratura del círculo, vaya.

Como señala Xavier Codina en su libro, ni siquiera nos debe quedar el consuelo de que el «el abuso y mal uso de la modificación es un problema global, compartido por muchos países. No se trata, pues, de un problema típicamente español sino que los países de nuestro entorno también se enfrentan al mismo, tanto en el ámbito público como en el privado, sí es típicamente español pensar que estamos en peor condición que el resto». Mal de muchos no puede ser consuelo de nadie; sobre todo porque estamos en una situación peor que nuestros vecinos europeos.

No pensemos, sin embargo, que la situación que he descrito más arriba (que al lector seguro que le resulta poco edificante) es la única que se da. A partir de este supuesto, la panoplia de situaciones que se encuadran tras la fi-

gura de la modificación de los contratos es enorme. Desde casos de mecanismos para solucionar bajas arbitrarias que no se han visto durante el proceso de adjudicación hasta casos en donde la realidad física o la aplicación de la tecnología hacen recomendable valorar una solución distinta a la prevista inicialmente. Es un instrumento de flexibilidad en algo tan rígido como la contratación pública, que bien utilizada es muy positiva. No es por tanto, una cuestión de aceptar o rechazar de plano la modificación del contrato. Y por ello el libro de Xavier Codina es tan necesario.

Y es que, la imposibilidad de adoptar una solución apriorística deriva de que, como señala el autor, «se trata de un mecanismo, cuya finalidad no es otra que dotar de flexibilidad al rígido sistema de contratación pública. Lo que convierte a la modificación de los contratos del sector público en un fenómeno negativo es el sistemático mal uso –y abuso– que se hace de ella. Es decir, cuando la modificación no es la respuesta coyuntural a un problema imprevisible sino la solución previsible a un problema estructural».

Cuando esto ocurre, cuando se hace un uso inapropiado de la modificación nos encontramos ante un fallo del contrato que tiene una pluralidad de impactos: sobre el correcto uso de los fondos públicos, sobre el sistema de contratación, sobre la propia relación contractual, sobre adjudicador y contratista, sobre licitadores y subcontratistas y, cómo no, sobre los ciudadanos que deben ser receptores de un servicio público o usuarios de una obra pública. En definitiva, es un fallo con un impacto general y sobre el interés general. Todo ello con el fantasma que recorre una parte de las modificaciones extrañas (como la que he descrito con anterioridad) que sea causa o consecuencia de actividades ilegales o aún delictivas. Pero al lado de todo lo anterior, puede venir bien. Es la capacidad de examen del gestor la que nos permitirá extraer todas las consecuencias positivas que pueden encontrarse cuando se plantea una modificación del contrato.

El legislador no ha sido consciente, a la hora de regular la modificación, de toda la amplitud que tiene. De hecho, el concepto sociológico de modificación es más amplio que el concepto legal, con lo que se abren dificultades que deberían haber sido previstas y que, sin embargo, no pudieron serlo en la redacción de la norma. «Un claro ejemplo de lo anterior es la errónea identificación que existe entre el régimen de la modificación, su compensación, y la figura del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.»

No obstante, no es el problema más grave a la hora de analizar la modificación del contrato: «uno de los aspectos más negativos es que se trata de un régimen, en su conjunto, fragmentado y confuso. Es un régimen fragmentado en la medida en que existen varios regímenes jurídicos para regular un mismo

fenómeno –la modificación contractual–, y ello a pesar de que el bien jurídico que pretende proteger la nueva regulación licitocéntrica está presente en cualquier caso. Así, habrá que examinar si se trata de un contrato administrativo, un contrato de un PANAP o un contrato de una entidad del sector público que no sea PANAP. Además, habrá que ver qué tipo de contrato se trata (obras, concesiones, etc.). Finalmente habrá que ver qué tipo de modificación opera (modificación objetiva, cesión, ampliación de plazo, modificación derivada del mantenimiento del equilibrio, etc.)».

En definitiva, lo contrario a la nitidez. Me sorprende que aún hoy algunos gestores rígidos en sus planteamientos, sigan recordando reglas que dan una respuesta clara a la modificación de un contrato, cuando en muchas ocasiones (no la descrita al comienzo, claro) hay mucho que matizar. Y cuando se encuentra una situación especialmente difícil hay que mantener el pulso para extraer las consecuencias que se derivan del incumplimiento contractual que puede haber detrás de la petición del contratista de que se modifique el contrato en el país de la cultura del modificado. Todos sabemos el peso que tienen las constructoras en nuestro país.

Xavier Codina tiene una trayectoria profesional óptima para redactar este libro. Un universitario que no pudo desarrollar su carrera en la UCM por la ausencia de becas y otros instrumentos para retención de talento que hubo en la época de la crisis económica que nos llegó como un tsunami de Wall Street; un despacho profesional pequeño en número de personas pero excelente en la calidad de sus profesionales y que le permitió conocer mucho de la práctica española en la materia; estancias investigadoras en el Reino Unido que le permitieron adquirir una percepción diferente de la contratación pública que ha sabido integrar con la herencia continental, un despacho de abogados de los considerados de prestigio en el elenco español que le ha hecho pulir sus pocas aristas y una estancia en el Tribunal de Justicia europeo al lado del Abogado General Manuel Campos, antes de volver al despacho y comenzar, en paralelo, una aventura universitaria en CUNEF. Nada mal para su juventud.

Pero sobre todo, si algo hay que destacar de Xavier Codina es que dispone de dosis ingentes de entusiasmo y perseverancia en el trabajo bien hecho, en su pasión por el derecho.

Y su segundo libro (el primero, que fue buena muestra de su capacidad investigadora, tuvo un tema tan arisco como importante, *Los intereses de demora y la Administración*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013) es especialmente bueno y oportuno. El dato central es que dibuja una visión global de la modificación contractual en la que «con independencia de la regulación sustantiva que se haga de la modificación, ésta fracasará si no se presta atención a

los elementos complementarios. Hay que conectar de manera directa figuras como la experiencia pasada, la baja temeraria o los trabajos complementarios con la modificación. No se pueden mantener como compartimentos estancos, estudiados cada uno por su cuenta y aplicados sin relación alguna». Es un aspecto más, integrado en elementos colaterales relevantes y que, por ello, precisa una ordenación más amplia.

El libro que se presenta es la evolución de la tesis doctoral que tan brillantemente defendiera en la UCM en 2016. La promulgación de la LCSP y las propias necesidades editoriales han provocado que se trate de un trabajo nuevo, adaptando el trabajo con el que concurrió a la lectura de la memoria de tesis doctoral. Un libro excelente.

Y el libro que ahora presento ha superado en calidad el trabajo realizado en su momento. Posiblemente la distancia de tiempo le ha permitido ponderar propuestas y darle a cada aspecto el espacio que precisaba. La dificultad de aplicar la LCSP ha sido solucionada con precisión de microcirujano.

En definitiva, un libro que todo profesional de la contratación pública debería tener al lado y por ello recomiendo encarecidamente su lectura.

JULIO V. GONZÁLEZ GARCÍA
Madrid, 8 de noviembre de 2019

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN: EL ABUSO DE LA MODIFICACIÓN COMO PROBLEMA

1.1 INTRODUCCIÓN

La modificación de los contratos del sector público es un tema recurrente –cada vez más– en la literatura jurídica². No es de extrañar si tenemos en cuenta que se trata de un tema con gran carga dogmática en el ámbito de la contratación pública, y, sobre todo, de gran importancia en la práctica.

En tiempos recientes la modificación ha recibido una especial atención, lo cual se explica por la consagración del principio licitatorio como centro de gravedad alrededor del cual gira el sistema de contratación³. Así, licitación y concurrencia se erigen como los mecanismos esenciales a través de los cuales se alcanzan los objetivos del sistema de contratación. Esta concepción licito-céntrica de la contratación es la que empuja a reflexionar sobre qué ocurre si una vez adjudicado el contrato se alteran las condiciones del contrato de tal manera que la licitación inicial quede distorsionada.

El presente trabajo pretende examinar la figura de la modificación tras la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público («LCSP»). Una norma que, en línea con su antecesora, abraza la concepción licito-céntrica de la modificación, si bien lo hace de manera algo más flexible.

² Desde la monografía HORGUE BAENA, C., 1997, hasta la más reciente VÁZQUEZ MATILLA, J., 2015.

³ En ese sentido, AURICCHIO, V., *Public Procurement Law Review*, 1998.

No espere el lector encontrar aquí una obra que catalogue a la modificación como un problema de la contratación. Todo lo contrario. Se trata de un mecanismo, cuya finalidad no es otra que dotar de flexibilidad al rígido sistema de contratación pública. Lo que convierte a la modificación de los contratos del sector público en un fenómeno negativo es el sistemático mal uso –y abuso– que se hace de ella. Es decir, cuando la modificación no es la respuesta coyuntural a un problema imprevisible sino la solución previsible a un problema estructural. De manera muy visual se puede decir que el mal uso y abuso de la modificación carcomen el sistema de contratación pública como una colonia de termitas fagocita la frágil estructura de un mueble viejo.

Desde el punto de vista de diseño normativo el mal uso de la modificación implica un quebrantamiento sistemático del conjunto de normas jurídicas que componen el «sistema normativo de la contratación del sector público». Por su parte, el abuso, aun siendo un uso legal, es irregular como práctica administrativa y tiene efectos devastadores a medio plazo, una vez que se instala entre los mecanismos habituales de la Administración.

No hay que olvidar que el diseño normativo es fruto de una opción del legislador por un determinado equilibrio entre los intereses en juego. De hecho, encontrar un equilibrio entre esos intereses es el principal objetivo del legislador. Una vez diseñado ese equilibrio, cualquier desviación impacta en el propio sistema de contratación⁴.

Por un lado, la modificación es positiva en la medida en que puede satisfacer el principio de eficacia. Por ejemplo, si al aprobar la modificación del contrato se logra evitar suspender el contrato o su resolución, dados los costes que ello supondría. La eficacia de la acción administrativa –proyectada en lograr que el contrato cumpla su fin–, ha sido tradicionalmente el interés protegido cuando se permitían modificaciones sustanciales del contrato⁵.

Por otro lado, entre esos intereses en juego se encuentran dos que se ven especialmente afectados por la modificación del contrato: la existencia de concurrencia en las licitaciones y la elección del candidato que presente la mejor oferta en términos de calidad-precio. Pues bien, las malas prácticas en la modificación pueden acabar por distorsionar esa concurrencia, así como suponer

⁴ SCHOONER, S. L., *Public Procurement Law Review*, 2002.

⁵ En este sentido se pronuncia el Consejo de Estado en su Memoria anual preparada para el ejercicio 2004, p. 115, estableciendo una confrontación entre la eficiencia y la legalidad. Ver también Dictámenes del Consejo de Estado núm. 454/1996, de 8 de febrero de 1996, y núm. 3371/1996, de 28 de noviembre de 1996.

una alteración de los términos inicialmente ofertados hasta el punto de que no fuesen ya los más atractivos⁶.

Precisamente el renovado interés del legislador (europeo y nacional) por la modificación de los contratos se centra en que la modificación del contrato no distorsione el procedimiento de adjudicación. Se trata de la aproximación licito-céntrica ahora predominante, que será analizada en este trabajo, y que en no pocas ocasiones deja en un segundo plano otros intereses generales que debe perseguir la Administración. Pensemos, por ejemplo, en un municipio que contrata el servicio de transporte escolar con una empresa privada y estando en vigencia el contrato decide compartir ese servicio con el municipio colindante en virtud de un convenio interadministrativo. Esa práctica no estaría permitida bajo una aproximación licito-céntrica: posiblemente reduzca los gastos de ambos municipios, pero implica una modificación del contrato cercana al 100%, lo cual adultera por completo la licitación realizada originariamente.

Esta aproximación licito-céntrica ahora imperante no es más que la reacción al estado previo de la cuestión: el abuso y mal uso de la modificación eran un fenómeno generalizado.

En España, por ejemplo, la práctica de la modificación del contrato era un fenómeno aceptado en la medida en que se anteponía la ejecución del contrato frente a otros intereses presentes en la modificación. Esa «ejecución a toda costa» se vio protegida por un envoltorio jurídico excepcional: la potestad de modificar unilateralmente el contrato o *ius variandi*. La modificación se vinculó así a la potestad, y la potestad al interés general⁷.

El Consejo de Estado, con ocasión del Anteproyecto de la LCAP, señaló que «*gran parte de las modificaciones contractuales son referibles a motivaciones que desnaturalizan la institución*»⁸. En palabras de Inmaculada Rodríguez Piñero, Secretaria General de Infraestructuras del Ministerio de Fomento entre los años 2009 y 2011, «*el 98% de los contratos firmados por la Administración Central desde 1996 han sufrido modificados. Es cierto que hay hechos que no se pueden prever, como encontrarse con un yacimiento arqueológico, pero se ha convertido en una práctica habitual (...)*»⁹.

⁶ RACCA, G. M., y CAVALLO, R., *EP & PPPL, Review*, 2013, p. 280. Ver también en este sentido la Memoria anual del Consejo de Estado del año 2011, p. 212.

⁷ Como enseguida se comprobará, el mal uso y abuso de la modificación de los contratos es un problema histórico, global y multidisciplinar. Sin embargo, adviértase ya, este trabajo aborda la cuestión en el momento presente, en España y desde la perspectiva jurídica.

⁸ Dictamen del Consejo de Estado núm. 214/1992, de 21 de mayo de 1992. La misma contundencia en Dictámenes núm. 1629/91, de 23 enero 1992; núm. 1508/93, de 10 de febrero de 1994; y núm. 3371/96, de 28 de noviembre de 1996.

⁹ DONCE, L., «Las obras públicas, a su precio justo», *El País*, 27 agosto 2011.

No es de extrañar, pues, que España sea el país de la Unión Europea en el que exista una mayor percepción de que la modificación de los contratos públicos es una práctica muy extendida (69%), muy lejos de la media europea (44%) y del país que menor percepción tiene, Finlandia (18%)¹⁰.

El modelo normativo en España generaba incentivos que permitían, incluso potenciaban, que la modificación fuese un hecho habitual en la vida de un contrato público¹¹. Pero no puede culparse solo al diseño normativo. La aplicación práctica de la norma por parte de la Administración y la completa inoperancia de controles son personajes principales de esta historia¹². Así, en España la modificación de los contratos se convirtió en el mecanismo habitual a través del cual se compensa un proyecto deficiente o una oferta de licitación extremadamente agresiva.

Es por ello que las reformas recientes en este ámbito han tratado de reducir el margen de apreciación de la Administración (veremos la reforma introducida en 2011), o incrementar los controles y la transparencia (especialmente el recurso especial para algunos supuestos de modificación introducido en 2017).

Unas reformas que, ante la falta de voluntad del legislador español, han tenido que venir –una vez más– de la mano de la Unión Europea. Primero, la reforma de 2011 introducida por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible («LES»), que impuso el régimen más estricto de modificación del contrato. El ejemplo paradigmático de esa reforma es el límite máximo para las modificaciones, que no podían superar el 10 por ciento del precio del contrato.

Más adelante, la LCSP, ha introducido un nuevo régimen jurídico para la modificación de los contratos algo más equilibrado, en línea con el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, aunque más estricto que éste.

A lo largo de estas páginas se estudiará el concepto de modificación y se delimitará respecto a otras figuras afines (Capítulo 2), el régimen jurídico de la modificación en la Unión Europea (Capítulo 3), la evolución histórica del régimen jurídico de la modificación en España (Capítulo 4), el régimen jurídico vigente de la modificación en España (Capítulo 5), el régimen de las modifica-

¹⁰ Informe de la Comisión Europea, *Eurobarometer 374 on Businesses' attitudes towards corruption in the EU*, 2014.

¹¹ MARTÍN REBOLLO, L., *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2004, p. 576. En el mismo sentido se pronuncia VÁZQUEZ MATILLA, J., *Revista de estudios locales. Cunal*, 2013, p. 555.

¹² Como señaló el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, «eludir la aplicación del siempre más riguroso sistema de la contratación administrativa, con los controles y limitaciones que ésta establece, diríase que había sido objetivo ampliamente perseguido por la Administración». Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, S., *Revista de Administración Pública*, 1996, p. 221.

ciones irregulares (Capítulo 6) y las especialidades contenidas en la LCSP para algunos supuestos (Capítulo 7). El trabajo se cierra con las conclusiones más relevantes y el planteamiento del mutuo acuerdo como posible solución (Capítulo 8).

Con carácter previo se realizará un breve análisis que justifique que realmente es necesario este trabajo y que estamos ante una cuestión que merece la atención prestada.

1.2 EL IMPACTO DE LA MODIFICACIÓN

Para conocer si el mal uso y abuso de la modificación es o no un problema es necesario primero examinar sucintamente qué impacto tiene la modificación en determinados aspectos. Así, se examinará en esta sección el impacto de la modificación en los fondos públicos, en el sistema normativo de contratación, en la relación contractual entre las partes, en la entidad adjudicadora, en el contratista, en los terceros afectados (licitadores, subcontratistas y ciudadanos).

1.2.1 El impacto sobre el correcto uso de los fondos públicos

La preocupación por la buena gestión de los fondos públicos está en el origen de las normas de contratación de las entidades públicas¹³. Desde muy temprano la protección de los fondos públicos a través de la contratación se estructura mediante un conjunto muy diverso de mecanismos tales como el método de adjudicación, la verificación de existencia de consignación presupuestaria o los controles realizados por el órgano interventor¹⁴.

La modificación del contrato puede tener impacto en la planificación del gasto público en la medida en que altera las obligaciones de gasto del sector público, unas obligaciones nacidas para cubrir unas necesidades concretas y previamente aprobadas. De hecho, la modificación del contrato, en aras de la

¹³ Sobre esta preocupación ver ARIÑO ORTIZ, G., 1968.

¹⁴ Como observa MORENO MOLINA, la contratación «se muestra hoy como un sector paradigmático en el que se manifiesta la tensión permanente que existe entre la necesidad de controlar la actuación administrativa (...) y, por otro lado, la exigencia constitucional de actuación eficaz de las Administraciones públicas» (Cfr. MORENO MOLINA, J. A., 2006, p. 69).

flexibilidad, fue uno de los elementos determinantes para ir quebrando el principio de partida presupuestaria en el ámbito de la contratación¹⁵.

La protección de los fondos públicos puede aconsejar o desaconsejar la modificación de un contrato.

La modificación del contrato puede ser el mecanismo que mejor protege los fondos públicos. Así ocurrió en un supuesto en que, ante la falta de inversiones públicas prometidas por valor de nueve millones de euros, se produce un desequilibrio de la concesión. La Administración, en lugar de restablecer dicho equilibrio decide resolver el contrato y reconocer una deuda con el contratista de cerca de noventa millones de euros, que debían ser abonados por el nuevo contratista según los pliegos del nuevo contrato. Pues bien, el órgano jurisdiccional considera esta resolución contraria a la libre concurrencia y entiende que *«vendría a infringir los principios también previstos en el art 1 TRLCSP de control del gasto y utilización eficiente de los fondos –al gravar la tarifa con 86 millones de euros a amortizar, en lugar de 9–, con vulneración de éste»*¹⁶.

Por otro lado, la Administración puede utilizar su predisposición a renegociar como elemento para contratar más barato. Pensemos en un licitador que presenta una ofertada ajustada a la baja. Cualquier modificación que sea menor que ese ajuste supone que la Administración logra ejecutar el contrato por debajo del precio estimado. De hecho, es posible que el licitador ofertase ese ajuste a la baja por existir un sistema que favorece los modificados.

Esta visión defiende que las renegociaciones pueden ser una forma de reducir el precio de la adjudicación: los licitadores al presentar sus ofertas descuentan lo que esperan obtener en la renegociación. Por tanto, un sistema

¹⁵ Así lo advierten VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, cuando señalan que la rigidez del principio limitativo de la partida presupuestaria se fue quebrando paulatinamente como «consecuencia de la necesaria flexibilización de las técnicas financieras de la Hacienda Pública». Principalmente por los créditos automáticamente ampliables, partidas alzadas, errores de cálculo en la baja propuesta e imposible rescisión, la doctrina de las sujeciones imprevistas o implícitas en los proyectos modificados y contradictorios, o la atomización del riesgo y ventura en el precio unitario. VILLAR PALASÍ, J. L., y VILLAR EZCURRA, J. L., 2004, p. 537.

¹⁶ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 3 de Valencia, de 16 de diciembre de 2013 (EDJ. 304853). La Jueza continúa razonando que«[l]a presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objeto de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda, de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa».

en el que la modificación sea sistemática no sería un problema real desde el punto de vista de los fondos públicos¹⁷.

Sin embargo, a mi juicio, esta postura obvia que la propia modificación puede afectar de lleno a los principios de gasto público proclamados por las leyes y por la propia Constitución tales como los principios de eficiencia y economía que, como se verá, han sido acogidos en la propia legislación de contratos como principios generales. Y ello porque la negociación posterior se produce sin ninguna presión competitiva lo que tiene sin duda efectos negativos en el propio resultado de dicha renegociación¹⁸.

Además, la modificación de los contratos puede ser utilizada como una fórmula de huida de la presión presupuestaria a la que están sometidas las entidades públicas, sobre todo a raíz de la crisis económica y presupuestaria que arrastra España desde el año 2008. En particular, se pretendería huir del principio de estabilidad presupuestaria y el de sostenibilidad financiera. Nótese que la reciente Ley Orgánica 2/2012, de estabilidad presupuestaria en su artículo 7 establece que los contratos deben «valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera»¹⁹. Ese mismo análisis cabe hacerlo de la modificación del contrato.

Siguiendo con la relación de la modificación y los fondos, señalar que la modificación del contrato ha sido utilizada como herramienta presupuestaria. Así, una de las causas imprevistas que justificarían la modificación contractual sería la aprobación de un Plan de ajuste de los requeridos por el Real Decreto-

¹⁷ En España, en el periodo liberal que da comienzo en 1868 ya se encuentra esta idea a la hora de plantear la reforma de los formularios para la redacción de los proyectos de carretera, cuando se expuso que «...el resultado general de las obras ejecutadas han demostrado cuán exagerada era la opinión de los que manifestaban que el coste de las obras excedía en mucho al importe del respectivo presupuesto; haciendo ver por el contrario la experiencia de las construcciones llevadas a cabo que en la mayor parte de los casos los aumentos inevitables que ciertas circunstancias exigen se compensan con las economías que al verificar las subastas se consiguen» (Decreto de 18 de abril de 1873, publicado en la *Gaceta* de 22 de abril de 1873).

¹⁸ Pongamos un ejemplo para ilustrar este punto. Se trata de un contrato de gestión del servicio público de autobuses en Murcia cuya adjudicación se produce en 1981, estableciendo el contrato un plazo de 12 años prorrogables tácitamente por periodos de tres años hasta un máximo de 50. Pues bien, el Ayuntamiento en 2011 acuerda la denuncia del contrato sin otra justificación que la de perseguir el interés público acudiendo de nuevo al mercado para conocer las ofertas de los licitadores. Así, en lugar de modificar el contrato se pone en marcha un nuevo procedimiento de licitación, buscando de nuevo la tensión competitiva del mercado (cfr. Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 23/2011, de 28 de octubre de 2011).

¹⁹ Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en su artículo 4 consagra el principio de sostenibilidad financiera, entendiéndose por tal «la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea».

ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales²⁰.

En el mismo sentido, hay que tener en cuenta que el abuso de modificaciones también tiene un impacto negativo en los fondos públicos en la medida que su uso irregular puede afectar a la recepción de Fondos europeos. En ese sentido, en un informe solicitado por la Comisión se afirmaba que la utilización por parte de España de los Fondos Estructurales «*está muy a menudo envuelta en problemas relacionados con la modificación del contrato durante su ejecución*»²¹.

En el mismo sentido, la Comisión observa que entre las irregularidades más habituales que dan lugar a la corrección financiera de estos Fondos está «*la modificación sustancial de elementos del contrato establecidos en el anuncio de licitación o el pliego de condiciones*»²².

Es más, la Comisión Europea forzó a España a una revisión de su marco legal en materia de modificaciones al observar la facilidad que existía para modificar un contrato tras ser adjudicado. Y lo hizo precisamente en las obras del puerto de Gijón, un caso en que intervenían fondos europeos²³. Resulta que el contrato de obras para construir el nuevo puerto de Gijón valorado en 580 millones se vio modificado poco tiempo después en 250 millones debido a que las canteras cercanas no podían ser explotadas por razones medioambientales. Esta variación provocó que la Comisión pusiera en marcha el procedimiento de reintegro²⁴.

Por último, no es descartable que una modificación del contrato que se declare irregular pueda ser, a su vez, considerada como una ayuda de Estado en el sentido del artículo 107 TFUE. Por ejemplo, cuando la modificación del

²⁰ Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 417/12, de 4 de julio de 2012; en este caso se trataba de la reducción de prestaciones en un contrato de limpieza viaria en San Martín de Valdeiglesias.

²¹ Informe elaborado para la Comisión Europea por Ecorys y PriceWaterhouseCoopers, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 2013, p. 281. En el Informe se afirma que «*Aunque los responsables de los Fondos justifican este modelos por su flexibilidad práctica, existe una imperiosa necesidad de incrementar la vigilancia para asegurar que se pone en práctica aquello que se estableció en las especificaciones técnicas*».

²² Las Directrices de la Comisión para determinar las correcciones financieras que hayan de aplicarse a los gastos financiados por la Unión en el marco de la gestión compartida, en caso de incumplimiento de las normas en materia de contratación pública (2013) son claras http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/cocof/2013/cocof_13_9527_annexe_es.pdf.

²³ DOMÍNGUEZ OLIVERA, R., *EP& PPPLReview*, 2015, p. 36.

²⁴ La OLAF recomendó a la Comisión iniciar el expediente de devolución a la vista de las irregularidades. Sobre el Informe ver http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/reports-olaf/2014/olaf_report_2014_en.pdf (accedido junio 2015).

contrato consiste en la alteración del modelo de retribución de manera que reduce o suprime los riesgos inicialmente asumidos por el contratista²⁵.

1.2.2 Impacto sobre el sistema de contratación y sus principios

La modificación de los contratos es un problema jurídico en tanto que impacta de lleno en la efectividad de un sistema normativo. Cada sistema de contratación se configura en torno a unos objetivos y pretende alcanzar un equilibrio entre los intereses existentes. Estos objetivos pueden ser distintos en cada legislación, y entre legislaciones nacionales e internacionales, sin que exista un sistema preferible a otro²⁶. Por ejemplo, Dekel considera que en Estados Unidos el sistema de contratación persigue los siguientes principios ordenados jerárquicamente: preservar la integridad, lograr una contratación eficiente, y proporcionar igualdad de oportunidades para contratar con la Administración²⁷. Para Schooner en cambio el sistema norteamericano se sostiene sobre tres pilares que son la transparencia, la integridad y la competencia²⁸. En todo caso, el conjunto de objetivos se debe tener en cuenta al estudiar cualquier aspecto del sistema de contratación.

En definitiva, se presume que la elaboración de un conjunto de normas trae consigo reflexión y toma de decisión en favor de unos intereses u otros. Así pues, vulnerar las normas es vulnerar ese equilibrio de intereses legislativamente proyectado²⁹. Y, claro está, el mal uso y abuso de la modificación ponen en peligro la consecución de los objetivos del sistema cuando tienen relevancia suficiente para distorsionar el procedimiento de selección y adjudicación³⁰.

El impacto en el sistema de contratación se produce especialmente en los principios que lo inspiran³¹.

²⁵ Acuerdo núm. 117/2017, de 21 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, página 26.

²⁶ Sobre objetivos de los sistema de contratación ver TREPTE, P., 2004, p. 48: «*Procurement systems are not to be analyzed or criticized by reference to some universally acceptable and perfect procurement law; they are to be analysed in their context*».

²⁷ DEKEL, O., *Public Contract Law Journal*, 2008, p. 258.

²⁸ SCHOONER, S. L., *Public Procurement Law Review*, 2002.

²⁹ Vulneración que ha sido muy habitual en el ámbito de la contratación pública según MARTÍN-RETORTILLO, S., *Revista de Administración Pública*, 1996, p. 221.

³⁰ En este sentido, la Memoria anual del Consejo de Estado del año 2011, p. 212.

³¹ Sobre principios ver MORENO MOLINA, J. A., 2006; y MORENO MOLINA, J. A., *Noticias de la Unión Europea*, 2009; AVEZUELA CÁRCCEL, J., *Revista Española de la Función Consultiva*, 2005; ESCUÍN PALOP, C., *Contratación Administrativa Práctica*, 2005.

De nuevo debe insistirse en que cada sistema normativo se regirá por sus propios principios. Por ejemplo, el sistema europeo desde el comienzo consideró que el principio de no discriminación, de trato igualitario y de transparencia serían los principios-medios que permitieran lograr el objetivo de abrir los mercados nacionales a la competencia comunitaria³². En los sistemas nacionales a estos principios suele unirse aquel que consagra la eficiente utilización de los caudales públicos, v.g el principio de eficiencia y economía, el cual corre el riesgo de convertirse en un concepto abstracto si lo acordado tras un proceso competitivo no se cumple durante la ejecución³³.

En el sistema español estos principios se recogen en el artículo 1.1 LCSP, que señala que la contratación del sector público se ajusta «a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa». Veamos cómo impacta la modificación en algunos de estos principios consagrados en el sistema de contratación español.

(A) Principio de eficiencia

La modificación del contrato se ha visto en ocasiones como un mecanismo que permite una mejora de la eficacia del gasto público³⁴ no sólo por evitar costes mayores derivados de la relicitación³⁵, sino también porque puede ser una fuente de incremento en la eficiencia de la relación contractual³⁶.

Siendo ello así, la maximización del principio de eficiencia puede aconsejar la modificación del contrato ya que, como observó el Consejo de Estado, «cierto grado de ductibilidad puede servir al interés público mejor que un rigorismo capaz de llegar, en aras de una interpretación legal alicorta, a desna-

³² Sobre principios del sistema europeo ver ARROWSMITH, S., *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2011-2012, 2013.

³³ RACCA, G. M., y CAVALLO, R., *EP & PPPLReview*, 2013, p. 280.

³⁴ GANUZA, J. J., *Cuadernos Económicos del I. C. E.*, 1994.

³⁵ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 54400, de 21 de junio de 1990.

³⁶ DE BRUX, J., 2011.

turalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa»³⁷.

Por otro lado, esa búsqueda de la eficiencia no puede justificar todo. El Consejo de Estado pondera los principios en juego afirmando que «*las causas de celeridad y economía que explican y amparan la derogación parcial del principio de concurrencia en que consiste la prerrogativa de modificación unilateral del contrato pierden su razón de ser cuando aquella alteración adquiere tal magnitud que se equipara a un contrato nuevo*»³⁸.

Incluso, puede ocurrir que ese mismo principio de eficiencia se oponga a una cláusula de modificación prevista en los pliegos. Así se pronuncia el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando anula una cláusula de los pliegos para la adjudicación de un contrato de obra en la que se establecía que «*... se ejecutarán a coste cero todas aquellas modificaciones que supongan un incremento del PEM inferior al 10%*»³⁹. Este órgano decide anular el pliego por vulneración del principio de honesta equivalencia de prestaciones así como por vulneración del principio de eficiencia recogido en el artículo 31.2 CE y en el artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. El Tribunal afirma que la cláusula impugnada «*conduce —o puede conducir—, [...] a que los licitadores, en su oferta, incluyan ya como gasto tal posibilidad, lo que incrementará el precio ofertado. Y de no haber modificaciones se estaría retribuyendo de forma manifiestamente ineficiente*»⁴⁰.

En definitiva, que el principio de eficiencia puede justificar una modificación o, por el contrario, impedir la.

(B) *Principio de igualdad de trato, transparencia y libre concurrencia en la licitación*

Con el paso del tiempo, el principio de igualdad de trato y el principio de transparencia se han ido convirtiendo en ejes centrales de muchos sistemas de

³⁷ Memoria anual del Consejo de Estado del año 1983, p. 85; afirmación que repetirá en su Memoria anual de 1990.

³⁸ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 5473, de 28 de junio de 1990.

³⁹ Acuerdo núm. 76/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de 20 de julio de 2015.

⁴⁰ *Ibidem*. El Tribunal conecta la cláusula impugnada con un posible riesgo de correcta ejecución del contrato.

contratación⁴¹. En el ámbito europeo, por ejemplo, el artículo 18 de la Directiva 2014/24 establece que los poderes adjudicadores «*tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada*». Principios que se repiten en la LCSP española.

Como se verá más adelante, es precisamente sobre estos principios sobre los que el Tribunal de Justicia desarrolla su jurisprudencia sobre la modificación de los contratos. Y es que la modificación del contrato en su fase de ejecución impacta en la aplicación efectiva del principio de igualdad y el de transparencia en la medida en que si se permite una modificación del contrato durante la ejecución sin que estuviese prevista en los pliegos, las condiciones que entonces se publicitaron no son las que rigieron la ejecución del contrato.

El Consejo de Estado español, por ejemplo, es claro al afirmar que la modificación de un contrato puede sin duda «*encubrir prácticas viciosas que vinieran a frustrar los principios de publicidad y concurrencia*»⁴².

Y si afecta a la igualdad de trato y a la transparencia, posiblemente afectará a la libre concurrencia a la licitación, en la medida en que aquellos principios sirven como pilar de apoyo a este último⁴³.

A título ilustrativo, una alteración en el modelo de retribución vulneraría el principio de transparencia porque es una modificación de un elemento esencial que incide en la voluntad de concurrir de los operadores económicos y en su estrategia de presentar ofertas⁴⁴.

Nótese que la modificación de los contratos tiene un doble impacto en el principio de libre concurrencia, ya sea distorsionando la licitación original, o al impedir la licitación futura.

La distorsión de la licitación se produce porque se alteran durante la ejecución del contrato los criterios en base a los cuales se celebró. Cuando un contrato se modifica ello puede distorsionar el resultado que se hubiera obtenido de haber conocido los candidatos la posibilidad de llevar a cabo estas

⁴¹ De hecho, la licitación acaba siendo no sólo una herramienta para alcanzar un buen acuerdo, sino también se vincula al principio de igualdad de trato, esto es, satisfacer los requisitos de dar las mismas oportunidades a todos los interesados capaces. La competición emerge como un instrumento que reconcilia los objetivos del sistema y los medios utilizados por éste. Cfr. RACCA, G. M., y CAVALLO, R., *EP & PPPLReview*, 2013, p. 280.

⁴² Memoria anual del Consejo de Estado del año 2001, p. 157. Que la modificación no desvirtúe los principios de publicidad y libre concurrencia también se dice en Dictámenes del Consejo de Estado núm. 3371/96, de 28 noviembre; núm. 4350/97, de 6 noviembre; y núm. 358/98, de 11 junio.

⁴³ AURICCHIO, V., *Public Procurement Law Review*, 1998.; YANNAKOPOULOS, C., *Revue de Droit public*, 2008.; CAVALLO, R., y RACCA, G. M., *Diritto amministrativo*, 2010.

⁴⁴ Acuerdo núm. 117/2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 21 de noviembre de 2017, p. 26.

modificaciones⁴⁵. Como observa Sánchez Graells, el principio de concurrencia en este sentido sirve de manera instrumental a la protección de la efectividad del sistema de contratación que, en otro caso, podría ser fácilmente ignorado tras la adjudicación del contrato⁴⁶.

En todo caso, hay que subrayar que no siempre una modificación, por muy significativa que sea, distorsiona la competición inicial. Pensemos por ejemplo en las modificaciones introducidas ante sucesos naturales imprevisibles. Parece claro que éstos hubiesen afectado por igual a todos los contratistas, independientemente de quién hubiese sido el adjudicatario.

Además del efecto sobre la licitación pasada, una modificación sustancial del contrato produce un efecto obvio sobre la libre concurrencia si con ello se impide la licitación futura. Parece claro que *«un uso indiscriminado de dicha potestad podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas»*⁴⁷.

Para evitar estas situaciones, los principios del sistema de contratación se han erigido en auténticos límites para las modificaciones. Tanto que la jurisprudencia europea en la materia, ante la falta de normas expresas, tuvo que apoyarse en los principios ahora comentados. Ello ya no será necesario tras el reconocimiento expreso de la Directiva 2014/24/UE, si bien estos principios continuarán siendo un límite infranqueable a la modificación de los contratos.

(C) *Impacto en los «nuevos» principios de la contratación: integridad, buena administración y libre competencia*

Por último, se debe llamar la atención sobre el impacto que puede tener la modificación del contrato en tres principios relativamente jóvenes en el ámbito de la contratación pública: el principio de integridad, el de buena administración y el de libre competencia.

Por un lado, el principio de integridad tiene relevancia en la medida en que la modificación ha sido no pocas veces asociada a fenómenos de corrup-

⁴⁵ BLANQUER CRIADO, D., 2010, p. 120: *«la competencia entre aspirantes se adultera, y se distorsiona el mercado de la contratación pública»* (...) *«el interés general que puede justificar la modificación del contrato entra en colisión con el interés general de garantizar la transparencia y la igual competencia»*.

⁴⁶ SÁNCHEZ-GRAELLS, A., 2015.

⁴⁷ Dictamen del Consejo de Estado núm. 47126, de 5 diciembre de 1984. El Consejo de Estado español lo tiene claro: *«Al adjudicar, sin nueva licitación, unas modificaciones considerables en el objeto de los contratos al contratista que ha comenzado ya la ejecución del proyecto original, pueden lesionarse los principios de publicidad y concurrencia consagrados por el legislador»* Memoria anual del Consejo de Estado del año 2004, p. 135.

ción. De hecho, el mayor control sobre la modificación contractual se va imponiendo debido, en parte, «*el clima de corrupción de la vida pública reciente*»⁴⁸.

Por otro, el principio de buena administración ha sido expresamente recogido en el ámbito de la contratación como límite a la libertad de pactos (art. 34 LCSP) y va poco a poco consolidándose como un principio general que debe observar siempre la Administración⁴⁹. Por su creciente importancia ambos serán estudiados con más detenimiento al describir las notas definidoras de la modificación en España.

Además debe tenerse en cuenta el impacto de la modificación en la libre competencia. Si el principio de libre concurrencia en la licitación estaba ya presente en muchos sistemas de contratación, lo que ahora parece ocurrir es la consagración del principio de libre competencia como principio informador de todo el sistema⁵⁰. La libre competencia aparece como uno de los principios contemplados por la norma nacional (art. 1 LCSP) y por la europea (art. 18 de la Directiva 2014/24)⁵¹.

En lo que respecta a la modificación de los contratos la diferenciación entre ambos principios se observa cuando estudiamos el impacto de la modificación sustancial. Cuando se dice que la modificación impacta en la licitación original lo que se está infringiendo es el principio licitatorio. Mientras que si se está evitando una nueva licitación lo que se estará afectando es el principio de libre competencia.

1.2.3 Impacto sobre la relación contractual

La relación contractual que se establece entre ente adjudicador y contratista gira en torno a una distribución de riesgos acordada en cada caso. En ese sentido, la mayoría de cláusulas de un contrato pueden ser leídas como fórmulas de asignación de riesgos⁵².

⁴⁸ HORGUE BAENA, C., 1997, p. 139.

⁴⁹ PONCE SOLÉ, J., en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2016

⁵⁰ Sobre el principio de competencia y la contratación pública SÁNCHEZ-GRAELLS, A., 2015.

⁵¹ No debe confundirse este principio de libre competencia con el principio licitatorio. Podríamos en cierto modo afirmar que el principio licitatorio es una manifestación de la libre competencia en el momento de la adjudicación. ESCUIN PALOP habla en este sentido de la libre concurrencia desde el punto de vista interno, en el que la libre concurrencia pretende mejorar la eficiencia de los recursos públicos, y desde el punto de vista externo, en el que se busca garantizar un mercado libre donde se participe en términos de igualdad. Cfr. ESCUIN PALOP, C., *Contratación Administrativa Práctica*, 2005, p. 29.

⁵² Y es que «*contratar es sinónimo de delimitar, asumir y excluir riesgos*» (vid. CASTIÑEIRA JEREZ, J., *Revista de Derecho Patrimonial*, 2012).

Eso mismo ocurre con la modificación del contrato: su regulación legal y contractual puede entenderse como una distribución de riesgos entre las partes, las cuales adaptan su comportamiento a esa distribución.

Una vez que las partes han acordado cómo se repartirán los riesgos, los órganos de control y revisión deben abstenerse en lo posible de interferir en ese equilibrio alcanzado. Se interfiere, por ejemplo, cuando se consolida una *«tendencia a relativizar formalmente el rigor de la cláusula rebus sic stantibus, de suerte que en vez de un mecanismo excepcional en la vida del contrato se trataría de un elemento corrector ordinario del mismo»*⁵³. Relativización que se produce a través de la utilización del criterio de equilibrio económico y de conmutatividad de las prestaciones⁵⁴.

La aproximación, más o menos estricta, a la modificación del contrato tiene un impacto en la relación contractual porque afecta a la distribución de riesgos. Un buen ejemplo de esta postura se da en un contrato de obra de renovación de red de saneamiento en el que el contratista, a los nueve días de comenzar la ejecución, solicita la modificación del proyecto por existir circunstancias geotécnicas imprevisibles. Ante la negativa de la Administración, la contratista abandona la obra, por lo que aquélla solicita iniciar el procedimiento de resolución. El órgano consultivo afirmó que *«el nivel de información geotécnico existente en el Proyecto era suficiente y su comprobación previa al alcance de cualquier empresa especializada como la adjudicataria»*⁵⁵. Es decir, que la complejidad del proyecto y la supuesta capacitación del contratista influyen en la distribución de riesgos de la ejecución.

En este sentido debe entenderse el impacto de la modificación del contrato sobre el riesgo y ventura y sobre el equilibrio económico del contrato.

Si acordamos que el principio de riesgo y ventura sirve de anclaje de la ejecución a las condiciones prefijadas, toda modificación del contrato atempera su aplicación estricta.

La otra cara de la moneda es que la modificación se produce en muchas ocasiones para restablecer el equilibrio económico del contrato. Por tanto, la modificación del contrato puede servir para poner en marcha el mecanismo de restablecimiento del equilibrio, esto es, el retorno a la ecuación financiera que las partes acordaron.

¿Qué ocurriría si no se pudiese modificar un contrato? Pues que en muchas ocasiones la relación contractual se vería abocada a su extinción. Se erige

⁵³ Memoria anual del Consejo de Estado del año 2011, p. 200.

⁵⁴ Criterios utilizados en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, 30 de junio de 2014 (Ar. 3526).

⁵⁵ Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, núm. 269/2015, de 9 de noviembre de 2015.

así la modificación como mecanismo necesario para evitar que el contrato se extinga precipitadamente, o lo que es lo mismo, para lograr que el contrato llegue a su fin de manera más natural, es decir, a través de su cumplimiento.

Ello tiene especial repercusión en el ámbito de los servicios públicos, en donde rige el principio de continuidad del servicio público⁵⁶. Una aplicación rígida del principio de continuidad podría llevar a que la Administración se vea atrapada en el contrato y deba, pues, buscar la manera de evitar su resolución aunque sea mediante una modificación que pueda afectar otros principios (como el de eficiencia).

En teoría la importancia de la consecución del contrato para una de las partes (en este caso del servicio público para la Administración), otorga un poder de negociación superior al contratista. Ese mayor poder de negociación se compensa con el reconocimiento legal de determinadas potestades a favor de la Administración.

En la práctica ocurre también que detrás de la justificación de la continuidad del servicio la modificación pretende evitar la terminación del contrato cuando ésta llevaría con toda seguridad la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. Es decir, que de manera impropia la modificación funciona como compensación que pretende evitar el litigio.

Además de la función de la modificación como instrumento para facilitar la continuidad del servicio, también es momento para resaltar su potencial para todo lo contrario: facilitar la terminación del contrato. Y es que la introducción de modificaciones al contrato original por encima de cierta cuantía puede otorgar a las partes la posibilidad de resolver el contrato. A partir de esa cuantía el contratista podría solicitar que se resolviese el contrato, de tal manera que quedaría protegido frente a las modificaciones unilaterales de la Administración o ante los cambios por circunstancias imprevistas sobrevenidas. Por lo tanto, la modificación puede impactar de lleno en la continuidad del contrato, ya sea para facilitarla o para impedirla.

1.2.4 Impacto sobre la entidad adjudicadora

Uno de los aspectos más negativos de la modificación es su impacto en la imagen de la Administración. Como señalan Altshuler y Luberoff, la constante subestimación del coste real del proyecto –y por tanto los sobrecostes posteriores– corroe la confianza pública en la Administración, incluso aunque ayude a sacar adelante determinados proyectos⁵⁷.

⁵⁶ Sobre el principio de continuidad AGUDO GONZÁLEZ, J., *Revista General de Derecho Administrativo*, 2011.

⁵⁷ ALTSHULER, A., y LUBEROFF, D., 2003.

Por un lado, la continua modificación de los contratos supone que los estudios que se suponen hechos por una Administración pública seria y prudente son echados por tierra fácilmente. Tanto es así que se llega a dudar en que exista dicha planificación y seriedad.

Además, la modificación de los contratos daña la imagen de la Administración en la medida en que puede aparecer vinculada al fenómeno de la corrupción. No han sido pocas las veces que la modificación ha servido de vehículo que facilita la corrupción⁵⁸. Se habla incluso de que «*en España, la corrupción en las modificaciones del contrato es patente*»⁵⁹.

Al margen de la imagen proyectada y de la corrupción, la modificación del contrato puede tener impacto en los costes que debe soportar la entidad adjudicadora. Por ejemplo, un régimen más laxo de modificación contractual evita que se vuelva a licitar el contrato, lo que ahorra costes, pero desincentiva una buena planificación previa, lo que puede aumentarlos.

Además debe tenerse en cuenta el incremento de costes que supone para la entidad adjudicadora el monitorizar y verificar que la ejecución se realiza conforme a lo acordado o que las modificaciones se producen conforme al proyecto modificado. Por ejemplo, Greenstein pone de manifiesto que las medidas para incrementar la transparencia en la contratación tienen un coste muchas veces superior a los beneficios que permiten obtener⁶⁰.

1.2.5 Impacto para el contratista

La modificación de los contratos tiene impacto directo en el contratista, ya sea porque ve reducida la prestación que debe realizar o porque, como ocurre normalmente, debe acometer más prestaciones que las originalmente pactadas.

En aquellas legislaciones en las que existe el poder unilateral de modificación por la entidad contratante, el contratista deberá soportar los cambios introducidos. A cambio la norma suele prever mecanismos de garantía a su favor tales como el derecho a que se le abonen las nuevas prestaciones o la existencia de umbrales por encima de los cuales el contratista podrá ejercer su derecho a resolver el contrato.

Ahora bien, la escasa judicialización de los modificados hace pensar que el contratista no siente como una carga la modificación del contrato e incluso

⁵⁸ Así de tajante se pronuncia Comisión Europea en su Informe *EU Anti-corruption Report*, 2014.

⁵⁹ VÁZQUEZ MATILLA, J., *Revista de Estudios locales. Cunal*, 2013, p. 570.

⁶⁰ GREENSTEIN, S., *Journal of Law, Economics and Organization*, 1993.

*«el propio contratista es quien con mayor frecuencia defiende, impetuosamente, la necesidad de que las condiciones del contrato se modifiquen»*⁶¹. En un sentido similar el Consejo de Estado con ocasión del Anteproyecto de la LCAP afirma que *«una potestad de la Administración concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente en ocasiones, que no llega a constar de forma expresa la necesaria aceptación por su parte»*⁶².

1.2.6 Impacto sobre terceros: licitadores y subcontratistas

Una de las cuestiones jurídicas más importantes de los modificados es el preguntarse qué ocurre con los operadores económicos que no son el contratista, esto es, los licitadores apartados, los operadores que no se presentaron a la licitación y los subcontratistas.

Un licitador apartado puede considerarse perjudicado por la introducción de una modificación en el contrato si ésta supone una distorsión de la licitación inicial. Con algunas excepciones, puede afirmarse que el principio licito-céntrico se ha ido extendiendo a los países de nuestro entorno.

Esta esfera de protección puede ampliarse a candidatos y potenciales licitadores que demuestren que, de haber conocido la posibilidad de modificar el contrato hubiesen competido por él. Cualquier operador, no solo los licitadores apartados, podría tratar de demostrar que la modificación le afecta porque supone alterar las condiciones iniciales de la licitación, es decir, las que tuvo en cuenta a la hora de decidir participar en la licitación o no hacerlo. En esos casos, y si aceptamos que la tutela judicial protege intereses legítimos, ese licitador deberá tener acceso a una acción para defender dichos intereses, debiendo aportar elementos objetivos que demuestren que hubiese participado de haber sido otras las condiciones. Por ejemplo, en una modificación que reduzca los servicios o suministros que deben prestarse, podría demostrarse que esa disminución sí permitía a un operador de menor tamaño presentarse a la licitación.

Asimismo, la modificación puede impactar en aquellos operadores interesados en participar en licitaciones posteriores. En esos casos, la modificación tiene un impacto en el principio de competencia dado que impide una nueva licitación.

⁶¹ VÁZQUEZ MATILLA, J., 2015., p. 103

⁶² Dictámenes del Consejo de Estado núm. 214/1992, de 21 de mayo de 1992; núm. 1629/91, de 23 enero 1992; núm. 1508/93, de 10 de febrero de 1994; y núm. 3371/96, de 28 de noviembre.

Además, la modificación puede tener impacto en los subcontratistas y su relación con el contratista. En primer lugar, hay que tener en cuenta que la modificación del contrato puede venir originada por la defectuosa ejecución de un subcontratista. Además, una modificación del contrato afectará económicamente al subcontratista. Imaginemos una reducción de los trabajos. Ello podría impactar de lleno en la empresa subcontratada. Podría impedir, por ejemplo, que se ofrezcan precios tan competitivos, al impedir alcanzar economías de escala para un producto determinado⁶³. Ello podría suponerle mayores costes al contratista principal. Incluso podría ocurrir que la nulidad de un modificado generase daños al subcontratista, surgiendo entonces la cuestión de quién es el responsable de indemnizar los daños y perjuicios (en la práctica sería conveniente incluir cláusulas contractuales al respecto).

Además, un cambio de subcontratista puede ser considerado, *per se*, una modificación sustancial del contrato. Un ejemplo es el asunto *Wall*, en donde el subcontratista cuya inclusión en la oferta fue decisiva para obtener el contrato, decide abandonar el proyecto –en este caso la oferta ganó porque Wall, una empresa de renombre en el sector, iba ser subcontratado para gestionar los espacios de marketing en los lavatorios públicos⁶⁴.

1.2.7 Impacto sobre los ciudadanos como receptores de servicios públicos

Algo que en ocasiones se olvida es que la contratación pública tiene un carácter instrumental. Sirve a la Administración para lograr sus fines. La Administración contrata para cubrir necesidades internas o para satisfacer necesidades externas de interés general, como en el caso de los servicios públicos cuyos usuarios son los ciudadanos. Cabe preguntarse, pues, cómo impacta la modificación en estos ciudadanos receptores de servicios públicos.

La modificación puede ser utilizada para introducir mejoras en el proyecto que permita dar un mejor servicio, de manera que el servicio público se preste siempre con tecnología adecuada⁶⁵.

Además, la modificación del contrato puede servir como se ha dicho para garantizar la continuación de la relación contractual. Ello es especialmente

⁶³ Ese es precisamente el caso del asunto norteamericano *General Contracting and Construction Company v United States* 84 Ct Cl 570 (1937).

⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, EU: C:2010:182.

⁶⁵ MEILÁN GIL, J. L., 1968. Es debatible en todo caso si la introducción de este tipo de cláusulas debe ser entendidas como una modificación. En sentido estricto no lo son, si bien una aplicación extensiva de la cláusula podría dar lugar a que el contrato se estuviese modificando.

importante en el caso de los servicios públicos ya que su interrupción afecta negativamente al ciudadano.

Pero la modificación también puede ser utilizada de tal manera que los ciudadanos/usuarios acaben pagando las consecuencias. En primer lugar, a través de la peor calidad del servicio. Una modificación que consistiese en aceptar materiales de peor calidad para así disminuir el coste o, en la misma línea, no reaccionar contra una bajada de calidad en el suministro. En este sentido es interesante la novedosa regulación que existe en el sistema de salud del Reino Unido (NHS) según la cual los usuarios del servicio pueden impugnar decisiones de contratación cuando éstas afectan al servicio mismo ⁶⁶.

En segundo lugar, la modificación del contrato puede traer como consecuencia –o tener por objeto– la subida de los precios del servicio. El clásico ejemplo es el de las concesiones en las que se incrementa la tarifa cobrada a los usuarios para compensar alteraciones sobrevenidas. De hecho, muchas renegociaciones ocurren cuando el criterio de adjudicación principal es la tarifa que deben pagar los usuarios: cuánto más baja es la oferta, más suele ocurrir que se recurra a la renegociación ⁶⁷.

Spiller pone el ejemplo del contrato de suministro de agua de Atlanta (Estados Unidos), donde la modificación del contrato estaba muy penalizada en el clausulado original. Esta rigidez llevó a que, ante las dificultades surgidas, las partes decidiesen resolver el contrato, siendo el usuario del servicio público el principal afectado en tanto que tuvo que soportar los costes de la operación ⁶⁸.

Por último, los ciudadanos pueden verse perjudicados si un sistema regulatorio restringe en exceso la modificación de los contratos en la medida en que se puede producir incompatibilidades técnicas entre prestaciones ofrecidas en distintos contratos. Pongamos un ejemplo: si un Ayuntamiento decide ampliar el contrato de bicicletas públicas a nuevos barrios, podría verse obligado a llevar a cabo esa expansión mediante nuevas licitaciones. Si ese nuevo contrato lo gana otra empresa podría ocurrir que un ciudadano no pueda coger y dejar bicicletas libremente por incompatibilidad entre los mecanismos puestos a disposición por distintas empresas –empresas que, como es lógico, no querrán compartir su tecnología con sus competidores y por tanto rechazarán cualquier tipo de transferencia de conocimientos.

⁶⁶ Monitor, *Enforcement guidance on the Procurement, Patient Choice and Competition Regulations*, 2013.

⁶⁷ GUASCH, J. L., *et al.*, 2000.

⁶⁸ SPILLER, P. T. 2008.

1.3 LA MODIFICACIÓN COMO PROBLEMA

1.3.1 La modificación como problema histórico

El hecho de que el mal uso y abuso de la modificación sea un problema actual no quiere decir que se trate de un problema nuevo para el Derecho público⁶⁹.

Existen referencias al mundo antiguo que muestran como ya en época greco-romana existía una preocupación por los modificados. De la Peña Olivas señala que en Éfeso se obligaba al arquitecto que dirigía la obra a fijar el coste, quedando hipotecados todos sus bienes. Si acabada la obra el coste era igual o menor al acordado el arquitecto era «premiado con decretos honoríficos». En caso de que el coste excediese no más de una cuarta parte de lo acordado, la diferencia se pagaba con dinero público y el arquitecto quedaba libre. Pero si el sobrecoste superaba ese 25%, el arquitecto debía hacer frente al exceso con sus propios bienes. El autor cita las palabras de Vitruvio, que desea que «*ojalá los dioses inmortales hiciesen que esta ley se hubiese promulgado también en el pueblo romano... se calcularía con más diligencia antes de todo el coste de la obra*»⁷⁰.

Entre los textos históricos es posible encontrar ejemplos de problemas con la modificación de los contratos y, en particular, con los sobrecostes. Es el caso de la reparación del puente de Córdoba, en 1532, cuando el Cabildo, ante el mal estado del puente, decidió llevar a cabo la obra de reparación pertinente. Pero, la mala situación económica llevó a solicitar el auxilio de la Corona, que por Real provisión de 25 de abril de 1535 autorizó la sisa de hasta 2000 ducados, cantidad que resultó ampliada por no bastar la suma inicial⁷¹.

La temprana *Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas*, de 1845, al exponer los problemas a los que se enfrenta la contratación puso de manifiesto que uno de ellos es «*la frecuencia con que por unos y otros [contratistas y Administraciones] se eluden o se alteran las condiciones establecidas en sus contratos*»⁷².

⁶⁹ También para el Derecho privado «el problema de la modificación del contrato, aun cuando de total actualidad, ha existido en épocas anteriores», *vid.* FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., 1992, p. 131.

⁷⁰ DE LA PEÑA OLIVAS, J. M., *Alcance y organización de las obras públicas en el imperio Romano*, Traianvs, 2006 (accesible en <http://www.traianvs.net/index.php>; fecha de consulta 6 marzo 2014), p. 354.

⁷¹ DE ALZOLA Y MINONDO, P., *Las obras públicas en España: Estudio histórico*, Colegio Oficial de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 1994, pp. 106 y 216.

⁷² Exposición de Motivos del Real Decreto de 10 de octubre de 1845, por el que se aprueba la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas.

Poco tiempo después se aprueba una interesante *Real Orden de 30 de octubre de 1854 adoptando las medidas necesarias para evitar los abusos en la dirección é inspección de las obras públicas* la cual expone que no se ha conseguido «evitar los abusos que con grave perjuicio de los intereses del Estado se han introducido en la dirección e inspección de las obras públicas, autorizándose y haciéndose ejecutar aumentos y variaciones que no se hallan incluidos en los proyectos y presupuestos aprobados, sin previa autorización ni aun conocimiento de la superioridad acerca de su necesidad o conveniencia»⁷³. Se señala a los facultativos como principales responsables de la situación, lo cual sería contestado por los propios Ingenieros de Caminos, enumerando las causas que provocan la variación hasta del proyecto «mejor estudiado» como la fluctuación en la marcha de los pagos, el desconcierto en las mal llamadas «campañas de obras públicas», la frecuencia con la que se varía de directores de obra, casi siempre proyectada por persona distinta a quién la ejecuta, el tiempo que transcurre entre la proyección y la ejecución de la obra, la variación de jornales y precios elementales producidos, o las modificaciones necesarias al poner en práctica lo proyectado, ya sea por los terrenos, las fuentes y manantiales ocultos⁷⁴. Añaden otros autores más causas posibles, como una mayor profesionalización de los contratistas, que están cada vez más preparados para reclamar a la Administración⁷⁵.

Otro ejemplo es el de las obras del Canal de Isabel II, uno de los grandes proyectos del siglo XIX, que sirvió para abastecer a Madrid de agua potable y cuya ejecución superó con creces los gastos presupuestados. De los 80 millones de reales iniciales se pasó a 96 millones, considerando que todavía eran necesarios otros 19 millones para concluir las obras de conducción. Se adujeron distintas razones: mejoras en el proyecto durante su ejecución, como el incremento del caudal o la cubierta del depósito del Campo de Guardias, una serie de imprevistos, como la necesidad de mayores excavaciones, tormentas, filtraciones, falta de operarios y aumento del coste de la mano de obra⁷⁶.

Desde el punto de vista jurídico el problema que representaba la modificación ya fue identificado por los administrativistas de finales del siglo XIX. Con gran precisión Delgado Martín y Arriaga identificaron el principal problema de la modificación:

⁷³ Publicada en la *Gaceta* de 5 de noviembre de 1854.

⁷⁴ Autor desconocido, «Aumentos de obra», en *Revista de Obras Públicas*, núm. 23., 1854, pp. 287 y ss.

⁷⁵ MONTERDE, A., «Formularios para el estudio de los proyectos de carreteras», *Revista de Obras Públicas*, vol. 16, 1875, p. 124.

⁷⁶ INCHAURRANDIETA PAÉZ, R., «Canal de Isabel II», en *Revista de Obras Públicas*, núm. 50, 1902.

«Si bien las necesidades públicas pueden aconsejar en un instante la novación de un contrato administrativo, y que tendría graves inconvenientes prohibirla en absoluto, es en cambio contraria a los principios que regulan la contratación administrativa, en la que se exigen, como hemos visto, numerosos requisitos y solemnidades, que son limitaciones a la facultad de la Administración, establecidas por la ley también en garantía de los intereses públicos»⁷⁷.

Los mismos autores, argumentando sobre el impacto de la prórroga, a la que califican de novación del contrato, consideran que, dado que *«publicidad, subasta y demás solemnidades son requisitos esenciales de los cuales no es dable prescindir por cuanto se hallan establecidos en garantía de los intereses públicos (...) fácilmente se colige que los contratos administrativos no pueden prorrogarse sino en los casos que exista disposición expresa que lo autorice, pues de lo contrario sería un medio para eludir el cumplimiento de aquellos requisitos y solemnidades, privando a la Administración de las ventajas que podría obtener en sucesivos contratos»⁷⁸.*

En el mismo sentido, en 1927 Fernández de Velasco señaló que la modificación no prevista en el contrato *«sería un medio de eludir las condiciones de publicidad, subasta y demás solemnidades que caracterizan la contratación administrativa y de las cuales no es permitido prescindir, por cuanto se hallan establecidas en garantía de los intereses públicos y su omisión privaría a la Administración de las ventajas que podría obtener en sucesivos contratos»⁷⁹.*

La preocupación histórica con los modificados no era exclusiva de España. Así lo demuestra la citadísima carta del Marqués de Vauban, Mariscal de Francia, a Luis XIV escrita en 1683:

«Señor, hay trabajos de los últimos años que no han terminado y que no se terminarán, y todo ello, Señor, por la confusión que causan los descuentos obtenidos en dichas obras, ya que todas estas interrupciones, incumplimientos y prórrogas sólo sirven para atraer míseros contratistas que no dan abasto, pícaros e ignorantes, y para hacer huir a todos aquéllos que son capaces de concluir la empresa.

⁷⁷ DELGADO MARTIN, E., y ARRIAGA, F. A., 1899, p. 207; también en p. 107, apoyándose en la Sentencia de 25 de noviembre de 1865, que la prórroga de un contrato supone su novación y que *«la novación en cualquier forma es contraria a los principios que regulan la contratación administrativa, que exige numerosas solemnidades, establecidas en garantía de los intereses públicos, que se verían burladas con la novación; baste considerar que en ésta se extingue una obligación y surge de ella otra nueva nacida precisamente sin la subasta».*

⁷⁸ DELGADO MARTIN, E., y ARRIAGA, F. A., 1899, p. 186.

⁷⁹ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., 1927, p. 159.

Y digo más, que se retasan y se encarecen tanto estos trabajos que son nocivos ya que los descuentos y economías buscadas son imaginarias, y lo que un contratista que pierde hace es lo mismo que hace un hombre que se ahoga: agarrar todo lo que puede; y agarrarse a todo en el oficio del contratista es no pagar sus materiales, escatimar en lo que pueda, mal pagar a los obreros (...), disputar con mala fe todas las cosas, y pedir misericordia constantemente.

*(...) Debe restablecerse la buena fe, dado el precio y las labores, no rechazarse nunca un salario honesto a un contratista que ejecuta su deber; esa será siempre le mejor compra que se puede hacer. (...)*⁸⁰.

El paso del tiempo no solucionó estos problemas. En Estados Unidos, por ejemplo, la construcción del Erie Canal en 1817 y 1825 en Nueva York se disparó un 46 por ciento sobre el presupuesto (su posterior expansión lo hizo hasta un 142 por ciento)⁸¹.

1.3.2 La modificación como problema no solo español, sino global

Además de ser histórico, estamos también ante un problema que es compartido por los países de nuestro entorno. No se dispone de datos para asegurar que afecta a todos por igual, pero sí para afirmar que se trata de un problema global⁸².

A continuación llevamos a cabo un breve repaso de algunos trabajos existentes sobre la modificación. Son tres los niveles de estudio que interesan ahora: i) los estudios que se centran sobre casos particulares; ii) los estudios que abordan la situación en un país determinado; y iii) los estudios que comprenden un conjunto relativamente amplio de países.

(A) Casos particulares

Entre los primeros –los estudios de caso– podemos destacar algunos ejemplos. En Reino Unido, los casos del Eurotunnel⁸³, el Parlamento de

⁸⁰ Carta escrita por Sébastien Le Prestre de Vauban, Mariscal de Francia, el 16 de julio de 1683, *Archives nationales de Paris [traducción propia]*.

⁸¹ ENGERMAN, S. L., y SOKOLOFF, K. L., «Digging the Dirt at Public Expense: Governance in the Building of the Erie Canal and Other Public Works», *National Bureau of Economic Research, Working Paper* 10965, 2004.

⁸² Como afirman FLYVBJERG, B., et al., *California Management Review*, 2009, p. 171-172: «*across the globe, large infrastructure projects almost invariably arrive late, over-budget, and fail to perform up to expectations*».

⁸³ Entre nosotros RUIZ OJEDA, A., «El Eurotunnel. La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de concesión», *Revista de Administración Pública*, vol. 132, septiembre-diciembre, 1993.

Escocia⁸⁴, la nueva British Library⁸⁵, el Millennium Dome⁸⁶ o los Juegos Olímpicos⁸⁷. En Alemania los sobrecostes han sido noticia en numerosas ocasiones, como es el caso del Aeropuerto Internacional Willy Brandt de Berlín-Brandenburgo (de 2.000 a 4.300 millones)⁸⁸, la Filarmónica de Hamburgo (de 77 a 790 millones)⁸⁹, el centro nacional de inteligencia (Bundesnachrichtendienst) de Berlín (de 500 a 912 millones), el túnel urbano de Leipzig (de 572 a 960 millones)⁹⁰. En Estados Unidos los sobrecostes también son un problema habitual. Algunos ejemplos son el conocido Big Dig de Boston⁹¹, el Aeropuerto Internacional de Denver⁹², los centros de convenciones de Houston o Los Ángeles, la planta de tratamiento de residuos de Sacramento, la planta de energía de Washington, el puente de San Francisco-Oakland Bay, entre otros. Lo mismo se puede decir de Dinamarca⁹³ o Australia⁹⁴.

En España es interesante el caso de la línea del AVE Madrid-Barcelona⁹⁵. En dicho proyecto se licitaron 2.095 contratos por 7.550 millones que se adjudicaron por 6.823 millones. El coste final ha sido de 8.967, un 31,4% más. El Tribunal de Cuentas llama la atención sobre la existencia de tramos en los que se producen desviaciones de hasta el 221,6% respecto al precio inicial. Centrándose en los contratos de obra, el Tribunal de Cuentas observa que de obra principal son unos 2.000 millones (ahorro medio del 9% en la adjudicación), que a la postre, tras las 69 modificaciones, los 14 contratos de obra complementaria, y los 8 de obra de emergencia, ascienden a más de 3.000 millones, lo que supone un incremento de cerca del 50%.

⁸⁴ Que incluso dio lugar a una comisión de investigación <http://www.scottish.parliament.uk/SPICe-Resources/HolyroodInquiry.pdf> (accedido en agosto 2014).

⁸⁵ JACKSON, S., *Project Cost Overruns and Risk Management, Innovative Construction Research Centre*, 2002.

⁸⁶ NATIONAL AUDIT OFFICE, *The Millennium Dome*, Londres, 2000.

⁸⁷ NATIONAL AUDIT OFFICE, *Preparation of Olympics*, 2010.

⁸⁸ Al problema de los sobrecostes se ha unido que el Director de Tecnología del proyecto ha sido acusado de pedir una cantidad cercana al medio millón de euros por obtener un contrato.

⁸⁹ http://economia.elpais.com/economia/2014/01/19/actualidad/1390167251_313661.html (agosto 2014).

⁹⁰ DIEKMANN, F., KRÖGER, M., Y REIMANN, A., «Disastrous Public Works Projects in Germany», *Spiegel Online*, 2013, (accedido febrero 2014).

⁹¹ Se trata de un entramado de túneles y carreteras bajo la ciudad de Boston, que por su aumento (324%) es uno de los mayores registrados. Ver PETERSON, J. H., «The Big Dig Disaster: Was Design-Build the Answer?», *Suffolk University Law Review*, vol. 40, 4, 2007.

⁹² SZYLOWICZ, J., GOETZ, A., «Getting realistic about megaprojects planning: The case of the new Denver International Airport», *Policy Sciences*, vol. 28, 4, 1995.

⁹³ FLYVBJERG, B., 2003.

⁹⁴ DOMINIC, A-D., y SMITH, S. D., «Rethinking construction cost overruns: cognition, learning and estimation», *Journal of Financial Management of Property and Construction*, vol. 19, 1, 2014.

⁹⁵ Informe del Tribunal de Cuentas núm. 983, de 25 de abril de 2013, de Fiscalización de las principales contrataciones relacionadas con la construcción de la línea férrea de alta velocidad Madrid-Barcelona, desarrolladas desde el 1 de enero de 2002 hasta la puesta en funcionamiento de la línea.

Otro ejemplo es el puerto exterior de A Coruña, que se licitó en 2004 por 436 millones, se adjudicó por 370 y cuyo coste final se estima en unos 1.000 millones⁹⁶. O la Ciudad de las Artes y las Ciencias de Valencia, que interesa aquí por ser ejemplo particular de sobrecostes, estando en el centro de la polémica el edificio del Ágora, que pasó de costar 40 millones a cerca de 80 por los sobrecostes⁹⁷.

(B) *Estudios de realidades nacionales*

Entre los estudios que examinan la situación general en un país determinado también hay ejemplos significativos. En Reino Unido se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones la gravedad del problema. En 2003 la National Audit Office publicó un informe que reflejaba que el 73% de los contratos tradicionales de obra pública incurrían en sobrecostes y un 70% en retrasos⁹⁸. En determinados ámbitos, como el de la contratación militar, se habla de «optimismo sistémico»⁹⁹. A la vista de lo anterior se puede afirmar que los sobrecostes son práctica habitual en este país¹⁰⁰, llegándose a hablar de «problema endémico»¹⁰¹.

En Estados Unidos ya en 1973 Merewitz presentaba su estudio sobre 200 contratos de infraestructuras, de los que se modificaron casi 8 de cada 10 contratos (79%), siendo el sobrecoste medio del 50% respecto del valor estimado¹⁰². Tras él han sido muchos los autores que han trabajado el tema¹⁰³.

En países de la Unión Europea también ocurre. El *Libro Verde de 2011 de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea* pone de manifiesto la preocupación sobre la modificación

⁹⁶ RODRÍGUEZ, J., «Un puerto que cuesta dos Gaiás», en *El País*, 11 mayo 2010 (accedido en 2014; http://elpais.com/diario/2010/05/11/galicia/1273573099_850215.html).

⁹⁷ Informe de Fiscalización núm. 2013/29 del Sindic de Comptes Valenciano sobre el Grupo Ciudad de las Artes y de las Ciencias (CACSA).

⁹⁸ NATIONAL AUDIT OFFICE, *PFI: Construction Performance*, 2003, p. 3

⁹⁹ NATIONAL AUDIT OFFICE, *Equipment Plan 2012 to 2022: Ministry of Defence*, 2013., p. 17; el informe habla de unos sobrecostes de 11.000 millones de libras entre 2000 y 2012.

¹⁰⁰ OLAWALE, Y., y M. SUN, M., «Cost and time control of construction projects: inhibiting factors and mitigating measures in practice», *Construction Management and Economics*, vol. 28, 5, 2010.

¹⁰¹ DUNLEAVY, Policy Disasters: explaining the UK's Record», *Public Policy and Administration* 10, p. 68. Por el contrario, JENNINGS, W., «Executive Politics, Risk and the Mega-Project Paradox», en *Executive Politics in Times of Crisis*, 2012 pp 239-263 pretende desterrar la idea de que se trata un problema «anglo-céntrico» argumentando que en países Escandinavos y del Sur de Europa también ha ocurrido.

¹⁰² MEREWITZ, L., *Cost Overruns in Public Works*, *Institute of Urban & Regional Development*, University of California, 1972.

¹⁰³ Es muy completo BORDAT et al, *An Analysis of Cost Overruns and Time Delays of INDOT Projects*, *Joint Transportation Research Program*, 2004.

de contratos y su impacto en los objetivos del sistema¹⁰⁴. Esta preocupación cristaliza en las nuevas Directivas de contratación que regulan por primera vez la modificación de contratos, lo cual supone una incursión en el régimen nacional de ejecución de los contratos impensable hace algunos años.

En Francia el máximo órgano fiscalizador (la *Cour de Comptes*) ha señalado en sus informes que la modificación es un problema constante que se manifiesta de muchas maneras tanto en los contratos (*marchés*) como en las concesiones (*délégations de service*)¹⁰⁵. También en Italia se ha puesto de manifiesto que la modificación del contrato es un problema generalizado. Por ejemplo, se calcula que entre 1985 y 1988 todos los contratos para la construcción de carreteras sufrieron al menos una modificación, siendo tres el número medio de modificaciones por proyecto¹⁰⁶.

Además, hay estudios en Holanda¹⁰⁷, en Noruega¹⁰⁸, Suecia¹⁰⁹ o Alemania, donde se ha creado un grupo de expertos sobre el tema¹¹⁰.

En España, destaca el estudio del profesor Juan José Ganuza¹¹¹. El autor estudia todas las certificaciones de los 265 proyectos de más de 500 millones de pesetas realizadas por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente durante el año 1993. El autor pone de manifiesto que:

- El 77% de las obras estudiadas presentan sobrecostes.
- El sobrecoste medio de las obras es del 14%. El proyecto adicional (sobrecoste y complementario juntos) encarece las obras un 22%.
- Un tercio de los modificados se sitúan entre el 19 y 20%, siendo sólo un 6% el número de proyectos que superan ese umbral y que, por tanto, requerían aprobación del Consejo de Estado. El autor subraya aquí el más que probable comportamiento estratégico de los operadores, que evitan superar dicho umbral para agilizar el procedimiento.

¹⁰⁴ Libro Verde de 2011 de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea COM(2011) 15 final de 27 de enero de 2011.

¹⁰⁵ Ver los informes anuales del Tribunal de Cuentas francés de los años 1999, 2001, 2002, 2004 y 2006, accesibles en www.comptes.fr.

¹⁰⁶ DELLA PORTA, D. y VANNUCCI, A., «Analysing Political Corruption in Western Europe: Spain and the UK in Comparative Perspective», en Donatella Della Porta, Susan Rose-Ackerman (eds.) *Corrupt exchanges: empirical themes in the politics and political economy of corruption*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 70.

¹⁰⁷ En Holanda las modificaciones del contrato son algo relativamente común HEBLY, J. M. y HEIJNSBROEK, P., 2013, p. 174.

¹⁰⁸ ODECK, J., «Cost overruns in road construction—what are their sizes and determinants?», *Transport Policy*, vol. 1, 11, 2004.

¹⁰⁹ LUNDBERG, M., JENPANITSUB, A., y PYDDOKE, R., «Cost overruns in Swedish transport projects», *Working papers in Transport Economics* No 2011:11.

¹¹⁰ Informe de la OECD, *Hearing on auctions and tenders: further issues*, DAF/COMP/WP2(2015)1, 19 de junio de 2015.

¹¹¹ GANUZA FERNÁNDEZ, J. J., *Economía Industrial*, 1997.

■ LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

- La corrección de defectos del proyecto es la causa de un 43,01% de los modificados, seguido de las mejoras al proyecto original (19,67%).
- Existen grandes diferencias en el número de proyectos con sobrecoste según el tipo de adjudicación. La subasta con admisión previa (92%) y el concurso con admisión previa (97%) presentan sobrecostes un mayor número de ocasiones que la contratación directa (13%).
- El coeficiente de adjudicación sin incluir los sobrecostes es de 0,86. Esto quiere decir que el contrato se adjudica al 86% del precio estimado, logrando así un descuento o baja. Los sobrecostes elevan el coeficiente a 0,98, y si se incluyen también trabajos complementarios es del 1,04. Ello lleva al autor a poner de manifiesto que el ahorro que se pretendía a través de la licitación se disipa con los sobrecostes. Por parte de los contratistas, parece que las rebajas que ofrecen acaban compensándose con las rentas obtenidas a posteriori. Teniendo en cuenta el coeficiente de adjudicación y los trabajos adicionales, el método que mejor se comporta es el concurso subasta (0,9) frente al concurso restringido con admisión previa que es el que peor (1,16). Esto supone que un proyecto con un precio de licitación de 100 acaba costando 90 o 116 respectivamente.

Por su parte, el Consejo de Estado en sus Memorias anuales ha puesto de manifiesto de manera reiterada el problema, que califica como fenómeno extendido. En su Memoria anual de 1986 el Consejo de Estado, al hablar de la modificación de los proyectos y de los contratos señala que «*con más frecuencia de lo que sería deseable (...) se manifiestan o sobrevienen circunstancias determinantes de una o varias modificaciones del proyecto inicial*»¹¹².

(C) *Estudios multinacionales*

Una de las características del fenómeno que estudiamos es el escaso número de estudios transnacionales sobre la materia¹¹³.

¹¹² Memoria del Consejo de Estado 1986, p. 104. En términos similares, y cada vez más contundentes se pronuncia en sus Memorias de 1990, 2004, 2007, 2011, entre otros. En la Memoria de 2004, por ejemplo, afirmaba que «*se detectan situaciones que no serían admisibles en el mundo de los negocios entre particulares, lo que evidencia el contraste entre las predicadas prerrogativas de la Administración, que operan con frecuencia, sobre todo a favor del contratista, y la debilidad o ineficacia real de los controles administrativos, en la preparación, la vigilancia y el seguimiento de los contratos*» e incluso observaba un «*uso de prerrogativas administrativas a iniciativa y en interés del contratista*» (cfr. Memoria del Consejo de Estado del año 2004, pp. 130-131).

¹¹³ Queja compartida por BLANC-BRUDE, F., y MAKOVSEK, D., *Construction Risk in Infrastructure Project Finance*, EDHEC Business School, 2013, p. 6.

Ente los escasos estudios destaca el dirigido por el profesor Bent Flyvbjerg¹¹⁴. El proyecto ha tenido dos fases: la primera publicada en 2002 estudiaba una muestra de 258 proyectos (ferroviarios, túneles, puentes y carreteras) construidos entre 1927 y 1998 en 20 países. Más adelante dicho estudio ha sido ampliado a 806 proyectos en 37 países, incluyendo ahora el sur y este de Europa y África¹¹⁵. Entre los hallazgos más importantes se encuentran los siguientes datos:

- Hay diferencia de coste en casi 9 de cada 10 proyectos (86%).
- La diferencia de coste medio hallado es del 28%. En la primera fase de su estudio, los proyectos ferroviarios fueron donde más desviación se encontraron (45%), seguidos de puentes y túneles (34%) y carreteras (20%)¹¹⁶. En la segunda fase la construcción de túneles se convierte en la que mayores sobrecostes acarrea con una media del 35% (las carreteras las que menos, con una media que no alcanza el 20%).
- Observa una relación entre sobrecostes y plazo de ejecución del proyecto, siendo de media el incremento de coste un 4,64% por cada año de plazo.
- El número de sobrecostes y su media no han mejorado con el transcurso del tiempo (70 años) a pesar de las mejoras tecnológicas habidas. Este dato lleva al autor a afirmar que los problemas técnicos no son la única causa de los sobrecostes.
- Subestimar los costes es mucho más común que sobrestimarlos, lo cual se refleja en que los sobrecostes son más habituales que el ahorro.
- El fenómeno se da con mayor frecuencia en países en desarrollo que en países desarrollados.

El segundo estudio al que haremos referencia es el dirigido por José Luis Guasch¹¹⁷. El proyecto se centra en la región América del Sur-Caribe, sobre una muestra de 896 contratos de concesión adjudicados entre 1982 y 2000. Entre las conclusiones más interesantes encontramos:

- El número de proyectos objeto de renegociación difiere según el sector. En el sector del agua alcanza el 74,4% de los proyectos mientras que en el sector eléctrico el 9,7%. En las concesiones de transportes la modificación se produce en el 55%. La media total de contratos modificados se situó en el 30%, un 41,5% si se excluye telecomunicaciones.

¹¹⁴ FLYVBJERG, B. *et al.*, *Journal of the American Planning Association*, 2002.

¹¹⁵ CANTARELLI, C. *et al.*, *Journal of Transport Geography*, 2012.

¹¹⁶ FLYVBJERG, B., *et al.*, *Journal of the American Planning Association*, 2002, p. 282.

¹¹⁷ GUASCH, J. L., *et al.*, 2000, GUASCH, J. L., 2004.

■ LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

– La renegociación ocurre poco tiempo después de firmarse el contrato: un 85% de los casos en los primeros cuatro años.

– Los concesionarios fueron quienes iniciaron la negociación tendente a la modificación del contrato en un 61% de los casos.

– Los sectores donde existía una entidad reguladora presentan menor probabilidad de renegociación.

– La renegociación se da en más ocasiones en contratos adjudicados competitivamente (46%) que en los contratos adjudicados sin un procedimiento competitivo (8%).

– Las concesiones que incluyen entre las cláusulas obligaciones de inversión por parte del concesionario se modificaron más (71%) que las que tan solo incluían la obligación de alcanzar unos indicadores de resultado (13%).

– Cuando el marco regulatorio (derechos y obligaciones de las partes) era tan sólo el contrato se produjeron más modificaciones (40%) que si aquél se contenía en un Decreto (28%) o en una Ley (17%).

Otras conclusiones interesantes del estudio, relacionadas con el papel de determinadas instituciones son (i) que la existencia de un cuerpo normativo en el momento de adjudicar la concesión disminuye la probabilidad de renegociación (un 61% frente al 17%); (ii) que cuanto mayor es la captura del regulador mayor será la probabilidad de renegociación; o (iii) que cuanto mayor es el coste de obligar a ejecutar el contrato inicial, mayor es la probabilidad de renegociación.

Dos estudios que pueden enmarcarse en este apartado son los encargados por la Comisión Europea a varias consultoras. En primer lugar, el informe encargado a RGL Forensics, señala que «*la mayoría de los proyectos de la base de datos no fueron completados ni en tiempo ni en coste*»¹¹⁸. Esta conclusión se alcanza tras evaluar los sobrecostes y retrasos de los proyectos cofinanciados por el *European Regional Development Fund*, siendo la muestra de 155 proyectos en 9 países europeos. El informe refleja la idea general de un continente marcado por los sobrecostes –con una media de 21,2% de sobrecoste por proyecto.

En otro informe encargado por la Comisión, en este caso sobre corrupción y contratación pública, se analizan 86 posibles casos y se observa que

¹¹⁸ Informe encargado por la Comisión Europea a RGL FORENSICS et al., *Efficiency: Unit costs of major projects. Ex post evaluation of cohesion policy programmes 2000-2006*, 2009, p. 13. El objetivo del estudio es crear una base que sirva a la Comisión como referencia a la hora de evaluar futuros proyectos. Los resultados obtenidos son muy heterogéneos y hay países donde se estudia un sólo proyecto mientras que en otros se estudian trece.

el 53% de ellos sufrió sobrecostes, con una media del 28% de sobrecoste en cada proyecto. Es más, se observa que los contratos que mayores sobrecoste sufren son los del sector de la formación, si bien los que se ven afectados en mayor número son los del sector del agua y el tratamiento de residuos ¹¹⁹.

1.3.3 La modificación como problema multidisciplinar

La modificación de los contratos públicos es un tema abordado también por otras disciplinas como la Economía, la gestión de proyectos, la Psicología, donde surgen conceptos tan interesantes como la «falacia del planificador» ¹²⁰. Nos centramos ahora en el estudio de la cuestión que se realiza desde el ámbito económico y, en particular, desde la teoría del contrato incompleto ¹²¹.

La teoría del contrato incompleto o imperfecto («*theory of the incompleteness of the contract*») ¹²² centra su atención en la renegociación de los contratos.

En la contratación hay dos momentos de negociación –en términos económicos. En primer lugar, se produce la fijación inicial de las condiciones. La configuración de ese contrato inicial es clave en el resultado posterior, por lo que los economistas estudian el diseño del contrato inicial ¹²³.

En un segundo momento, durante la ejecución de dicho contrato, puede surgir la necesidad de volver a negociar estas condiciones lo cual dará lugar a un segundo acuerdo. La segunda negociación o renegociación estará influenciada por las condiciones fijadas en el primer acuerdo. En una primera aproximación los economistas le atribuyen dos posibles consecuencias a esta renegociación. Por un lado, mejorará la eficiencia del contrato ya que supone una respuesta a la existencia de ineficiencias ¹²⁴. Por otro, la mera posibilidad de una renegociación del contrato puede dar lugar a comportamientos oportunistas de las partes que resulten en un compromiso menor de ambas en la ejecución del contrato original, esto es, un problema de riesgo moral.

¹¹⁹ Informe encargado por la Comisión Europea a Ecorys y PriceWaterhouseCoopers, *Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, 2013, p. 168.

¹²⁰ Propuesta por primera vez en KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A., «Intuitive prediction: biases and corrective procedures» en *TIMS Studies in Management Science*, 12, 1979, pp. 313-327

¹²¹ Por razones de espacio se dejan fuera análisis relevantes y que deben también ser tenidos en cuenta tales como la teoría de la subasta (*auction theory*), la teoría de la agencia (*agency theory*) o el estudio en el área de gestión de proyectos (relaciones de colaboración).

¹²² HART, O., y MOORE, J., *Econometrica*, 1988.

¹²³ HART, O., y MOORE, J., *The Quarterly Journal of Economics*, 2008.

¹²⁴ GREEN, J. R., y LAFFONT, J. J., 1992, p. 125.

Según el premio Nobel Jean Tirole, un contrato será completo cuando no haya limitación de las partes para prever contingencias, redactar las cláusulas contractuales y hacerlas ejecutar si fuese necesario¹²⁵. Por ello, todo contrato que no sea capaz de prever las contingencias futuras será un contrato incompleto. Ello convierte a muchos contratos en mecanismos incompletos ya que difícilmente podrán las partes prever qué ocurrirá en el periodo de vigencia. Siguiendo a Tirole, se puede deducir a *sensu contrario* las tres circunstancias que hacen de un contrato un mecanismo incompleto¹²⁶:

i) La existencia de hechos que no pueden ser previstos ni por el individuo más diligente. Es decir, circunstancias exógenas a la voluntad de las partes.

ii) Que pudiendo preverse dichas circunstancias, no resulte posible plasmar todas en el contrato dado que tanto el esfuerzo como el coste de incluirlas sería desproporcionado¹²⁷. La literatura económica habla de costes derivados del estudio de las implicaciones del contrato y de costes derivados de redactar las cláusulas del contrato. A la hora de diseñar el contrato las partes pueden mitigar el potencial oportunismo y bajo rendimiento a través de cláusulas más completas, pero siempre teniendo en cuenta que ello incrementará los costes de alcanzar ese acuerdo. Por ejemplo, cuando es difícil alcanzar un acuerdo acerca de la distribución de riesgos o cuando el coste que supone la redacción detallada de un contrato supera con creces el valor del contrato mismo; ello puede ocurrir en casos de contratos de productos de alta tecnología o bajo un continuo cambio.

Otra variante de esta causa endógena del contrato incompleto es que las partes decidan no compartir determinada información que haría completo al contrato. No debe olvidarse el extraordinario papel que juega para la elaboración del proyecto la adquisición de información a la hora de definir las características y condiciones del contrato.

iii) La tercera circunstancia que hace incompleto a un contrato es que, aunque sea posible redactar las cláusulas y prever los acontecimientos, se requiera de la intervención de un tercero para hacer ejecutar el contrato. Ese tercero en nuestro caso serían los Tribunales. El problema surge cuando éstos encuentran dificultades para interpretarlas y aplicarlas correctamente¹²⁸.

¹²⁵ TIROLE, J., *Econometrica*, 1999, p. 751.

¹²⁶ TIROLE, J., *Econometrica*, 1999, p. 751.

¹²⁷ Sobre los costes de alcanzar acuerdos y redactar cláusulas de manera clara e inequívoca ver el trabajo de HART, O., y MOORE, J., *Econometrica*, 1988.

¹²⁸ GREEN, J. R., y LAFFONT, J. J., 1992, p. 125.

A la vista de lo anterior, a mi juicio un contrato del sector público nunca será un instrumento completo. Pero ser incompleto no supone ser peor en términos económicos, sino sólo que deban afrontarse las contingencias en futuras negociaciones. Es decir, que deba «completarse» durante su ejecución.

De esta manera, para alcanzar su perfección en sentido económico debe acudir a la renegociación de sus términos ¹²⁹. Como señalan Green y Laffont, «cuando un contrato totalmente óptimo no puede alcanzarse desde el comienzo, lo natural es presumir que las ineficiencias ex post serán eliminadas mediante una renegociación mutuamente ventajosa» ¹³⁰.

Una vez asumido que el contrato perfecto o completo no existe, lo importante es buscar el contrato óptimo, esto es, el que minimice el impacto negativo de la renegociación. Para ello se hace importante un adecuado «diseño del contrato». Por ejemplo, mediante la inclusión de cláusulas con conceptos vagos o indeterminados que sirvan de límites dentro de los cuales se desarrolle la renegociación. Es decir, no se alcanzan acuerdos (o no conviene alcanzarlos) y se prefiere aplazar la negociación según se desarrolle el contrato, pero se limita el radio de ésta a las interpretaciones posibles de dichos conceptos.

El diseño del contrato es responsable de la distribución del «poder de negociación». Por ejemplo, establecer depósitos monetarios como garantía o pequeñas cuantías como multa por incumplimiento puede otorgar mayor poder de negociación al poder adjudicador o evitar comportamientos oportunistas (en el ámbito de la Economía son llamados «hostages» o rehenes).

El poder de negociación va unido inexorablemente a la «distribución de los riesgos». Por ejemplo, la fijación del sistema de precios es un reflejo de la asunción de riesgos: elegir un sistema de precio fijo o de tanto alzado reduce los costes derivados de la renegociación, pero también las ventajas que ésta puede ofrecer, mientras que un sistema de precios que reintegra todo coste incurrido más un pequeño margen supone un desincentivo para el ahorro de costes (sistema *cost plus*) ¹³¹.

El diseño del contrato es importante a la hora de ofrecer salidas a la parte que no está satisfecha. Así, el gran peligro para los poderes adjudicadores a la hora de renegociar un contrato es que se trata de una negociación bilateral que puede dar lugar a comportamientos oportunistas en la medida en que se desen-

¹²⁹ TIROLE, J., *Journal of Political Economy*, 1986, p. 239

¹³⁰ GREEN, J. R., y LAFFONT, J. J., 1992, p. 125.

¹³¹ BAJARI, P., y TADELIS, S., *The RAND Journal of Economics*, 2001, p. 389.

vuelve en un entorno no competitivo. Así una de las partes podrá imponer sus preferencias a la otra ¹³².

Como parte del diseño del contrato es importante que en el contrato inicial se concreten y den a conocer a las partes qué opciones disponen en caso de renegociación de un contrato ¹³³.

Por último, una parte importante del diseño del contrato es el establecimiento de mecanismos de monitorización y control. Éstos pueden tener un coste considerable y habrá que estudiar en qué medida son capaces de reducir –o incluso evitar– el coste de una renegociación ¹³⁴.

1.4 LA NECESIDAD DE REGULAR LA MODIFICACIÓN

1.4.1 ¿Debe prohibirse la modificación?

Con carácter previo al análisis jurídico de la modificación, cabe plantearse si, dado que la modificación de los contratos públicos encierra tantos problemas, no sería más fácil prohibir directamente esta práctica.

Pues bien, a mi juicio, esa solución –que haría innecesario este trabajo– no sería razonable. La modificación es una herramienta poderosa al servicio de los intereses generales que en no pocas ocasiones emerge como única solución a sucesos anómalos en la ejecución de un contrato. Así pues, no toda modificación puede considerarse un suceso negativo en la vida de un contrato y hay muchos factores que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar la bondad de una modificación ¹³⁵.

Renunciar de manera categórica a la modificación sería una respuesta simplista a un problema complejo. Por ello, la modificación del contrato no puede ser prohibida si bien es aconsejable regularla para minimizar sus impactos negativos.

Precisamente, el objetivo de este trabajo es entender mejor cuándo una modificación del contrato merece ser aplaudida y cuándo censurada, así como analizar si el sistema normativo está siendo capaz de discriminar la bondad o no de las modificaciones que se producen. Por ejemplo, debe plantearse la

¹³² FARRELL, J., y SHAPIRO, C., «Optimal Contracts with Lock-In», *The American Economic Review*, 79, 1989.

¹³³ AGHION, P. *et al.*, *Econometrica*, 1994, p. 257.

¹³⁴ BROWN, T., y POTOSKI, M., «Managing Contract Performance: A transaction Cost Approach», *Journal of Policy Analysis and Management*, vol. 22, 2, 2003.

¹³⁵ DEKEL, O., *Public Contract Law Journal*, 2008.

cuestión de si el sistema normativo distingue entre una desviación menor en el presupuesto de un contrato debido a una situación imprevista e inevitable a la que debe hacerse frente para salvar el proyecto, y una modificación significativa consecuencia de errores en el proyecto inicial o consecuencia de un precio de adjudicación extremadamente bajo.

E, incluso, debe reflexionarse sobre si el propio sistema normativo no obliga a ciertas modificaciones en aras del cumplimiento de otros principios que informan el ordenamiento (tales como el principio de equivalencia de las prestaciones o el principio de eficiencia).

1.4.2 **La necesidad de integrar los intereses afectados en el sistema regulatorio**

Una correcta regulación de la modificación debe perseguir unos objetivos mínimos. El primer objetivo que debe satisfacerse es el que llamaré *razón contractual o inter partes*. Es decir, la regulación de la modificación del contrato público como mecanismo de protección para ambas partes contratantes. Este objetivo es el que está ya cubierto en la mayoría de los sistemas en tanto que las normas de Derecho civil así lo prevén. En aquellos lugares en los que existen normas de Derecho público que permiten modificaciones unilaterales se prevén a la vez ciertas garantías para el contratista. Por ejemplo, cuando se permite que superado cierto umbral respecto al contrato inicial, el contratista pueda solicitar la resolución del contrato.

Segundo, la regulación de la modificación debe perseguir el uso correcto de los fondos públicos. Es lo que se denominará *razón económica o presupuestaria*. El contrato público es sólo un instrumento para satisfacer un programa de gobierno. Programa que ha sido votado y que debe luego verse reflejado en un presupuesto. Ese presupuesto recoge un coste estimado de lo que supondrá realizar determinadas políticas, e incluso se introducen partidas para posibles contingencias. Al final, en la práctica, el presupuesto es un ejercicio de decisión en el que se eligen proyectos y se descartan otros en función de su coste-beneficio (beneficio social, económico o político, claro). Sin embargo, cuando se produce la modificación del contrato lo que está ocurriendo es que esa toma de decisión puede quedar en papel mojado. Posiblemente de conocerse los costes finales de un determinado proyecto, la balanza se hubiese inclinado hacia otras opciones. Por tanto, indirectamente la modificación de los contratos impacta contra los presupuestos confeccionados por el Gobierno y votado por el Legislador.

En tercer lugar, se debe proteger el correcto funcionamiento del sistema de contratación. Es decir, que la modificación no distorsione la licitación que supuso tanto esfuerzo para los licitadores y para la propia entidad adjudicadora. Este objetivo de la regulación está encaminado a proteger pues el sistema de contratación, motivo por el que lo denominó *razón de sistema*, en la medida en que degrada el mecanismo de la contratación al quebrar los medios de que éste se vale, es decir, el principio de competencia, la igualdad de trato y la transparencia. Ésta es la razón detrás de pronunciamientos como los del Consejo de Estado cuando afirma que «*el sometimiento a cauces estrictos del ius variandi de la Administración tiene su razón de ser en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa*»¹³⁶. Es en este sentido en el que la modificación comienza a ser regulada en los distintos países. Por ejemplo, en Estados Unidos, en que se aplica la doctrina del *cardinal change* para ver cómo impacta una modificación en la licitación inicial. O en el caso de la Unión Europea, en que las modificaciones de los contratos «*son relevantes exclusivamente en la medida en que pueden suponer una vulneración de las normas de selección del contratista y, por tanto, de la competencia en el seno del Mercado Interior*»¹³⁷.

Se deben evitar aquellas situaciones en las que la modificación se contempla como un recurso habitual en el sistema. Esta conducta genera problemas de riesgo moral que hace que se presenten ofertas anormalmente bajas a sabiendas de que serán revisadas¹³⁸. Y es que la modificación puede reducir los incentivos para alcanzar una contratación más eficiente.

En cuarto lugar, la modificación de los contratos debe regularse por el impacto social que tiene. No es raro, y más en tiempos de crisis económica, que los casos de sobrecostes y desviaciones presupuestarias tengan un impacto directo en la imagen de la Administración. Es lo que llamaremos *razón socio-política*, en la medida en que tras ese daño en la imagen se esconde un impac-

¹³⁶ Dictamen del Consejo de Estado núm. 79/1993, de 1 de abril de 1993, insiste en la modificación como excepción.

¹³⁷ DÍEZ SASTRE, S., *Revista de estudios locales*. Cunal, 2013, p. 96.

¹³⁸ En ese sentido, el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 953/2011, donde vincula el riesgo y ventura y la baja ofertada: «*Y, por otro lado, el principio de riesgo y ventura no ha de quedar sometido a grados ni escalones; no se trata de hacer una valoración de la subjetiva estimación empresarial para una obra en concreto, ni tampoco de indagar acerca de parámetros objetivos en los que encajar esa previsión mercantil. En el régimen contractual español la postura de la contrata se refleja en una auténtica oferta, y es la Administración la que la acepta mediante la adjudicación. La posible representación errónea de las circunstancias que para sí realice la contrata, a fin de competir con otras en su oferta, tiene su significado estricta y exclusivamente en su ámbito interno. De otro modo se subvertiría el procedimiento de adjudicación contractual, pues toda baja, incluso las muy notables, se corregirían posteriormente al alza, eliminándose de hecho la libre competencia en la adjudicación, penalizando al más eficiente frente a quien opera con mayor ligereza en la presentación de sus ofertas*».

to importante en la legitimidad de los gestores públicos sobre los que se cierne la sombra de la duda no sólo como gestores ineficaces sino también como gestores corruptos. Todo ello puede tener efecto dominó sobre la legitimidad del propio sistema político.

1.4.3 Los límites a la modificación como solución común adoptada por los distintos modelos regulatorios

La modificación de los contratos es una cuestión compleja que tiene causas y consecuencias a lo largo de todo el procedimiento de contratación (preparación, selección, adjudicación y ejecución). Por ello, a la hora de clasificar los modelos regulatorios se acude a un conjunto de criterios que pueden englobarse en dos grandes grupos: i) los elementos centrales o principales; ii) los elementos periféricos o secundarios ¹³⁹.

– Respecto a los elementos nucleares o principales, se trata de todos aquellos que afectan de manera directa y expresa a la modificación del contrato. Los elementos nucleares identificados son (i) los supuestos habilitantes; (ii) los límites; (iii) el control, dentro del cual cobra importancia la transparencia y los sistemas de recursos.

– Respecto a los elementos periféricos o secundarios son aquellos que no regulan de manera directa la modificación del contrato, pero que de manera indirecta influyen en la incidencia que tiene ésta en el sistema de contratación. Así, son elementos periféricos importantes para la modificación son, al menos (i) los trámites para la preparación del contrato; (ii) los criterios de selección de los licitadores y las prohibiciones para contratar; (iii) el tratamiento de las ofertas anormales; y (iv) el tratamiento de figuras afines.

El único criterio hasta hace poco utilizado para clasificar los sistemas de modificación contractual era la existencia o no de un poder de modificación unilateral para modificar el contrato. Se trataba de estudiar si en la modificación se manifestaba una potestad exorbitante, es decir, si las normas de Derecho privado cedían en favor de normas de Derecho público.

Por un lado, existiría un modelo de regulación que permite a una de las partes contratantes, la entidad pública, modificar el contrato de manera unilateral aunque nada establezcan los pliegos. Este modelo lo hemos denominado como «modelo

¹³⁹ Se recoge de manera parcial CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *REDA*, 2016, pp. 313-334.

de prerrogativa». Ejemplo de este sistema es España, donde los contratos administrativos se modifican unilateralmente a través del llamado *ius variandi*.

Alternativamente, existiría otro modelo de regulación en que el contrato sólo puede ser modificado cuando así lo acuerden las partes, ya sea en los pliegos o a través de acuerdos durante la ejecución del contrato. Este modelo lo hemos denominado «modelo convencional o paccionado». Ejemplo de este sistema es el Reino Unido, donde tradicionalmente no había normas generales sobre la modificación, sino que habrá que estar a las normas presupuestarias de cada ente. La modificación unilateral no es posible como regla general en el *Common Law*, y tampoco ha sido profundamente abordada por la doctrina¹⁴⁰. Ese poder debe estar siempre fundado del contrato¹⁴¹. Ocurre, sin embargo, que el uso de modelos formalizados en todos los contratos ha terminado por extender la existencia de cláusulas de modificación de los contratos.

Hoy, la regulación de la modificación no puede ser ya analizada bajo el prisma de esta división.

En primer lugar, porque los modelos de prerrogativa también suelen aceptar la modificación por mutuo acuerdo de las partes. Es el caso de Francia, donde se prefiere la modificación por mutuo acuerdo a la modificación unilateral, si bien la entidad pública tiene la posibilidad de acudir a este mecanismo.

En segundo lugar, aunque la modificación sea formalmente unilateral, lo cierto es que el contratista raras veces se opone a ella. Es más, en muchas ocasiones la modificación se produce por iniciativa del contratista, que estará interesado siempre que le suponga un aumento de la actividad o existan motivos comerciales para ello. El Consejo de Estado español incluso afirmó que se han utilizado prerrogativas administrativas «a iniciativa y en interés del contratista»¹⁴².

En tercer lugar, porque los modelos convencionales a través de las propias cláusulas del contrato han ido incorporando a los contratos la posibilidad de que una de las partes introduzca modificaciones al contrato.

Un primer intento de superar la clasificación inicial fue la llevada a cabo por Craig, cuando observó que todos los ordenamientos acaban reservando un poder de modificación unilateral a la Administración, siendo sólo diferente el origen jurídico de dicho poder: o normativo o contractual¹⁴³. Como señaló Comba más adelante, «en los principales ordenamientos jurídicos europeos se encuentra la exigencia de garantizar a la parte pública, en la ejecución del contrato, una posición de preeminencia consistente en la facultad de modifi-

¹⁴⁰ Así de tajante se pronuncia FISCHER, C., *Construction Law Journal*, 2013., p. 212.

¹⁴¹ CRAIG, P., 2010, p. 179.

¹⁴² Memoria del Consejo de Estado del año 2004, pp. 130-131.

¹⁴³ CRAIG, P., 2010.

*car unilateralmente el contrato, con algunos límites, y de resolverlo por motivos de interés público»*¹⁴⁴.

Sin embargo, el elemento que hoy debe entenderse como esencial a la hora de analizar un modelo de regulación de la modificación es el de los límites a la modificación¹⁴⁵.

La importancia de los límites nace del hecho de que es a través de ellos cómo los sistemas regulatorios han tratado de poner freno a la práctica de la modificación. Es más, estos límites con independencia de si están o no positivizados o tienen su base en la jurisprudencia, encuentran una justificación común: la protección de la licitación inicial y del principio de competencia efectiva y concurrencia que debe regir en ella.

Así, se observa una tendencia global a reconocer que la modificación del contrato, sea a través de mutuo acuerdo o de la modificación unilateral, puede distorsionar la licitación inicial. Ese objetivo de proteger el principio competitivo lleva a que se prohíban modificaciones sustanciales del contrato a través de diferentes doctrinas¹⁴⁶.

Al adoptar una medida común, los sistemas regulatorios se están aproximando entre sí, lo cual produce un efecto armonizador entre las legislaciones¹⁴⁷. A la vez, y ya en el ámbito interno de cada país, se produce un alejamiento entre los sistemas de contratación pública y los de derecho privado. Ello tiene una gran trascendencia dogmática, al suponer la imposición de límites a la discrecionalidad y libertad contractual de las entidades públicas. Ello aleja a la contratación pública de la contratación civil, lo cual supone una auténtica revolución en países como el Reino Unido donde la autonomía contractual de los órganos de contratación era muy amplia.

Y es que, imponer límites legales a la modificación implica que el órgano de contratación ya no es completamente libre para definir la mejor manera de perseguir el interés general, sino que es el cuerpo legislador. Ello tiene sentido si se tiene en cuenta que la necesidad de regular la modificación responde a la necesidad del legislador de proteger el equilibrio de intereses por él diseñado en la norma de contratación.

¹⁴⁴ COMBA, M., *EP & PPPLReview*, 2013, p. 28.

¹⁴⁵ Situar los límites en el centro del modelo regulatorio permite trazar una línea entre los modelos de modificaciones ilimitadas y los modelos de modificaciones limitadas.

¹⁴⁶ Los límites en el régimen europeo, el inglés, el francés y el estadounidense han sido estudiados en CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *REDA*, 2016, pp. 313-334.

¹⁴⁷ Sobre armonización y sus diferentes niveles, ver el clásico BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 5.ª ed., Oxford University Press, 2016, en particular el capítulo «Completing the Single Market», pp. 555 y ss.

CAPÍTULO 2

EL CONCEPTO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. LA DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES

2.1 LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO COMO CONCEPTO JURÍDICO

La modificación del contrato es un concepto muy extenso que engloba a una multitud de fenómenos de la realidad. Así, la modificación del contrato incluirá fenómenos como la suspensión del contrato, la alteración de sus cláusulas, la prórroga del plazo o su cesión. Se puede afirmar, pues, que la modificación del contrato, como supraconcepto, es cualquier afectación que se produzca sobre el contrato¹⁴⁸.

A mi juicio, el término de modificación del contrato, en sentido amplio, se refiere a *toda alteración o variación de las condiciones contractuales inicialmente acordadas en un contrato del sector público durante su ejecución sin que se produzca la desaparición de su núcleo esencial*.

a) La expresión «toda alteración o variación» es muy amplia. En la definición se huye de diferenciaciones terminológicas que no hacen sino empantanar la explicación. Si acudimos a la RAE tenemos una definición diferente para modificar (transformar o cambiar algo mudando alguno de sus accidentes), alterar (cambiar la esencia o forma de algo), y variar (hacer que una cosa sea diferente en algo de lo que antes era). Quedarían incluidas tanto las modi-

¹⁴⁸ Esta reflexión se la debo a uno de los evaluadores anónimos que examinaron el trabajo.

ficaciones, alteraciones o variaciones que surgen en el ámbito del contrato, como aquéllas que nacen fuera de él, v. g. fuerza mayor.

b) Las «condiciones contractuales inicialmente acordadas», hacen referencia a que la modificación debe afectar a estas condiciones. Se trata, por tanto, de la modificación de un negocio jurídico inicial, el contrato inicial.

Si no se impacta en las «condiciones contractuales inicialmente acordadas» no hay modificación. Sin duda resulta una obviedad, pero así debe remarcar-se en vista de la confusión existente entre modificación y la mera aplicación de cláusulas previstas en el contrato, v. g. una revisión de precios derivada de una cláusula contractual.

Se trata de una primera divergencia entre lo que definimos como modificación y el concepto elegido por el legislador según el cual la aplicación de cláusulas de modificación previstas en el contrato también es una modificación de las condiciones iniciales (artículo 204 LCSP regula estas «modificaciones»).

Además, esta definición incluiría no sólo los cambios en el contrato formalmente considerado, sino también los cambios que se produzcan en su ejecución, pero que no cristalicen en un nuevo documento. De otro modo, esto es, ciñendo el estudio a la modificación formal del contrato, se dejaría fuera una práctica muy habitual como es la de ejecutar la modificación sin firma de adenda alguna al respecto.

c) La referencia a la modificación de un «contrato... durante su ejecución» tiene por objeto dejar al margen aquellas modificaciones que se realizan antes de la formalización del contrato y aquellas que se llevan a cabo cuando éste ha desaparecido, sea por su cumplimiento, su resolución o su anulación.

En ese sentido, el acto de formalización es el que perfecciona al contrato por lo que no es posible estar ante una «modificación del contrato» propiamente dicha¹⁴⁹.

d) La referencia al «sector público», es necesaria en cuánto que la regulación de la modificación que se aborda en este trabajo no se limita a los contratos administrativos, sino a cualquier contrato firmado por las entidades cubiertas bajo esa definición. Se trata, no hay duda, de un elemento que variará de una legislación a otra dado que es el legislador el encargado de definir qué debe considerarse como contrato del sector público.

e) La expresión de «que no produce la desaparición de su núcleo esencial» se refiere a que cualquier modificación que produce la alteración esencial

¹⁴⁹ Resolución núm. 1203/2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 28 de diciembre de 2018.

del núcleo del contrato o su desaparición y sustitución por otra, supone en realidad un nuevo contrato. Por tanto habrá que distinguir entre modificaciones y nuevos contratos, lo cual, como se verá, no siempre es fácil.

De manera similar, esta definición amplia de la modificación de un contrato es utilizada por Katie Smith, que define el objeto de su investigación (*adjustments*) como todo «*fenómeno que provoca que la ejecución material de una cláusula del contrato sea diferente a la ejecución material de una cláusula existente antes de la ocurrencia de dicho fenómeno. Este fenómeno puede resultar de las propias cláusulas del contrato, de un suceso externo, o de la aceptación por una de las partes contratantes de una obligación que difiere de la prevista en el contrato*»¹⁵⁰.

Estas concepciones de carácter amplio se matizan por la doctrina, que introducen en la definición un nuevo elemento formal: la necesidad de un acto de las partes. Así, Hoepffner considera que la modificación «*es el acto por el cual las partes o la Administración deciden alterar parcialmente los derechos y las obligaciones del contrato que se encuentra en curso de ejecución, pero sin hacerlo desaparecer*»¹⁵¹. En un sentido similar, Horgué Baena define la modificación como la «*alteración formal de las condiciones mismas en que se perfeccionara el contrato*»¹⁵².

La existencia de dos concepciones de la modificación es descrita por Vázquez Matilla, que observa que «*algunos autores afirman que hay un doble concepto de modificación del contrato: uno amplio y otro estricto. En sentido amplio, cualquier variación que pueda introducirse en el contrato y que de alguna manera produzca una nueva configuración de la misma sería considerada como una modificación contractual. En un sentido estricto, sólo serían modificaciones las alteraciones que se produzcan sobre los elementos estructurales de la relación obligatoria mientras ésta todavía persista*»¹⁵³.

El ordenamiento español no contiene una definición de modificación del contrato. Ahora bien, implícitamente sí es sensible a esta diferenciación entre su concepción amplia y su concepción estricta, estableciendo un régimen general de modificación del contrato en sentido estricto (una alteración del contenido obligacional de la relación jurídica) y distintos regímenes jurídicos para otras *especies* del género modificación. Es muy ilustrativo en ese sentido el

¹⁵⁰ SMITH, K., 2014. De entre todos los términos: «amendment», «material amendment», «variations», «changes», «adjustments», la autora elige este último por considerarlo más neutro y amplio a la hora de englobar otros fenómenos.

¹⁵¹ HOEPFFNER, H., 2009, p. 6.

¹⁵² HORGUÉ BAENA, C., 1997, p. 32.

¹⁵³ VÁZQUEZ MATILLA, J., 2015, p. 32.

artículo 203 LCSP, que se refiere a la potestad de modificar los contratos de la siguiente manera:

«1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.»

Así pues, el concepto jurídico de modificación que aquí apuntamos, más amplio, no coincide con el concepto legal, más estricto. Ante un mismo fenómeno (modificación del contrato entendida en su sentido amplio), el ordenamiento otorga diferentes respuestas según las circunstancias en las que se produzca dicha modificación.

A mi juicio, una definición uniforme de la modificación (que parta del concepto jurídico en sentido amplio) puede resultar útil para afrontar los retos de la aproximación licitocéntrica imperante. Este nuevo enfoque va limando el diferente tratamiento de todas las modificaciones del contrato, acercando su régimen jurídico hacia un sistema que examine la modificación desde el punto de vista de la licitación.

Además, una definición uniforme del concepto de modificación (acompañada de un régimen flexible) reduciría la inseguridad jurídica existente en la práctica cotidiana. Y es que, en el día a día de la contratación del sector público, poderes adjudicadores y contratistas no siempre tienen claro si la actuación que deben acometer es calificada de modificación en sentido estricto o si puede subsumirse en alguno de los regímenes especiales existentes. Ello retrasa la toma de decisión, incluso la bloquea, y convierte la modificación en una situación enormemente casuística.

2.2 DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES

El concepto de modificación manejado más arriba permite distinguir esta figura de otras que pueden llegar a resultar similares. A priori, el objeto de este trabajo es significativamente amplio: el fenómeno de la modificación de un contrato público. El hecho de estudiar un fenómeno, y no sólo la figura jurídica tal y como la define el legislador permite comprobar que son muchas las figuras que se ocupan de las variaciones entre un contrato inicial (lo que debería ser) y lo realmente ejecutado (lo que es).

Ahora bien, ya desde una perspectiva jurídica, puede ocurrir que se utilicen técnicas que, sin ser calificadas de modificación del contrato, lleven a re-

sultados similares a ésta. A continuación, y sin ánimo de exhaustividad, se tratan algunos ejemplos.

No deben confundirse estos instrumentos, que no son modificaciones contractuales, con otras que sí lo son a pesar de que el legislador les otorgue un tratamiento diferente (suspensión, ampliación plazos, cesión, etc), que serán tratados en un capítulo posterior de esta obra.

2.2.1 **La modificación de los contratos frente a la ejecución de cláusulas previstas en el contrato**

La legislación actual diferencia entre modificaciones previstas y modificaciones imprevistas (arts. 204 y 205 LCSP). Las previstas serán aquellas que las partes ya habían previsto a la hora de firmar el acuerdo inicial, mientras que las imprevistas serán las que se introduzcan durante la ejecución.

Si aceptamos que la modificación del contrato es aquel fenómeno mediante el cual se alteran *las condiciones inicialmente pactadas*, será pacífico asumir que no pueden existir «modificaciones previstas». Estos pactos no podrán ser considerados modificaciones del contrato, ni siquiera las cláusulas que quedaron sujetas a condición determinada como supuesto habilitante de su ejecución. Así pues, en ningún caso, ni en el sentido amplio ni en el estricto puede encajar la figura de las mal llamadas «modificaciones previstas» en el concepto de modificación¹⁵⁴. Esta idea no es ajena a nuestro Derecho civil, donde se entiende que si el cambio está pactado de inicio, no estamos ante una novación de las obligaciones¹⁵⁵.

Así pues, para diferenciar una modificación imprevista de una prevista puede acudir a la necesidad o no de otro acuerdo de voluntades y a la voluntad de renegociar el contrato o no. Si las partes se limitan a ejecutar lo acordado se tratará de una modificación prevista. Ahora bien, esta línea divisoria no es clara ni pacífica. Según cierta doctrina civilista, sí existiría una auténtica novación cuando se convierte una

¹⁵⁴ Cuestión distinta, insistimos, es que el legislador español, desde la LES y por imposición europea, haya diseñado un sistema como el vigente.

¹⁵⁵ Como observa este autor, el *animus novandi* es autónomo respecto del *consensus obligandi* SANCHEZ REBULLIDA, F., 1991, p. 678. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo al entender que no constituye una novación una variación ya prevista como posible en el contrato de obra inicial tal y como señala GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., 2000, p. 184. También Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 10 de septiembre de 1997 (Ar. 6401).

obligación genérica en una específica¹⁵⁶, en el caso de la concentración de las obligaciones alternativas¹⁵⁷, en la sustitución en las obligaciones facultativas¹⁵⁸, o incluso al ejecutarse la revisión de precios al amparo de una cláusula de revisión fijada en el contrato¹⁵⁹.

En el ámbito de la contratación pública, la aplicación de cláusulas que contienen elementos adaptables durante la ejecución no debe considerarse una modificación del contrato inicial en el sentido en que hemos definido ésta. Cláusulas tales como la revisión de precios o las prórrogas previstas no son modificaciones contractuales. Tampoco ninguna de las calificadas por el legislador como «modificaciones previstas»¹⁶⁰.

Más aún en un escenario donde se ha ido imponiendo un discurso que justifica la regulación de la modificación por su efecto en la licitación inicial. Pues bien, una modificación prevista en los pliegos no tendrá impacto en la licitación en la medida que todos los candidatos han podido anticiparla y adecuar sus ofertas a ella.

Sobre la actual regulación de las «modificaciones» previstas nos pronunciaremos más adelante. Sí debe advertirse que el artículo 204 LCSP prevé un conjunto de condiciones (y límites cuantitativos) para considerar válida una modificación prevista.

Entre las modificaciones previstas más habituales se encuentran la prórroga del contrato y la revisión de precios.

(A) *La prórroga del contrato*

La prórroga del contrato no debe ser confundida con su modificación. En la mayoría de ocasiones se trata solo de la aplicación de una cláusula que expre-

¹⁵⁶ HERNANDEZ GIL, A., 1988, pp. 82-83.

¹⁵⁷ Rebate esa idea DE LA CUESTA, J. M., *Revista de Derecho Privado*, 1984 dice que no se produce novación.

¹⁵⁸ Rebate esa idea RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *Revista de Derecho Privado*, 1988, p. 117.

¹⁵⁹ Aunque se trate de una jurisprudencia minoritaria BONET CORREA, J., *Revista General de Derecho*, 1987. Ver en contra la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 21 de marzo de 1995 (Ar. 2052).

¹⁶⁰ El concepto de modificación prevista puede ser considerado un oxímoron, y no es raro ver literatura que no considera como modificación todo aquel cambio o adaptación ya previsto en los pliegos o el contrato. Como ya dijera DELGADO MARTÍN y ARRIAGA, F. A., 1899, p. 206 «no debe confundirse la novación, que supone el mutuo consentimiento, con las modificaciones y alteraciones que en algunos casos, y con arreglo al pliego de condiciones, como sucede con el general de obras públicas, puede introducir la Administración (...). Nacen éstas del contrato mismo o de la ley; han sido conocidas de todos cuantos han tomado parte en la licitación, y se hallan, por consiguiente, en caso distinto de las novaciones propiamente dichas que requieren una convención nueva y distinta». Más recientemente, DOMÍNGUEZ OLIVERA, R., *EP & PPPLReview*, 2015, p. 39 ha afirmado que el concepto de «modificación prevista» es una *contradictio in terminis*. Nada hay que objetar ante ese argumento. Si una cláusula prevé que el contrato se adapte, entonces no se está modificando el contrato sino todo lo contrario, se está cumpliendo su clausulado.

samente prevé la ejecución del contrato por un plazo mayor de tiempo¹⁶¹. De hecho, se puede afirmar que con carácter general la LCSP ha quedado diseñada de manera que la prórroga no sea considerada una modificación del contrato.

En primer lugar, porque la prórroga del contrato es uno de los contenidos mínimos que debe incluir todo contrato del sector público. Así, el artículo 35.1.g) LCSP establece que el contrato debe fijar «[1]a duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas». El plazo es, por tanto, un elemento esencial en la configuración de un contrato¹⁶².

En aras de los principios que inspiran la contratación, la posibilidad de prórroga debe aparecer prevista en los pliegos. Así, el artículo 29.2 LCSP prevé la posibilidad de incluir prórrogas en el clausulado, diferenciando éstas de las modificaciones, y exigiendo que las características del contrato permanezcan inalterables.

De hecho, el plazo y la posibilidad de prórrogas son elementos necesarios a la hora de calcular el valor estimado del contrato (art. 101.2 LCSP).

Por último, no puede perderse de vista el matiz introducido en el precepto que regula la modificación. El artículo 203.1 LCSP enumera determinadas modificaciones contractuales que tienen un régimen jurídico propio, citando entre ellas la «ampliación del plazo de ejecución» sin que se utilice ya el término prórroga que sí se utilizaba en la legislación precedente. Ese cambio no es meramente terminológico si tenemos en cuenta que el artículo 195 LCSP regula expresamente la «ampliación del plazo de ejecución de los contratos». Así pues, lo que es necesario distinguir de la modificación es esa «ampliación del plazo» y no la prórroga, que es una figura claramente diferenciada.

Por tanto, y con las excepciones que se analizan más adelante, la prórroga del contrato es por regla general un acontecimiento que no supone una modificación contractual.

¹⁶¹ Solo en algunos supuestos (muchas veces patológicos) la prórroga es una modificación del contrato en la medida en que esa extensión no estaba prevista. Así ocurrirá en tres supuestos que serán estudiados más adelante en este trabajo: a) La prórroga motivada por la necesidad de mantener el equilibrio económico financiero (arts. 29.6, 270, 278 y 290 LCSP); b) La prórroga como medida necesaria para evitar un grave trastorno del servicio público en determinados supuestos de resolución (art. 213 LCSP); y c) La prórroga legal forzosa para garantizar la continuidad de la prestación, que se prevé para el contrato de servicios (art. 29.4 LCSP *in fine*) y para el contrato de concesión de servicios (art. 288 LCSP, que contiene un régimen más laxo que el art. 29.4 LCSP).

¹⁶² LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, F., *RAP*, 1982. Esta opinión es matizada, considerando que el plazo solo es relativamente esencial, en GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *REDA*, 1988.

(B) *La revisión de precios*

En términos parecidos a los que se acaba de explicar, la revisión de precios aparece regulada como una figura que debe preverse en los pliegos y en el contrato (art. 103 LCSP). Así pues, su aplicación no será una modificación del contrato, sino un incidente de ejecución del mismo.

La revisión de precios ha sido tradicionalmente un mecanismo que cumplía la doble función de servir al equilibrio financiero del contrato y de reasignar riesgos entre las partes contratantes¹⁶³. El Consejo de Estado ha considerado que el mecanismo pretende «*erigirse en un tope o límite al aleas normal contractual asumido por la contrata conforme al principio de riesgo y ventura*»¹⁶⁴. Se trata, en fin, de un mecanismo contractual idóneo para solucionar las contingencias a la que se enfrenta el contrato de una manera equilibrada.

En España, las primeras normas de revisión de precios al margen de lo pactado se introducen como solución excepcional a consecuencia de la Primera Guerra Mundial y, posteriormente, de la Guerra Civil y la Segunda Guerra Mundial. El Decreto Alba de 1917 fue el primero en tratar con el problema, si bien con un alcance muy limitado, tanto por los entes afectados (primero sólo el Ministerio de Fomento) como por los materiales sujetos a revisión, todos ellos para materiales específicos y sólo cuando sufrieran variaciones superiores al cinco por ciento¹⁶⁵.

En la década de los cuarenta se produce la construcción doctrinal de las cláusulas de revisión de precio¹⁶⁶. La revisión de los contratos se consolidó como medida en el Decreto-Ley 4 febrero de 1964, norma a la que remitía la Ley de Contratos del Estado. Ahora bien, se trata de un remedio que debía ser previsto por las partes contratantes para poderse aplicar, de ahí que se hable de una previsión convencional, no *ex lege*.

En la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 se incorporó ya como previsión general. Ahora bien, se establecieron límites para

¹⁶³ Así se pronuncia GALLEGO CÓRCOLES, I., *Contratación Administrativa Práctica*, 2008, p. 47.

¹⁶⁴ Memoria anual del Consejo de Estado del año 2011, p. 202.

¹⁶⁵ Real Decreto de 31 marzo 1917 para el Ministerio de Fomento, y que se extenderá posteriormente al de Gobernación e Instrucción Pública (Reales Decretos de 18 de abril de 1917 y 4 de agosto de 1917. Primero se pretendió hacerlo a través de norma con rango de Ley (proyecto Gasset de 10 febrero 1917 sobre regulación de precios en las contratas de Obras Públicas). Pero la disolución de las Cortes provocó que adoptara su forma de Real Decreto.

¹⁶⁶ Memoria anual del Consejo de Estado del año 1984, p. 88.

evitar posibles abusos, principalmente que una revisión temprana de precios convirtiera el procedimiento licitatorio en una mera apariencia¹⁶⁷.

Por entonces, existía cierta controversia sobre si el contratista tenía un derecho implícito a la revisión de precios o si bien éste debía figurar expresamente en los pliegos y en el contrato. El Consejo de Estado español consideró que la cláusula de revisión de precios es un pacto que nace de la voluntad contractual (*ex contractu*) y que no tenía la condición de elemento imperativamente normado (*ex lege*), que «sólo rige cuando figura en el pliego de cláusulas administrativas particulares, puesto que la Administración puede excluirla de manera razonada»¹⁶⁸. Algo más exigente, el Tribunal Supremo, consideró que su expresa exclusión en los pliegos y el contrato «puede que lesione el equilibrio financiero del contrato mas si la misma fue aceptada sin objeción a ella debe estarse pues se sustenta en la libertad de pactos»¹⁶⁹. Por su parte, el TRLCSP 2011 reguló la revisión de precios como un remedio *ex lege*, salvo pacto en contrario en los pliegos.

En cualquier caso, este debate parece ya superado por la actual regulación de la revisión de precios. Y ello porque la LCSP recoge la regla general de prohibición de toda «revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos» (art. 103.1 LCSP)¹⁷⁰. Por tanto, la revisión deja de ser un derecho *ex lege* del contratista, que a falta de previsión expresa no tendrá ese derecho¹⁷¹. Y, además, su reconocimiento solo es posible en «los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años» (art. 103.2 LCSP).

La fórmula de revisión debe quedar fijada en los pliegos (art. 103.4 LCSP) y se listan aquellos conceptos que no pueden ser objeto de revisión (art. 103.2 *in fine* LCSP). Asimismo, el artículo 103.5 LCSP establece que, en los casos en que proceda, la revisión tendrá lugar sólo cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por ciento de su importe y hubiesen transcu-

¹⁶⁷ Tras la reforma de la Ley 53/1999 la revisión se regula de manera más estricta. En este sentido GALLEGO CÓRCOLES, I., *Contratación Administrativa Práctica*, 2008, p. 48.

¹⁶⁸ Memoria anual del Consejo de Estado del año 2001, p. 166.

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 30 de junio de 2009 (EDJ 2009/150988).

¹⁷⁰ Esta regla tiene su origen en la Disposición Adicional 88.^a de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, primero, y de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, después, se ha producido una modificación de los presupuestos de la revisión de precios. Esta regulación ha pasado a la LCSP (arts. 103 a 105 LCSP), aplicable a todos los contratos del sector público.

¹⁷¹ LOZANO CUTANDA, B., y FERNÁNDEZ PUYOL, I., *Diario La Ley*, 2015.

rrido dos años desde su formalización, «[e]n consecuencia el primer 20 por ciento ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión», excepto en la concesión de servicios.

Esta regulación tan estricta supone que el mecanismo de la revisión de precios pierda parte de su utilidad como mecanismo de redistribución de riesgos.

2.2.2 La modificación del contrato frente a «nuevo contrato». La figura de los trabajos complementarios

Las alteraciones sufridas por un contrato pueden conducir al nacimiento de una nueva relación contractual (un nuevo contrato), a la subsistencia del vínculo inicial o a la resolución de éste.

La línea divisoria entre una mera modificación y un nuevo contrato no es sencilla de trazar. En muchos casos se trata de una distinción que tiene carácter jurídico y no fáctico. En efecto, la ley o la jurisprudencia crean la ficción de «contrato nuevo» ante modificaciones sustanciales con el fin de proteger el procedimiento de licitación del contrato o al contratista. De otra manera, podría producirse *«una verdadera alteración de la voluntad administrativa»* respecto a lo inicialmente previsto¹⁷².

En esa dirección van dirigidos los esfuerzos de la Unión Europea, que pretenden proteger el procedimiento de adjudicación del contrato. La Comisión observa que a través de la figura del modificado se introducen novaciones que desfiguran el contrato inicial. Un ejemplo que afecta a España es el asunto AVE (2014), en el que la Comisión no acepta que determinadas obras sean meros modificados, sino que argumenta que se está produciendo la adjudicación directa sin existir justificación para ello¹⁷³.

Hasta hace poco existía en la legislación española y en la europea una figura perfecta para ilustrar los problemas que surgen al intentar diferenciar

¹⁷² Así el Consejo de Estado en su Memoria del año 2001, p. 157.

¹⁷³ Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, no publicada, EU: T:2013:47 y Sentencia del Tribunal General, de 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-235/11, no publicada, EU: T:2013:49. Ambas Sentencias fueron casadas en favor de España debido a motivos formales por las Sentencias C-192/13 P y C-197/13 P España/Comisión, 4 septiembre de 2014, ECLI: EU: C:2014:2156. No hay que olvidar que en España ha sido común la utilización de la modificación contractual como soporte jurídico para la adjudicación directa de auténticos nuevos contratos. Así, entre otros, G. ARIÑO ORTIZ, 1968, p. 179.

modificación del contrato y «nuevo contrato». Se trataba de los contratos complementarios o accesorios¹⁷⁴.

Un contrato complementario o accesorio será el que tiene una relación de dependencia con el contrato original, pero sin que ésta sea de una intensidad tal que permita calificarlo como un mero modificador. Existe una dependencia material –el nuevo contrato se apoya en el primero–, pero una autonomía jurídica –se trata de dos contratos diferentes–. Contrato nuevo que, y esta es su principal característica, podrá ser adjudicado a través del procedimiento negociado sin publicidad. Esta posibilidad, que supone una excepción al régimen general, provoca que sólo pueda considerarse contratos complementarios a aquéllos que cumplen unas condiciones determinadas.

Tanto en Europa como en España estos contratos complementarios tenían su propio régimen jurídico. En el ámbito de la Unión Europea, la ahora derogada Directiva 2004/18 permitía en su artículo 31.4 que los contratos de obras y de servicios fuesen adjudicados mediante el procedimiento negociado sin publicidad:

«con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio:

– cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores,

o bien

— cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento. No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del importe del contrato inicial.»

En ocasiones, las excepciones que permitían acudir al procedimiento negociado sin publicidad servían en realidad como cobertura legal a la alteración de

¹⁷⁴ Sobre la problemática en España ver por ejemplo Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 de julio de 1998 (Ar. 5744). El TRLCSP establecía los contratos complementarios como casos de negociado que no requieren publicidad. (arts. 171.b para obras y 174.b para servicios, en relación con el artículo 177 TRLCSP). En el caso de suministros se habla de «entregas complementarias» del proveedor inicial que sean reposición parcial o ampliación, cuando cambiar de proveedor diera lugar a incompatibilidades o dificultades técnicas desproporcionadas de uso y de mantenimiento, siendo el plazo máximo de duración de tres años.

las condiciones iniciales del contrato¹⁷⁵. En este sentido, la profesora Horgué Baena señaló que el precepto encargado de regular los trabajos complementarios definía éstos de manera tal que encajaba perfectamente con la definición de la legislación española sobre la modificación del contrato. Concluía incluso que la modificación del contrato es una institución que no contraría la normativa comunitaria, habida cuenta que al menos su resultado final está permitido¹⁷⁶.

Y lo mismo ocurría en España. La posibilidad de llevar a cabo contratos complementarios se recoge por primera vez en el Reglamento General de Contratos del Estado de 1967, si bien referido a los contratos de obra. El artículo 153 de este Reglamento recogía el régimen de las obras complementarias o accesorias. A pesar de quedar incardinado dentro de la modificación del contrato, el precepto establece que éstas deben ser objeto de contrato independiente adjudicado siguiendo el procedimiento establecido, salvo que su valor fuese inferior al 20%, en cuyo caso podrá ser adjudicado directamente al contratista original.

En 1995, la previsión de contratos complementarios adquirió rango legislativo. Por influencia comunitaria el artículo 141 LCAP recoge los complementarios como supuesto que habilita el procedimiento de negociación sin publicidad, exigiendo que se tratase de una necesidad consecuencia de circunstancias imprevistas. Este régimen se endureció con la Ley 53/1999 quedando prevista esta posibilidad de la siguiente manera:

«d) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto, ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas, y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal de acuerdo con los precios que rigen para el contrato primitivo o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente.

Para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior deberán concurrir los siguientes requisitos respecto del contrato principal:

1. Que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar inconvenientes mayores a la Administración o que, aunque se puedan separar de la ejecución de dicho contrato, sean estrictamente necesarias para su ejecución.

2. Que las obras complementarias a ejecutar definidas en el correspondiente proyecto estén formadas, al menos, en un 50 por 100 del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal.

3. Que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 20 por 100 del precio primitivo del contrato.

¹⁷⁵ Al respecto ver HARTLEV, K., y LILJENBØL, M. W., *Public Procurement Law Review*, 2013, p. 67.

¹⁷⁶ HORGUÉ BAENA, C., 1997, p. 209.

Las demás obras complementarias que no reúnan los requisitos exigidos en los párrafos precedentes habrán de ser objeto de contratación independiente.»

El artículo 155.b) LCSP 2007 estableció para los contratos de obra:

«b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato»¹⁷⁷.

Esta redacción se mantuvo en el TRLCSP 2011 tanto para obras (art. 171.b) como servicios (art. 174.b) complementarios. En este texto se establecía explícitamente que se trataba de mecanismos al margen de la modificación (art. 105 TRLCSP).

Pues bien, la estrecha relación entre la modificación y los contratos complementarios ha llevado a que la legislación europea y la española, hayan considerado que los trabajos adicionales son realmente un supuesto de modificación del contrato. Como consecuencia jurídica se unifica el régimen jurídico de los contratos complementarios y de la modificación bajo las reglas de esta última. De esta manera la posibilidad de adjudicar directamente trabajos complementarios ya no es un supuesto de adjudicación mediante negociado sin publicidad, sino un supuesto de modificación (artículo 72 de la Directiva 2014/24 y artículo 205 LCSP). Nótese que para interpretar este nuevo supuesto de modificación pueden ser útiles los pronunciamientos sobre trabajos complementarios del Tribunal de Justicia.

2.2.3 La modificación e interpretación del contrato

La modificación del contrato se ha configurado tradicionalmente en nuestro Derecho como una prerrogativa de la Administración contratante. Sin em-

¹⁷⁷ De manera similar, el artículo 158.b) LCSP 2007 establecía la posibilidad de servicios complementarios. Ver sobre obras complementarias VÁZQUEZ MATILLA, J., *Contratación Administrativa Práctica*, 2010.

bargo, no es la única que ésta tiene a su disposición, llamando ahora nuestra atención la interpretación unilateral del contrato.

Ocurre que, en ocasiones, la poca claridad del clausulado origina problemas durante la ejecución del contrato. En el Derecho civil debe siempre buscarse una interpretación literal de las cláusulas, no aisladamente sino en el conjunto del contrato, y sólo si la literalidad de la cláusula genera problemas deberá acudir a otros mecanismos. Estos mecanismos se encuentran en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil y el 57 del Código de Comercio.

En el ámbito del Derecho administrativo, la Administración cuando contrata utilizando el mecanismo del contrato administrativo puede interpretar unilateralmente un contrato. Ahora bien, esta interpretación unilateral debe observar ciertas normas.

En primer lugar, la interpretación siempre debe estar vinculada a la finalidad del contrato¹⁷⁸. Y, dado lo exorbitante de la prerrogativa, esa finalidad debe interpretarse en sentido estricto. Es decir, que no puede forzarse la interpretación de cualquier manera, sino que la interpretación debe ser necesaria para que el contrato pueda ejecutarse como inicialmente estaba previsto. Por ejemplo, un contrato de prestación de servicio médico no puede interpretarse de manera que el contratista deba suministrar equipamiento médico de última generación dado que esa no es la finalidad esencial del contrato.

En ese sentido, la interpretación del contrato solo será necesaria cuando exista una controversia entre las partes sobre el contenido y alcance de una cláusula contractual¹⁷⁹. Si no existe esa controversia estaremos ante otras figuras, pero no ante la potestad de interpretación.

En segundo lugar, la Administración debe respetar las normas comunes sobre interpretación de los contratos que figuran en el Código Civil. Así, en la contratación del sector público primero habrá que acudir a los documentos del expediente como los pliegos de condiciones particulares o la oferta¹⁸⁰. Hecho lo cual debe acudir a la legislación de contratos. Y en caso de que las dudas persistan deberá acudir al Código Civil realizando una interpretación sistemática, lógica y finalista del clausulado de los documentos contractuales¹⁸¹.

¹⁷⁸ En ese sentido, ARIÑO ORTIZ, G., 1968, p. 222.

¹⁷⁹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 895/2012, de 18 de octubre.

¹⁸⁰ Informe núm. 63/2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 23 de julio de 2010.

¹⁸¹ Hoy esa aplicación de los criterios del Código Civil es pacífica. Por ejemplo, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, núm. 268/13, de 3 de julio de 2013. Por su interés cabe citar aquí la Resolución n.º 171/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 29 de junio de 2011: «... *No podemos olvidar que los contratos públicos son, ante todo, contratos y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de*

Entre los criterios del Código Civil destaca el que señala que la interpretación de cláusulas oscuras no debe favorecer a quien ha ocasionado la oscuridad (artículo 1.288 Código Civil). Al ser la entidad contratante la encargada de redactar los pliegos, deberá siempre interpretar las cláusulas oscuras de forma estricta¹⁸².

En tercer lugar, y esto es relevante para este trabajo, el límite máximo a la interpretación es que a través de aquella no puede reformularse el contrato, esto es, producirse modificaciones del contenido contractual¹⁸³. Ello sería así incluso en el caso en que el contratista esté conforme con la interpretación.

Desde el punto de vista procedimental, y dado que no se ha fijado un plazo para su resolución, habrá que estar a los plazos generales de la ley de procedimiento en vigor en el momento de iniciar el procedimiento de interpretación.

2.2.4 La modificación e instrucciones de ejecución del contrato

Tampoco las órdenes o instrucciones que se dan en la ejecución del contrato deben ser confundidas con la modificación del contrato. Sin embargo, en la práctica ello ocurre y no resulta raro que las órdenes se conviertan en un instrumento mal empleado, que pasa de servir de instrumento para aclarar e interpretar el proyecto a ser la vía de corrección de imprevisiones, ampliación de dotaciones, mejoras de calidades y cambios en general¹⁸⁴.

En Francia, por ejemplo, la manera de modificar unilateralmente el contrato en la práctica ha sido a través de las órdenes en la ejecución («*ordre de service*»), aunque legalmente no sea reconocida como instrumento de modificación del contrato¹⁸⁵.

acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil (...).

[En la interpretación de los pliegos] es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencias del Tribunal Supremo de 19 marzo de 2001, de 8 junio de 1984 o de 13 mayo de 1982).

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato».

¹⁸² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 27 de mayo de 2009 (rec. 4580/2006).

¹⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 20 de abril de 1999 (rec. 60/1993).

¹⁸⁴ JIMÉNEZ AYALA, J., 2003, p. 598.

¹⁸⁵ HOEPFFNER, H., 2009, pp. 358-359.

Al respecto merece la pena traer a colación la Sentencia de la Audiencia Nacional que señala que (i) las instrucciones no pueden alterar el contenido obligacional del contrato, sino sólo interpretar su sentido, sin perjuicio de que el ejercicio *ius variandi* mediante las correspondientes modificaciones contractuales resulte admisible y el contratista este obligado, en su caso, a soportarlo; (ii) las instrucciones tienen carácter puramente técnico; y (iii) las instrucciones deberán respetar el ámbito de autonomía indispensable y la libertad de organización de que goza el contratista en la ejecución de la obra, base en la que se apoya el principio de riesgo y ventura. Solamente dentro de estos límites indicados, la Administración tiene reconocida la potestad de dictar instrucciones, que si se ratifican por escrito, resultan vinculantes y directamente ejecutivas¹⁸⁶.

2.2.5 La modificación y el mantenimiento del equilibrio del contrato

Por último, es necesario distinguir la modificación del contrato de la figura del mantenimiento del equilibrio económico y financiero. Adviértase que el régimen actual del mantenimiento del equilibrio económico-financiero será sucintamente estudiado en el capítulo 7 de este libro al estudiar la modificación de las concesiones. Ahora se pretende solo llamar la atención sobre la necesidad de diferenciar estas dos figuras que habitualmente se presentan de la mano, una consecuencia de la otra, pero que tienen una naturaleza y función distinta.

Recuerde el lector que el principio del equilibrio económico-financiero del contrato asume que las partes alcanzan una determinada ecuación económico-financiera inicial que debe respetarse a lo largo de la ejecución del mismo, incluyendo dicha ecuación la asunción de ciertos riesgos, unos de carácter legal, como el riesgo y ventura, y otros de carácter convencional. Esa ecuación o economía del contrato, en el caso de los contratos onerosos «*no es sino la concreción de las ventajas que cada contratante asumió como base o causa de su consentimiento*»¹⁸⁷.

Ocurre que la modificación del contrato y el mantenimiento del equilibrio son figuras estrechamente relacionadas: una modificación contractual puede hacer surgir el derecho de cualquiera de las partes al reequilibrio el contrato y, a la inversa, ante la necesidad de reequilibrar el contrato se puede

¹⁸⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 28 de abril de 2015 (Ar. 192625).

¹⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2003 (EDJ 2003/111247) apoyándose en el art. 1274 CC.

utilizar la modificación del contrato como mecanismo para ello. Ahora bien, nada obsta a que una modificación no implique el reequilibrio del contrato (pensemos en una modificación que no tiene impacto económico).

Por el contrario, habitualmente el reequilibrio del contrato necesariamente se producirá mediante una modificación, entendida en su concepción amplia. Así, incluso una modificación que consista en la entrega de una compensación supone *de facto* una modificación aunque no se produzca una alteración del clausulado del contrato.

2.3 BREVÍSIMA TIPOLOGÍA DE LA MODIFICACIÓN

La extensa definición del concepto de modificación utilizada en este trabajo da lugar a una posible clasificación de las modificaciones según distintos parámetros. De manera sucinta se recoge aquí esa propuesta de clasificación.

En primer lugar, la modificación se puede clasificar según cuál sea la *postura de las partes*, en modificación convencional, unilateral o híbrida. Durante la ejecución del contrato la necesidad de introducir modificaciones puede provenir de una de las partes o de ambas. Cuando la modificación se plantea por una de las partes, que además tiene poder suficiente para imponerla a las demás, estaremos ante la llamada modificación unilateral del contrato. Por el contrario, si la modificación es acordada por ambas partes, entonces no existirá unilateralidad, sino que se habrá modificado el contrato en virtud de nuevo pacto. Es lo que se conoce como modificación convencional o modificación por mutuo acuerdo.

Los límites de una u otra se difuminan y entre un extremo y otro surgen lo que Hoepffner ha llamado modelos híbridos de modificación¹⁸⁸. Por ejemplo, existirán modificaciones con apariencia de unilateralidad que en realidad hayan sido pactadas con el contratista o, incluso, que haya sido éste el que haya redactado dicha modificación que acaba siendo aprobada como un acto de poder administrativo. Habrá también modificaciones aparentemente convencionales que tengan origen en la imposición unilateral de una de las partes. En este sentido, no es raro que se firmen modificados que moldeen y detallen las nuevas condiciones impuestas por el ente contratante.

La existencia de dichos modelos híbridos implica asumir que el instrumento para modificar el contrato (acto-contrato) es sólo una carcasa que esconde una realidad llena de matices.

¹⁸⁸ HOEPFFNER, H., 2009, p. 274.

En segundo lugar, *según su objeto*, la modificación puede ser subjetiva, esto es, de las partes contratantes, u objetiva, sea del plazo o de otras prestaciones objeto del contrato.

En tercer lugar, *según su origen*, la modificación puede deberse a causas internas o a causas externas a la relación contractual. Las modificaciones internas son aquellas que emanan de la voluntad de las partes, sea bilateral o unilateral, lo cual se contrapone a las modificaciones que se originan en fenómenos ajenos a la voluntad de las partes, como los que dan lugar al riesgo imprevisible o la fuerza mayor.

En cuarto lugar, la modificación se clasifica *según su magnitud*, existiendo modificaciones sustanciales y modificaciones menores. Será la norma la que establezca las consecuencias jurídicas para cada una de ellas.

En quinto lugar, las modificaciones se pueden clasificar *según sus efectos sobre el objeto*, pudiendo ser modificaciones de incremento, de reducción, o de carácter neutral.

En sexto lugar, las modificaciones se pueden clasificar *según su forma* en modificaciones expresas y modificaciones tácitas. En Derecho Administrativo la forma adquiere un sentido más profundo ya que es una manera de fortalecer y controlar la declaración de voluntad de la Administración.

En la práctica no es raro ver modificaciones tácitas del contrato. Pensemos en los supuestos en los que se permite que el contratista no realice alguna de las prestaciones a las que se obligó. Por ejemplo, en el contrato de autobús turístico de Madrid, uno de los competidores consideró que se modificó el contrato al permitir que la contratista no aportase los vehículos especiales a los que se comprometió, y que le dieron puntos suficientes para ganar la licitación. En cierta manera, la Administración exoneró al contratista de realizar esa prestación, y así lo entiende la Sala, que da la razón al competidor recurrente¹⁸⁹. Lo mismo ocurre cuando no se ejecutan las mejoras ofertadas¹⁹⁰.

En séptimo lugar, las modificaciones se clasifican *según su función* en modificaciones de mejora, de continuidad, de compensación y de regularización. Serán modificaciones de mejora son aquellas que se introducen para adaptar el contrato a nuevas necesidades. Las modificaciones de continuidad son aquellas que son imprescindibles para ejecutar el contrato como estaba previsto. No se trata de mejorar prestaciones, sino de lograr que la prestación inicial se pueda ejecutar. En tercer lugar, las modificaciones de compensación

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Contencioso-administrativo, de 7 de mayo de 2007 (EDJ. 77040).

¹⁹⁰ Informe núm. 4/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

son aquellas que están al servicio del principio de mantenimiento del equilibrio económico del contrato, siendo por tanto un medio de reacción puramente instrumental que se activan cuando se ha roto el equilibrio contractual. Por último, se habla de modificaciones de regularización cuando van encaminadas a regularizar un contrato que podría ser anulado. Pensemos por ejemplo en la modificación de alguna cláusula que fuese ilegal (v. g. una modificación la reducción del plazo del contrato ya que el inicial queda fuera de los límites legales). Esta función de la modificación se ha explorado en Francia, más en la teoría que en la práctica, donde los riesgos legales –contenciosos y penales–, de tales actos evitan que se lleven a cabo ¹⁹¹.

En octavo lugar, las modificaciones se pueden clasificar *según su legalidad* en modificaciones regulares, modificaciones irregulares y modificaciones impropias.

Las regulares son, como es obvio, aquellas que se llevan a cabo conforme a las normas sustantivas y procedimentales vigentes. Por contra, las irregulares serán aquellas que se realicen sin que se hayan dado las circunstancias habilitantes, pero también las que se realicen sin seguir los trámites oportunos o sin que éstos se realicen en el orden adecuado ¹⁹².

Dentro de las modificaciones irregulares hay que destacar las modificaciones impropias, que son aquellas que se realizan para cumplir un fin determinado, pero en realidad encubren un fin diferente.

¹⁹¹ Sobre la noción de «régularisation» escribe HOEPFFNER, H., 2009, pp. 285 a 298.

¹⁹² Memoria del Consejo de Estado del año 1990, p. 156; MUÑOZ MACHADO, S., 2006, p. 405.

CAPÍTULO 3

EL RÉGIMEN DE LA MODIFICACIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La evolución normativa de la regulación española de la modificación del contrato del sector público solo puede explicarse por la acción de la Unión Europea. Acción que se ha desplegado por la Comisión, por el Tribunal de Justicia y por el legislador, siendo las Directivas de 2014 el último paso dado¹⁹³.

No se trata, claro está, de estudiar la evolución del Derecho europeo de los contratos públicos¹⁹⁴. Basta señalar que la base jurídica utilizada por la Unión para aprobar las Directivas de contratación ha sido siempre la misma:

¹⁹³ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

¹⁹⁴ Entre los objetivos principales de la Unión Europea está el establecimiento de un mercado interior a través de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Dada su importancia económica, la contratación pública pronto destacó como uno de los ámbitos esenciales para alcanzar dicho objetivo. En un primer momento se consideró que los preceptos del Tratado serían suficientes para garantizar que la contratación pública contribuiría al objetivo del mercado interior. Por ejemplo, el artículo 31 del Tratado Constitutivo de 1957 señalaba que los Estados miembros se abstendrán de introducir entre sí nuevas restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente – con las únicas excepciones de causas de orden público, moralidad, protección de la salud, entre otras (art. 36). O el artículo 37, que obligaba a los Estados a modelar los monopolios nacionales de manera que se excluyese todo tipo de discriminación entre operadores. Sin embargo, no pasó mucho hasta que fue obvio que otros instrumentos eran necesarios. Con esa finalidad se aprobaron primero los llamados «programas generales» por los que se desarrollaba el Tratado y se suprimían las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de los servicios (1962). Después llegaron las Directivas de contratación pública, habiéndose aprobado en 2014 la cuarta generación.

alcanzar el mercado interior a través del reconocimiento mutuo (art. 53.1 TFUE) y de la armonización de los procedimientos de contratación pública (art. 114 TFUE). Para lograr ese objetivo la Unión ha ido aumentando la densidad normativa de las Directivas. Así, la primera generación de Directivas contenía 34 artículos que estaban centrados en la prohibición de aquellas especificaciones técnicas que tuviesen un efecto discriminatorio, en lograr la suficiente publicidad de los contratos y en el diseño de varios procedimientos básicos¹⁹⁵. Hoy, la cuarta generación de Directivas tiene más disposiciones y abarca más ámbitos que antes, v.g. defensa, sectores especiales o concesiones.

Las Directivas de 2014 regulan incluso algunos aspectos de la fase de ejecución del contrato, lo cual no deja de ser sorprendente. Al tratarse de unas Directivas centradas en la adjudicación del contrato, la fase de ejecución del contrato no recibía apenas atención ya que era un territorio vedado al Derecho europeo. Regular la adjudicación era ya *per se* una revolución para países como Reino Unido o Dinamarca donde las entidades adjudicadoras gozaban de gran discrecionalidad¹⁹⁶.

Si la fase ejecución no quedaba bajo el alcance del Derecho europeo, mucho menos lo estaba la modificación del contrato. Así, las Directivas no habían contemplado la posibilidad de regularla ni los Estados esperaban que ello ocurriese¹⁹⁷. Todo lo que ocurría tras la adjudicación no era objeto de las normas europeas¹⁹⁸.

De hecho, cuando la Comisión examinaba posibles incumplimientos por alteraciones del contrato inicial, las entidades adjudicadoras utilizaban dos argumentos de defensa para justificar la legalidad de su actuación desde el punto

¹⁹⁵ Directiva 71/305 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

¹⁹⁶ Ejemplo de ello es la regulación de la llamada ineficacia contractual («*ineffectiveness*») introducida en la Directiva 2007/66 y que permitía resolver contratos irregularmente adjudicados aunque ya se encontraran en plena ejecución. Se llegó a afirmar que se trataba de un mecanismo revolucionario en países como Reino Unido o Alemania. Cfr. TRYBUS, M., *Ius Publicum Network Review*, 2011; BURGI, M., 2011.

¹⁹⁷ El pensamiento dominante a nivel Derecho europeo se resume bien en la Opinión de Abogado General Fennelly en el asunto Tögel señalando que «*es una cuestión de legislación nacional el hecho de si renegociar los términos de un contrato supone la ruptura de la continuidad de dicho contrato de manera que ello conlleve la aplicación de las normas de adjudicación de la Directiva 92/50*». Cfr. AG Fennelly, Sentencia de 24.09.1998, caso C-76/97 Tögel v. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse [1998], ECLI: EU: C:1998:432, p. 66.

¹⁹⁸ Como dice Treumer, «consequences of the EU public procurement rules after the conclusion of the contract have therefore sometimes been overlooked or denied by many in theory and practice». S. TREUMER, «Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive», *Public Procurement Law Review*, vol. 23, 3, 2014., p. 148; en el mismo sentido R. NOGUELLOU, «Les nouvelles Directives et l'exécution des contrats», *Actualité juridique. Droit administratif*, vol. 15, 21 avril 2014, 2014., p. 853: «... aut fait que, pour la première fois, la réglementation européenne s'est intéressée à la phase d'exécution des contrats».

de visto del Derecho europeo: que se trataba de modificaciones contractuales y, por tanto, no estaban cubiertas por el Derecho europeo; o que en caso de considerarse nuevos contratos debía entenderse aplicable uno de los supuestos que permitía la adjudicación sin publicidad. Sin embargo, ambas vías fueron desactivadas por el Tribunal de Justicia. La primera a través de la extensión de los principios generales de la contratación a la fase de ejecución y la creación de nuevos conceptos jurídicos como «alteración sustancial». La segunda, al mantener una interpretación estricta de los supuestos que permitían la adjudicación sin publicidad, como por ejemplo la urgencia y la imprevisibilidad¹⁹⁹.

Precisamente, esa primera línea jurisprudencial es la que interesa estudiar, examinando cómo el Tribunal de Justicia fue elaborando una doctrina sobre la modificación al entender que ésta distorsionaba los procedimientos de licitación. Es decir, la idea de limitar la modificación del contrato con el objetivo de proteger el funcionamiento del procedimiento de adjudicación. Esa doctrina desarrollada por el Tribunal de Justicia, que enseguida se estudia, ha pasado a formar parte del cuarto paquete de Directivas.

Así, el activismo jurisprudencial del Tribunal de Justicia y el desarrollo legislativo posterior permiten hoy afirmar que la Unión Europea ha diseñado un modelo regulatorio respecto de la modificación de los contratos.

Con carácter previo al análisis de ese modelo deben remarcarse varias cuestiones. En primer lugar, como es sabido, la Unión sólo puede legislar sobre las materias que tiene competencia y respetando, entre otros, el principio de subsidiariedad. En este sentido, no deja de ser sorprendente que la regulación de la modificación de los contratos públicos por parte de la Unión no haya despertado en los países miembros el recelo que sí despertaron otros temas relacionados con la contratación²⁰⁰.

En segundo lugar, y esto es relevante a la hora de interpretar los conceptos tanto a nivel europeo como nacional, debe quedar claro que al incorporar esta regulación detallada repleta de conceptos indeterminados, la Unión Europea atrae hacia sí una gran cantidad de conceptos que ahora tendrán que ser interpretados siguiendo las normas europeas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Desarrollaremos este punto cuando hablemos de la «europeización» de la legislación española en materia de modificación de contratos.

¹⁹⁹ CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *REDA*, 2014.

²⁰⁰ Pensemos en el asunto Telaustria y sus derivaciones, que dieron incluso lugar a un recurso de Alemania frente a una Comunicación Interpretativa de la doctrina que surge de ese fallo. DOUE 2006/C179/02, *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas* y asunto Sentencia del Tribunal General de 20 de mayo de 2010, caso T-258/06, *Alemania c. Comisión* [2010].

Por último, dentro de lo que llamamos régimen europeo de la contratación hay que distinguir cinco regímenes jurídicos diferenciados: el régimen general (Directiva 2014/24), el régimen de concesiones (Directiva 2014/23), el régimen de sectores especiales regulados (Directiva 2014/25), el régimen del sector de Defensa (Directiva 2009/81) y el régimen de los contratos fuera del alcance de las Directivas, pero al que se aplica determinadas normas del Tratado²⁰¹.

En el presente capítulo se estudia el régimen de la Directiva 2014/24. Aunque las reglas de adjudicación del contrato varían mucho entre las tres Directivas aprobadas en 2014, gozando de menor flexibilidad la Directiva 2014/24, curiosamente no ocurre lo mismo con las reglas de modificación de contratos, que son prácticamente iguales en los tres casos (en el Capítulo 7 se profundiza en las otras dos Directivas).

3.1 EL ACTIVISMO JUDICIAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La regulación europea de la modificación de contratos tiene su origen en la doctrina desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, positivizada después en el paquete de Directivas de 2014. La esencia de esta doctrina es proteger la licitación inicial de posibles distorsiones que podría producir la modificación posterior del contrato. La solución adoptada no es otra que limitar la posibilidad de modificar el contrato.

En los trabajos que describen este proceso suele siempre partirse de los asuntos *Succhi di Frutta* o *Presstext* como los *leading case* en la materia, y a continuación se estudia la evolución doctrinal de manera cronológica. En el presente estudio, sin embargo, no se sigue un orden cronológico, sino que se aborda la jurisprudencia según los diferentes aspectos de la regulación²⁰².

²⁰¹ Ver CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *REDE*, 2014.

²⁰² Los asuntos que directamente tratan sobre la modificación son los siguientes:

– En *Succhi di Frutta* (2004) el Tribunal estudió una modificación en la naturaleza de la contraprestación durante la ejecución de un contrato de cooperación exterior (precio pasa de ser manzanas a melocotones). Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU: C:2004:236.

– En *Presstext* (2008) se aborda un cambio de contratista, una alteración de divisa y la supresión de una cláusula de terminación si bien ninguna de ellas se considera sustancial. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU: C:2008:351.

– En el asunto *Wall* (2010) se aborda un cambio de subcontratista, teniendo en cuenta que la oferta resultó vencedora precisamente por la experiencia de ese subcontratista. Sentencia del Tribunal de Justicia de sentencia de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, EU: C:2010:182.

3.1.1 El fundamento para limitar la modificación de los contratos: los principios de la contratación

El Tribunal considera que la adjudicación de los contratos se regula con la idea de servir al cumplimiento de unos objetivos comunitarios, principalmente la consecución del mercado interior. Para ello, además de las reglas sustantivas deben observarse también unos principios informadores sobre los que se estructura todo el sistema regulatorio. Aceptar que un contrato se pueda modificar sin límite después de ser adjudicado supone burlar ese sistema de adjudicación y, por tanto, los principios que lo informan.

El asunto *Succhi di Frutta* aborda un supuesto en el que la Comisión actuaba como ente adjudicador en un contrato de suministros a terceros países, siendo la contraprestación la entrega de determinadas frutas (por ejemplo, se suministra zumo concentrado a cambio de fruta). Durante la ejecución ocurre que, ante la escasez de manzanas, se sustituye el precio por melocotones, aceptándolo la Comisión y siendo denunciado por uno de los licitadores que fue apartado de la adjudicación²⁰³.

En el desarrollo de su argumentación, el Tribunal de Primera Instancia vincula expresamente la modificación del contrato a la licitación y a los principios que informan el procedimiento. Frente a ello la Comisión considera que el Tribunal *«lleva demasiado lejos el principio de igualdad de trato entre dos licitadores. Si bien es cierto que en los procedimientos de licitación pública todos los licitadores*

– El asunto *Comisión contra España* (2010) se centra en la introducción de obras complementarias en un contrato de concesión de un tramo de la autovía del Noroeste A-6, considerando la Comisión que se trata de una modificación de las condiciones iniciales. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de abril de 2010, Comisión/España, C-423/07, EU: C:2010:211.

– En el asunto *Comisión contra Alemania* (2010) aumenta el área de ejecución de los servicios de ambulancia de manera sistemática los contratos existentes sin volver a licitar. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2010, Comisión/Alemania, C-160/08, EU: C:2010:230.

– En el asunto *España contra Comisión* (2013) la Comisión entiende que en lugar de meras modificaciones se estaba adjudicando directamente nuevos contratos. Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, no publicada, EU: T:2013:47 y Sentencia del Tribunal General, de 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-235/11, no publicada, EU: T:2013:49.

Ambas Sentencias fueron casadas en favor de España debido a motivos formales por las Sentencias C-192/13 P y C-197/13 P España/Comisión, 4 septiembre de 2014, ECLI: EU: C:2014:2156.

– En el asunto *Idrodinámica* (2014) se plantea la modificación subjetiva del contrato debido a la alteración en la composición de una UTE. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de mayo de 2014, *Idrodinámica Spurgo Velox* y otros, C-161/13, EU: C:2014:307.

– En el asunto *Finn Frogne* (2016), se plantea un acuerdo transaccional que reduce el objeto del contrato, se cambia (pasa de alquilar instalaciones a comprarlas), se renuncia a penalidades, interponiéndose recurso por tercero que no participó. Sentencia de 7 de septiembre de 2016, caso C-549/14 *Finn Frogne*, ECLI: EU: C:2016:634.

²⁰³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU: C:2004:236.

deben recibir el mismo trato antes de la adjudicación, una vez efectuada la adjudicación la condición jurídica de los licitadores adjudicatarios y de los no adjudicatarios es distinta (...). Por consiguiente, la Comisión afirma que, tras la adjudicación, dejan de aplicarse las Directivas sobre contratos públicos»²⁰⁴.

En casación, el Tribunal de Justicia sigue la línea de la instancia y recuerda la importancia del principio de igualdad y la obligación de transparencia que éste implica para alcanzar una competencia sana y efectiva:

«110. El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.

111. Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata.

(...) 115. En tal contexto, corresponde por tanto a la Comisión, en su condición de entidad adjudicadora, cumplir estrictamente los criterios que ella misma ha establecido, no sólo durante el procedimiento de licitación propiamente dicho, que tiene por objeto la evaluación de las ofertas y la selección del adjudicatario, sino, más en general, hasta la finalización de la fase de ejecución del contrato de que se trata.

116. Por consiguiente, si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

(...) 120. En efecto, 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.

121. Además, dicha práctica supondría inevitablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas» (énfasis añadido).

²⁰⁴ Conclusiones del Abogado General Alber presentadas en el asunto Comisión/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU: C:2002:610, ap. 21).

Como se observa se produce una vinculación entre la modificación del contrato, y la licitación inicial y sus principios rectores. En el mismo sentido se pronunciaría en *Presstext*, cuando afirma que una modificación de una condición importante del contrato «*a falta de una habilitación expresa en este sentido contenida en los términos del contrato inicial, implicaría el riesgo de una vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato de los licitadores (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, antes citada, apartado 121)*»²⁰⁵.

Es en el *asunto Wall*, en el que por cierto el Abogado General realiza una completísima descripción del principio de transparencia, donde más nítidamente se observa la conexión entre los principios y las modificaciones:

«37. Al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato»²⁰⁶.

Convertir al principio de igualdad de trato y de transparencia en los pilares que impiden la modificación del contrato tiene como principal consecuencia jurídica que la doctrina sea trasladable también a contratos que quedan fuera de las Directivas, pero dentro de la órbita de las reglas del Tratado (ello opera en virtud de la llamada doctrina de las obligaciones positivas del Tratado –asunto *Telaustria* y siguientes)²⁰⁷. Un ejemplo lo tenemos precisamente en el *asunto Wall*, un contrato de concesión de servicios no cubierto por las Directivas en el que el Tribunal señala que «*las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva*»²⁰⁸.

²⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *presstext* *Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU: C:2008:351, ap. 60.

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, EU: C:2010:182, ap. 37; y en el apartado siguiente repite el test de *Presstext*.

²⁰⁷ CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *REDE*, 2014.

²⁰⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de abril de 2010, *Wall*, C-91/08, EU: C:2010:182. En el mismo sentido ocurre con la contratación de las instituciones europeas, que no sujeta a las Directivas, sí lo está al Tratado y a las normas del Reglamento Financiero (actualmente vigente es el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión). Al respecto ver Auto de 16 de mayo de 2018, *Argus Security Projects/Comisión y EUBAM Libya*, T-206/17, no publicado, ap. 63: «À titre liminaire, il convient de rappeler que même si les directives concernant la passation des marchés publics ne sont pas

3.1.2 De la renegociación a la modificación sustancial: mecanismos para saber si estamos ante un nuevo contrato

En el asunto *Tögel*, en el que se discute si hubo o no nuevo contrato a la luz de unas negociaciones posteriores a la entrada en vigor de la Directiva, el Abogado General Fennelly distingue entre dos supuestos:

«63. Si la relación entre las partes contratantes es firme y vinculante en Derecho nacional, de tal modo que incluso las variaciones del precio y de otras condiciones se producen en el contexto de un mismo contrato vinculante que continúa vigente, la Directiva sobre servicios no afecta a dicha relación. Si, en cambio, conforme al Derecho nacional, constituye meramente una relación duradera que establece un marco para la renegociación periódica de las condiciones, soy del parecer de que, a la primera ocasión, deben aplicarse los procedimientos contemplados en la Directiva sobre servicios ²⁰⁹.

El razonamiento hace énfasis en la renegociación, entendiendo por ésta la necesidad de llegar a nuevos acuerdos. Si del contrato inicial se deducen mecanismos que permitan alteraciones sin la necesidad de nuevos acuerdos estaremos ante una relación continuada. Si, en cambio, se requiere un nuevo acuerdo, se tratará de nuevas condiciones y por tanto nuevo contrato ²¹⁰.

Ahora bien, la consideración de si estamos o no ante un nuevo contrato no recae sólo en la voluntad de las partes de renegociar el contrato. Ello dificultaría enormemente la tarea de saber cuándo una modificación estaba o no permitida. Por eso se hace necesario objetivar esa voluntad.

La manera de objetivizar la voluntad de los contratantes es acudir a la magnitud de la modificación. Surge entonces el concepto de «alteración sustancial», primero como medida para conocer si existe deseo de renegociar el contrato, y luego como concepto totalmente autónomo, que se desprende del elemento subjetivo.

applicables aux marchés publics passés par l'administration de l'Union, les règles ou principes édictés ou dégagés dans le cadre de ces directives peuvent être invoqués à l'encontre de ladite administration lorsqu'ils n'apparaissent que comme l'expression spécifique de règles fondamentales du traité et de principes généraux du droit qui s'imposent directement à l'administration de l'Union (voir, en ce sens, arrêts du 12 décembre 2012, *Evropaïki Dynamiki/EFSA*, T-457/07, non publié, EU: T:2012:671, point 36, et du 29 octobre 2015, *Direct Way et Direct Way Worldwide/Parlement*, T-126/13, EU: T:2015:819, point 9)».

²⁰⁹ Conclusiones del Abogado General Fennelly presentadas en el asunto *Tögel*, C-76/97, EU: C:1998:161, ap. 63.

²¹⁰ Otro asunto que normalmente pasa desapercibido –por centrarse en la fase de adjudicación y no en la ejecución–, pero que tiene importancia en este sentido, es el asunto *Comisión contra Francia* en el que la entidad adjudicadora entiende que se trata de un mismo procedimiento de adjudicación mientras que la Comisión considera que los cambios introducidos durante la negociación fueron tales que demuestran la intención de las partes de renegociar los términos esenciales del contrato. Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia*, C-337/98, EU: C:2000:543, ap. 44.

Un primer acercamiento a nuevos conceptos se encuentra en el *asunto Succhi di Frutta* donde se afirma que la entidad adjudicadora no puede desvincularse de una de las «modalidades esenciales» estipuladas en el contrato²¹¹. El Tribunal profundiza en esta objetivización de la voluntad de las partes en la Sentencia del *asunto AVE*:

«69. Asimismo, tampoco puede acogerse la alegación del Reino de España según la cual alteró las prestaciones contratadas en algunos de sus elementos caracterizadores, pero manteniéndose el mismo contrato inicialmente celebrado, de modo que la modificación del contrato inicial no puede considerarse sustancial. Como se desprende de la jurisprudencia, con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación del contrato cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato»²¹².

Esta técnica aparece claramente en el asunto *Finn Frogne* donde ya parece abandonarse el criterio subjetivo:

«32. Sin embargo, procede hacer constar que ni el hecho de que una modificación sustancial de los términos de un contrato público se deba no a la voluntad deliberada del poder adjudicador y del adjudicatario de renegociar los términos de dicho contrato, sino a su voluntad de hallar una solución de compromiso a las dificultades objetivas encontradas en la ejecución de dicho contrato, ni el carácter objetivamente aleatorio de la realización de ciertas actividades pueden justificar que se decida proceder a esa modificación sin respetar el principio de igualdad de trato, que debe beneficiar a todas las empresas potencialmente interesadas en un contrato público.

33. En primer lugar, por lo que respecta a las razones que pueden llevar al poder adjudicador y al adjudicatario de un contrato a proyectar una modificación sustancial del mismo que requiere la apertura de un nuevo procedimiento de adjudicación, es preciso indicar, por una parte, que no constituye un criterio de-

²¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU: C:2004:236, ap. 119.

²¹² En ese caso el Tribunal consideró que se trataba de modificaciones sustanciales debido a que tenían «un valor económico significativo», además de porque revestían «una importancia mayor, en la medida en que versan, en particular, sobre la ejecución de falsos túneles y de un viaducto. Por tanto, el Reino de España no puede alegar que la obra que se ha de ejecutar continúa siendo la inicialmente prevista, es decir, la línea de ferrocarril de alta velocidad, ni que las prestaciones objeto del contrato inicialmente celebrado se mantuvieron sin alteración esencial». Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, no publicada, EU: T:2013:47 y Sentencia del Tribunal General, de 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-235/11, no publicada, EU: T:2013:49. Sin embargo, el Tribunal de Justicia casa la sentencia por motivos exclusivamente formales (en concreto, que la Comisión había excedido el límite temporal para formular su acción).

terminante la referencia a la voluntad deliberada de las partes de renegociar los términos de ese contrato.

Es cierto que se hizo referencia a esta intención en el apartado 44 de la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C337/98, EU: C:2000:543), primera sentencia en la que el Tribunal de Justicia examinó esta problemática. Sin embargo, como se desprende de los apartados 42 a 44 de dicha sentencia, esa formulación presentaba un interés circunstancial en el contexto de hecho específico del asunto en que se dictó la sentencia. Por el contrario, la calificación de modificación sustancial debe analizarse desde un punto de vista objetivo, aplicando los criterios recordados en el apartado 28 de la presente sentencia [se refiere a los criterios sentados en *Presstetext*, que enseguida veremos]²¹³.

Ahora bien, fue la sentencia en el *asunto Presstetext* la primera que dio un salto cualitativo en la materia al desarrollar un esquema que gira sobre la doctrina de la alteración sustancial²¹⁴ y ya no sobre la voluntad de las partes.

La Sentencia del *asunto Presstetext* es el resultado de una decisión prejudicial elevada al Tribunal de Justicia por el Bundesvergabeamt austriaco en el marco de un litigio mantenido entre *Presstetext Nachrichtenagentur* por un lado y la República de Austria por otro. Los hechos son como siguen: en 2004, *Presstetext* ofrece al Estado sus servicios de agencia de prensa, servicio que estaba contratado desde 1994 con APA-OTS. Dicho contrato había sido modificado a través de acuerdos adicionales en 2000, 2001 y 2005. Estas modificaciones supusieron un cambio en la figura del contratista, un ajuste de precios debido a la entrada en el euro y la inaplicación de la cláusula de terminación del contrato. *Presstetext* solicita que estos acuerdos se consideren «adjudicaciones de facto» que no han seguido las normas europeas sobre adjudicación.

En su cuestión prejudicial, el Tribunal austriaco pretende que el Tribunal de Justicia elabore el concepto de «adjudicación» de un contrato con el objeto de aclarar si la modificación de un contrato preexistente constituye una nueva adjudicación. Ello tiene grandes repercusiones prácticas en tanto que si una modificación del contrato se considera una nueva adjudicación, deben seguirse los procedimientos fijados en la Directiva, lo cual requiere una nueva licitación.

Por tanto, lo primero que el Tribunal austríaco busca es que el Tribunal de Justicia defina si en el caso de hechos hay una adjudicación del contrato. El razonamiento del Tribunal de Justicia es el siguiente:

²¹³ Sentencia de 7 de septiembre de 2016, caso C-549/14 *Finn Frogne*, ECLI: EU: C:2016:634, pars. 32 y 33.

²¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *presstetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU: C:2008:351. Hacen referencia explícita a dicha doctrina en J. M. HEBLY; P. HEINJSBROOK, 2013, p. 163.

i) En primer lugar, el Tribunal de Justicia cita los objetivos y medios del Derecho Europeo de la contratación pública, afirmando que «[el] objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es garantizar la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados Miembros»²¹⁵. Para dar cumplimiento a dicho objetivo, el Derecho comunitario dispone de tres medios principales: el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores y la correspondiente obligación de transparencia.

ii) En segundo lugar, el Tribunal de Justicia elabora su regla general: habrá nueva adjudicación cuando las modificaciones supongan una alteración sustancial del contrato. Así, afirma que «[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 contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato»²¹⁶.

El Tribunal de Justicia sigue en este punto las conclusiones de la Abogada General Juliane Kokott en ese mismo asunto²¹⁷. Ésta comienza reconociendo que, sobre todo en los contratos de «*ejecución sucesiva y en los de larga duración*», pueden surgir circunstancias imprevisibles que requieran la adaptación del contrato para la correcta ejecución del mismo. Entonces será necesario buscar el correcto equilibrio entre eficiencia en la prestación del servicio y el principio de igualdad de oportunidades para todos los contratistas²¹⁸.

Cuando la Abogada General aborda la interpretación del término adjudicación, lo hace teniendo claro los objetivos de la Directiva, que no son otros que *suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y proteger los intereses de los operadores económicos de otros Estados miembros* [evitando que] *los poderes públicos adjudicadores den preferencia a los*

²¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, ap. 31 (citando la sentencia de 11 enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C 26/03, ap. 44).

²¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, ap. 34.

²¹⁷ Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU: C:2008:167.

²¹⁸ Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU: C:2008:167, aps. 43 y 44.

*licitadores o candidatos nacionales y que se guíen en la adjudicación de contratos por consideraciones que no tengan carácter económico»*²¹⁹.

Es precisamente la consecución de los objetivos de la norma europea la base que le lleva a afirmar que requieren un nuevo proceso de adjudicación aquellas «*modificaciones esenciales del contrato (...) capaces, en el caso concreto, de falsear la competencia en el mercado de que se trate y de dar preferencia a los contratistas del adjudicador público frente a otros posibles prestadores de servicios*»²²⁰.

De nuevo, siguiendo a la Abogada General, el Tribunal enumera las modificaciones del contrato que pueden ser calificadas como alteraciones sustanciales, realizando una suerte de test de materialidad²²¹. Intenta así dar respuesta a la pregunta que inmediatamente surge: ¿cuándo estamos ante una modificación sustancial?

Pues bien, la modificación de un contrato en vigor «puede» considerarse sustancial cuando se cumpla uno de estos extremos:

Test de licitación: a) «*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*»²²².

Test de objeto: b) «*cuando amplía el contrato en gran medida, a servicios inicialmente no previstos*»²²³.

Test de equilibrio: c) «*cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial*»²²⁴.

Como se observa, las causas que originan la modificación no son tenidas en cuenta en este triple examen²²⁵.

²¹⁹ Conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU: C:2008:167., ap. 46.

²²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU: C:2008:351, ap. 48.

²²¹ Coincido con BROWN, A., *Public Procurement Law Review*, 2008, cit., p. 260 en que estos puntos no eran más que ejemplo, útiles sin duda, pero ejemplos. A mi juicio la Directiva sí establece un *numerus clausus*.

²²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU: C:2008:351, ap. 35.

²²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU: C:2008:351, ap. 36.

²²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU: C:2008:351, ap. 37.

²²⁵ Como se ha dicho, «*el TJUE parece prescindir de las causas que motivan la modificación de lo pactado*» Cfr. GALLEGO CÓRCOLES, I., *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2016, p. 124.

Esta formulación, que denominaré *test de Presstext*, ha sido aplicada por la jurisprudencia posterior tanto europea como nacional y ha sido incorporada en la Directiva y en la legislación nacional como uno de los supuestos que permiten la modificación del contrato.

En definitiva, la creación de conceptos como «alteración sustancial», «modificación esencial» o similares no es más que una manera de objetivizar el impacto de la modificación en los principios que rigen la contratación. Se huye, pues, de la utilización de parámetros subjetivos como la voluntad de las partes. A partir de entonces, con independencia de la voluntad de las partes lo que se estudia es el resultado de sus acciones.

3.2 LA REGULACIÓN DE LA MODIFICACIÓN EN LAS DIRECTIVAS DE 2014

La reciente aprobación del cuarto paquete de Directivas se enmarca dentro de la estrategia Europa 2020 y más en concreto de las acciones prioritarias expuestas en el Acta del Mercado Único de 2011²²⁶. Cuando la Comisión lanzó el Libro Verde sobre la necesidad de reforma de las Directivas de contratación pública se incluyó una sección sobre «interrogantes acerca de la ejecución del contrato»²²⁷. Esta sección incluyó a su vez un epígrafe dedicado a la modificación del contrato en el que se cuestionaba la claridad de la doctrina del Tribunal de Justicia y la inseguridad jurídica que provocaba. Por ello, se planteó si no deberían las Directivas regular la cuestión de las modificaciones sustanciales del contrato²²⁸.

El Libro Verde planteó si no sería adecuado introducir procedimientos sencillos para la adjudicación de los modificados sustanciales –y pone de

²²⁶ Comunicación de la Comisión, *Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva*, de 27 de octubre de 2010, COM(2010) 608; y la Comunicación de la Comisión, *Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza. «Juntos por un nuevo crecimiento»* {SEC(2011) 467 final}; Bruselas, 13.4.2011 COM(2011) 206 final. Dentro de sus doce objetivos se encontraba el de la «*Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos para llegar a una política equilibrada que preste su apoyo a una demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos del medio ambiente, socialmente responsables e innovadores. La revisión, además, deberá ofrecer a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y habrá de garantizar un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME*».

²²⁷ COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, Bruselas, 27 de enero de 2011, COM(2011)15 final.

²²⁸ A pesar de los desarrollos jurisprudenciales, se trataba de un tema de gran incertidumbre. Sobre las limitaciones que ofrecía el marco jurisprudencial se pronuncian HEBLY, J. M y HEIJNSBROEK, P., 2013, p. 180.

ejemplo el procedimiento negociado sin publicidad, que «ofrece ya una solución para algunos cambios específicos»²²⁹.

En definitiva, el objetivo que inicialmente perseguía la Comisión Europea en su intención de regular la modificación era sencillamente arrojar luz sobre la doctrina jurisprudencial existente y tratar de reconducir la modificación hacia los procedimientos de adjudicación existentes.

Este Libro Verde dio pie a un periodo de consulta pública en que una mayoría de interesados consideró que, en efecto, era necesario codificar y aclarar la doctrina del Tribunal de Justicia²³⁰. Por ejemplo, el Comité Económico y Social defendió que no se flexibilizase el procedimiento de adjudicación en caso de modificaciones sustanciales por «el riesgo de corrupción y/o la falta de seguridad contractual» que ello conllevaría²³¹. No consideró lo mismo el Comité de las Regiones al entender que las nuevas normas añadirían una nueva carga sobre las entidades contratantes y reducirían la flexibilidad de la contratación, por lo que defendía una posición basada en comunicaciones interpretativas de la Comisión que aclaren cómo enfrentarse a la modificación de los contratos²³².

Posteriormente la Comisión redactó su propuesta definitiva dando lugar al inicio de un procedimiento legislativo ordinario²³³. El Consejo y el Parlamento dividieron la Directiva en 10 grupos de trabajo, incluyendo a la modificación en el Cluster 8 «Sound procedures». Durante el procedimiento legislativo hubo cambios significativos respecto al borrador inicial, sobre todo de estructura, que estudiaremos al analizar cada uno de los párrafos del texto. A mediados de 2013 se alcanza un texto de compromiso²³⁴ y el 15 de enero de 2014 se aprueban en el Parlamento los distintos instrumentos jurídicos.

La modificación de los contratos se regula de manera muy similar en las tres Directivas aprobadas²³⁵. En la Directiva 2014/24 la regulación de la modificación se encuentra situada en el Capítulo IV «Ejecución del contrato», que se ocupa del establecimiento de condiciones especiales para la ejecución del

²²⁹ COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente, Bruselas, 27 de enero de 2011, COM(2011)15 final, p. 27.

²³⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Synthesis Document*, p. 13; ver también COMISIÓN EUROPEA *Staff Working Paper*, Impact Assessment SEC (2011) 1585 final.

²³¹ *Diario Oficial de la Unión Europea* de 29 octubre 2011, 2011/C318/19.

²³² OJ C 391, 18.12.2012.

²³³ Propuestas de COM (2011) 895final; COM (2011) 896final; COM (2011) 897final.

²³⁴ Texto de Compromiso 2011/0438 COD, de 12 de julio de 2013.

²³⁵ Art. 43 de la Directiva 2014/23 de concesiones, Art. 72 Directiva 2014/24 y Art. 89 de la Directiva 2014/25 de sectores especiales.

contrato (art. 70), la subcontratación (art. 71), la modificación de los contratos durante su ejecución (art. 72) y la terminación de los contratos (art. 73). Se trata sin duda de uno de los puntos clave de las nuevas Directivas²³⁶.

En cuanto al marco temporal de aplicación de las Directivas, es razonable sostener que habrá que estar a la regla general de entender aplicables las normas en función del momento en que se adjudicó el contrato original. Es decir, que la modificación bebe del régimen jurídico del contrato original²³⁷.

3.2.1 Aspectos generales del artículo 72 de la Directiva 2014/24

El artículo 72 establece los supuestos que no requieren una nueva licitación (arts. 72.1 y 72.2), estableciendo como cláusula de cierre que «[s]erá prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2» (art. 72.5).

A mi juicio, los supuestos que no requieren una nueva licitación deben entenderse como un *numerus clausus*. No solo por la literalidad de la cláusula de cierre del artículo 72.5 sino también por la interpretación restrictiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia²³⁸.

El artículo 72 en su primer apartado (art. 72.1) comienza estableciendo como regla general que los contratos y acuerdos marco pueden modificarse sin un nuevo procedimiento en cualquiera de los supuestos que se recogen en el precepto²³⁹.

²³⁶ GIMENO FELIÚ, J. M., *REDA*, 2013, pp. 74 y ss.

²³⁷ Se podría argumentar que la modificación se rige por la norma europea vigente en el momento en que se inicia el procedimiento. Así sería si atendemos a lo que el Abogado General Hogan sostiene para la adjudicación de contratos en el asunto Irgita: «[s]egún jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, el momento pertinente para determinar la legislación aplicable a un contrato público es aquel en que la autoridad no solo elige el tipo de procedimiento que va a seguir, sino en que decide también con carácter definitivo si tiene o no la obligación de proceder a una convocatoria de licitación previa para la adjudicación del contrato público. (6) Si se adoptó esa decisión antes de la fecha de terminación del plazo de transposición de la última directiva, en este caso la Directiva 2014/24, resultaría manifiestamente contrario al principio de seguridad jurídica determinar el Derecho aplicable al caso de autos mediante referencia a la fecha de adjudicación del contrato.(7)». Cfr. Conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en el asunto Irgita y Kauno švara (C 285/18, EU: C:2019:369), apartado 30.

²³⁸ De la opinión contraria es TREUMER, S., *Public Procurement Law Review*, 2014, p. 148

²³⁹ Es curioso el cambio de redacción que sufre el artículo en el proceso legislativo. En el texto original no se parte de una regla general de permitir la modificación, sino que comienza directamente con la doctrina de la alteración sustancial.

El artículo pasa entonces a enumerar los supuestos en los cuales se podrá modificar el contrato. Debe subrayarse que el precepto expresamente dice que «*en cualquiera de los casos siguientes*». Es decir, que con que se dé uno de los supuestos sería suficiente para poder modificar el contrato, con independencia de que los demás concurren o no.

(A) *Las modificaciones previstas*

El apartado a) del artículo 72.1 de la Directiva recoge el supuesto de las llamadas modificaciones previstas. El precepto señala que el contrato podrá modificarse:

«a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco.»

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2014/24 ya se entendía que la introducción de cláusulas que regulasen la modificación del contrato era aceptable desde el punto de vista del Derecho europeo²⁴⁰. El Abogado General Bot en sus conclusiones en el asunto Wall capta a la perfección la esencia de las modificaciones previstas, observando que «*cuando la entidad adjudicadora prevé que determinadas condiciones de la adjudicación del contrato pueden ajustarse tras la selección del concesionario y se refiere expresamente en el pliego de condiciones a esta posibilidad de adaptación, así como la forma en que puede hacerse efectiva, todas las empresas interesadas en participar en la concesión tienen conocimiento de estas circunstancias desde el primer momento y se encuentran, de este modo, en condiciones de igualdad en el momento de formular sus ofertas*»²⁴¹.

Ahora, el artículo 72.1.a) muestra la voluntad de las Directivas de que la posibilidad de modificar el contrato sea detallada en los pliegos, de manera que los cambios futuros no afecten a la licitación. Ello se logra a través de la inclusión de

²⁴⁰ Ver HARTLEV, K., y LILJENBØL, M. W., *Public Procurement Law Review*, 2013, p. 58; Un ejemplo de ello es la posición del Tribunal de Justicia en el asunto *Succhi*, como contraponen modificaciones previstas (permitidas) a no previstas (no permitidas) en sus apartados 118 y 119 antecitados.

²⁴¹ Conclusiones del Abogado General Bot presentadas en el asunto Wall, C-91/08, EU: C:2009:659, ap. 65; hay que destacar el estudio detallado que realiza el jurista acerca de la obligación de transparencia (considerandos 34-89).

cláusulas específicas centradas en la modificación. La Directiva proporciona algunos ejemplos de las funciones de estas cláusulas en su considerando 111:

- Indexaciones de precios
- Garantizar que, por ejemplo, equipos de telecomunicaciones que deban entregarse durante un período determinado sigan siendo idóneos, incluso en caso de modificación de protocolos de comunicación u otros cambios tecnológicos.
- Establecer las adaptaciones del contrato que sean necesarias a causa de dificultades técnicas que hayan surgido durante el funcionamiento o mantenimiento.
- Prever intervenciones de mantenimiento habitual como de mantenimiento extraordinario, que puedan resultar necesarias para asegurar la continuidad de un servicio público.
- El artículo menciona las «opciones» como tipo de cláusula, pero la Directiva no ofrece una definición al respecto²⁴².

Lo complicado es saber el grado de detalle que deben tener esas cláusulas ya que si son muy detalladas corren el riesgo de no ser útiles, y si son muy amplias pueden no tener el efecto deseado de protección de la licitación.

Para que estas cláusulas puedan dar válidamente cobertura jurídica a una modificación contractual debe observarse un requisito formal y un requisito material. El requisito formal para que estas cláusulas tengan valor como tales es que se redacten de manera «clara, precisa e inequívoca». Una posible manera de analizar este requisito es comprobar si la ejecución de la cláusula requiere negociación entre las partes o por el contrario es de ejecución automática.

Además, como requisito material, se impone como condición de eficacia el que las propias cláusulas determinen «*el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse*». El Tribunal de Justicia ya ha señalado que la mera remisión a la legislación nacional no respeta el principio de transparencia exigido por el Derecho europeo²⁴³.

²⁴² Algunos autores consideran que en la contratación pública una opción es la posibilidad de adquirir más bienes y servicios en unas condiciones previamente fijadas en el contrato HARTLEV, K., y LIL-JENBØL, M. W., *Public Procurement Law Review*, 2013, p. 60.

²⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de abril de 2010, Comisión/España, C-423/07, EU: C:2010:211, ap. 65; lo mismo en Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, no publicada, EU: T:2013:47, ap. 61.

Por último, no por obvio es menos necesario resaltar que toda cláusula de modificación debe cumplir estos dos requisitos ya en los documentos de la adjudicación, sin que sea posible hacerlo directamente en el contrato.

Respecto a los límites, el punto de partida es que las modificaciones previstas pueden incluirse «*con independencia de su valor pecuniario*»²⁴⁴. En ese sentido, nótese que el Tribunal de Justicia ya había sostenido que «*el poder adjudicador puede reservarse la posibilidad de introducir ciertas modificaciones, incluso sustanciales, en el contrato con posterioridad a su adjudicación, a condición de que lo haya establecido así en la documentación que rige el procedimiento de adjudicación*»²⁴⁵.

Ahora bien, «*tales cláusulas no deben proporcionarles una discrecionalidad ilimitada*» (Considerando 111 de la Directiva). Y es que estas cláusulas no pueden alterar la naturaleza global del contrato. Veremos más adelante en qué consiste este límite de la «naturaleza global del contrato», que es común a muchos de los supuestos de la modificación.

(B) *Los trabajos adicionales*

El apartado b) del artículo 72.1 recoge la posibilidad de modificar el contrato para introducir trabajos adicionales:

«b) para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista:

²⁴⁴ Como veremos al estudiar la legislación española, la LCSP ha impuesto un límite cuantitativo a este tipo de modificaciones previstas. Entonces se cuestionará si esta solución es conforme o no al Derecho de la Unión.

²⁴⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia 7 de septiembre de 2016, caso C-549/14 Finn Frogne, ECLI:EU:C:2016:634, par. 36. En esa Sentencia el Tribunal añade:

37 En efecto, aunque el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia deben respetarse incluso en relación con los contratos públicos especiales, ello no impide tomar en consideración los rasgos específicos de tales contratos. La conciliación de este imperativo jurídico y de esta necesidad concreta requiere, por una parte, un respeto estricto de las condiciones del contrato establecidas en la documentación del mismo hasta que finalice la fase de ejecución de ese contrato, pero también, por otra parte, la posibilidad de establecer expresamente en esa documentación la facultad del poder adjudicador de adaptar determinadas condiciones de dicho contrato, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación. Al establecer expresamente esa facultad y determinar el modo de aplicarla en dicha documentación, el poder adjudicador garantiza que todos los operadores económicos interesados en participar en ese contrato tengan conocimiento de ello desde el principio y se encuentren así en pie de igualdad en el momento de formular su oferta (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU: C:2004:236, apartados 112, 115, 117 y 118).

38 En cambio, si estas previsiones no figuran en la documentación del contrato, la necesidad de aplicar idénticas condiciones a todos los operadores económicos en un contrato público dado exige, en caso de modificación sustancial del contrato, abrir un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU: C:2004:236, apartado 127).

- i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y
- ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva.»

Así pues, la Directiva ha incorporado como supuesto de modificación lo que hasta ahora era uno de los supuestos de adjudicación a través del negociado sin publicidad de la Directiva 2004/18 (art. 31.2.b y 31.4.b). Y lo ha hecho con una gran flexibilidad, mayor incluso que la manera en que anterior Directiva regulaba los trabajos adicionales.

El considerando 108 señala que este supuesto de la modificación se podrá utilizar «*en particular cuando las entregas adicionales constituyan, bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes*».

Los dos requisitos que debe cumplir este tipo de modificaciones son que i) se trate de trabajos adicionales, es decir, según el texto, que los nuevos trabajos resulten necesarios y que no estén incluidos en la contratación original; y ii) que cambiar al contratista no sea factible por razones económicas o técnicas o genere inconvenientes significativos o aumento sustancial de costes. Nótese que ya no se exige en este punto que concurren «circunstancias imprevistas» como sí se hacía en la Directiva 2004/18 para este tipo de trabajos.

Estos requisitos han quedado redactados mediante conceptos jurídicos indeterminados por lo que, *a priori* y hasta que se consolide una jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, permitirán cierto margen de apreciación a los poderes adjudicadores. Por ejemplo, surgen dudas de cómo se interpretarán conceptos como trabajos que «resulten necesarios» o que un cambio de contratista «genere inconvenientes significativos».

Ahora bien, el punto de partida debe ser una interpretación estricta, en la medida en que las modificaciones sin procedimiento de adjudicación suponen excepciones al sistema general de contratación y sus principios. De hecho, esa interpretación estricta es la que realizaba el Tribunal de Justicia cuando examinaba los casos de trabajos complementarios como supuesto que permitía acudir al procedimiento negociado sin publicidad. Así, no acepta que no se pueda

cambiar de contratista por razón de preservar la homogeneidad de la flota²⁴⁶, de garantizar la continuación de unas obras en un proyecto complejo²⁴⁷, o de evitar interferencias técnicas en obras en curso²⁴⁸.

Respecto a los límites, se establece un techo del 50% del valor del contrato, aplicado a en cada ocasión que se decida modificar bajo este supuesto. Una previsión extremadamente flexible que se aparta del criterio de la Directiva 2004/18, que establecía un techo del 50% acumulado. Para evitar que se utilice de manera abusiva se establece que «modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva».

Tanto en este supuesto como en el siguiente (circunstancias imprevisibles), el uso de porcentajes máximos que no tienen carácter acumulativo sino que se aplican a cada modificación por separado es considerado como uno de los aspectos más criticables del texto y no ha sido recogido por la legislación española²⁴⁹.

Como manera de compensar la extrema flexibilidad para modificar el contrato bajo este supuesto, el precepto impone la obligación de publicar un anuncio de la modificación en el DOUE, una vez ésta se haya producido. Ello sigue la línea de la Directiva 2004/14 y la manera que regulaba este supuesto de procedimiento negociado sin publicidad. Este anuncio contendrá la información establecida en el anexo V, parte G, y se publicará de conformidad con el artículo 51 de la Directiva.

(C) *Circunstancias imprevisibles*

El apartado c) del artículo 72.1 recoge la posibilidad de modificar el contrato cuando ello sea necesario por venir causado por circunstancias imprevisibles:

«c) cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- i) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever,
- ii) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato,
- iii) que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al

²⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2008, caso C-337/05 Comisión c. Italia, ECLI: EU: C:2008:203.

²⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2004, caso C-385/02 Comisión c. Italia, ECLI: EU: C:2004:522.

²⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1995, caso C-57/94 Comisión c. Italia, ECLI: EU: C:1995:150.

²⁴⁹ En este sentido también GALLEGO CÓRCOLES, I., 2015, p. 41.

valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva.»

La anterior Directiva 2004/18 consideraba este supuesto como uno de los que habilitaba el uso del procedimiento negociado sin publicidad. Ahora, en las nuevas Directivas, pasa a ser también un supuesto para modificar el contrato²⁵⁰.

El precepto contiene elementos que otorgan flexibilidad a la entidad adjudicadora tales como la posibilidad de realizar cualquier tipo de cambio o no exigir urgencia alguna, que sí era exigida para adjudicación a través del procedimiento negociado sin publicidad. Como observa Calatayud Prats, ello parece permitir modificaciones por errores imprevisibles, incorporación de avances técnicos, la fuerza mayor, el *factum principis* y supuestos del hasta ahora llamado «riesgo imprevisible»²⁵¹.

Este supuesto tiene como límite no poder alterar la naturaleza global del contrato concepto que analizaré más adelante, no tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva, ni superar el 50%, que de nuevo se mide de manera individual en cada cambio.

Además, como ocurría en el anterior caso, es necesario publicar un anuncio de la modificación en el DOUE.

Es requisito esencial para utilizar esta modalidad que la modificación se derive de circunstancias *que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever*. Según el considerando 109 de la Directiva, se trata de «*aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible*». Por tanto, el concepto de circunstancias imprevisibles se compone elementos subjetivos (v. g. medios a disposición) y elementos objetivos (v. g. características del proyecto).

En este sentido, es interesante examinar lo que el Tribunal de Justicia entiende por imprevisibilidad²⁵². Así, no puede existir imprevisibilidad en una circunstancia que supone un problema existente y recurrente desde años. Tampoco concurren estas circunstancias imprevisibles cuando la entidad adjudicadora tiene datos suficientes o cuando, sin tenerlos, podía prever que esa circunstancia acontecie-

²⁵⁰ El artículo 32.2 de la Directiva sí mantiene este supuesto como justificación para acudir al procedimiento negociado sin publicación previa.

²⁵¹ CALATAYUD PRATS, I., *La Administración al día*, 2018.

²⁵² Este aspecto lo estudio con más detenimiento en CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *REDA*, 2014.

se²⁵³. O cuando era posible anticipar ese eventual aumento del riesgo de inundaciones²⁵⁴.

En general, las circunstancias internas de cada Estado no pueden justificar el incumplimiento de obligaciones y plazos fijados en la Directiva²⁵⁵. Es relevante, por ejemplo, que el Tribunal de Justicia considera que no son imprevisibles las circunstancias derivadas de las decisiones de otras Administraciones competentes. Así, en el asunto *Ems* se plantea si puede ser considerado como acontecimiento imprevisible el que una autoridad competente niegue su aprobación a un proyecto en el seno de un procedimiento administrativo. Se trata del proyecto de dragado del Bajo Ems (Alemania). Dicho proyecto es paralizado por el Gobierno de la región debido a posibles daños ecológicos, admitiéndose sólo las obras en una pequeña porción. Pues bien, el Tribunal considera que «[e]l hecho de que, antes de la fecha límite prevista a tal fin, una entidad que debe dar su aprobación a un proyecto formule objeciones por razones que tiene derecho a alegar constituye, por tanto, un elemento previsible en el desarrollo del procedimiento de aprobación de los planes»²⁵⁶.

Interesa ahora traer a colación el supuesto examinado por el Tribunal General acerca de las modificaciones introducidas en la construcción de un tramo del AVE. Allí, el Tribunal General entiende que no son circunstancias imprevisibles el crecimiento de población o los efectos provocados por ésta, ni tampoco las condiciones geotécnicas del terreno²⁵⁷.

El Reino de España considera que el crecimiento de la población fue del todo imprevisible, lo cual supuso que, en aras de reducir el efecto de la contaminación acústica los Ayuntamientos afectados solicitasen la construcción de determinados túneles. Sin embargo, el Tribunal no acepta esa razón como un hecho imprevisible por tres razones:

– En primer lugar, porque una entidad diligente debía prever el crecimiento demográfico²⁵⁸.

²⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1992, Comisión/España, C-24/91, EU: C:1992:134.

²⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2004, Comisión/Italia, C-385/02, EU: C:2004:522.

²⁵⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1998, Comisión/Bélgica, C-323/96, EU: C:1998:411, ap. 42.

²⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, EU: C:1996:149, ap. 18. En un sentido similar, sentencia de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia, C-394/02, EU: C:2005:336.

²⁵⁷ Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, EU: T:2013:47. En el mismo sentido sentencia de 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-235/11, EU: T:2013:49. Ambas revocadas por cuestiones formales.

²⁵⁸ Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, EU: T:2013:47, ap. 81.

– En segundo lugar, porque niega la existencia de un crecimiento excepcional ya que, según gráficos demográficos, *«el crecimiento demográfico de dicha zona ha sido constante»*. Incluso, en el momento de realizar el proyecto ya existía *«la posibilidad concreta de un avance de las zonas urbanizadas hasta la traza de la vía férrea»*²⁵⁹.

– En tercer lugar, porque entiende que se trata de obras de infraestructura que se prolonga durante varios años, por lo que un diligente poder adjudicador debió tener en cuenta la posibilidad del crecimiento de la población *«al menos durante la realización de tales infraestructuras»*²⁶⁰.

Tampoco era imprevisible, según el Tribunal General, la modificación del plan urbanístico de uno de los municipios dado que se trataría de una cuestión interna²⁶¹, y dado que la diligencia de la entidad adjudicadora incluía *«obtener un consenso previo sobre las soluciones proyectadas con los municipios afectados»*²⁶². El Tribunal expresamente reprocha *«no haber presentado ninguna prueba de la existencia de contacto alguno previo entre la entidad adjudicadora y el municipio afectado antes de dicha licitación»*²⁶³.

Respecto al *«desconocimiento de los niveles de contaminación del terreno, de los cambios en la tipología de cimentaciones y estructuras, de las diferencias en las condiciones geotécnicas en túneles y estructuras y de las diferencias en las condiciones de dureza del suelo»*, el Tribunal sostiene que los informes aportados por España *«no están vinculadas al caso concreto y no permiten demostrar que existieran realmente en el caso de autos circunstancias imprevistas que justificaran la excepción»*²⁶⁴.

Además, el Tribunal considera que las omisiones y errores de mediciones no son circunstancias imprevistas según las Directivas²⁶⁵.

En definitiva, y dado que el nuevo artículo 72 de la Directiva no recoge supuestos concretos de imprevisibilidad, habrá que tener en cuenta la estricta interpretación del Tribunal al respecto.

²⁵⁹ Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, EU: T:2013:47, ap. 82.

²⁶⁰ Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, EU: T:2013:47, ap. 83.

²⁶¹ Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, EU: T:2013:47, ap. 89 *«(...) el Reino de España no puede fundarse en el hecho de que, en Derecho español, la aprobación del PGOU sea competencia de las Comunidades Autónomas y los municipios y que los proyectos de infraestructuras ferroviarias deban tener en cuenta la planificación urbanística llevada a cabo por los municipios cuyo territorio debe atravesar una vía férrea para justificar el incumplimiento del artículo 20 de la Directiva 93/38»*.

²⁶² Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, EU: T:2013:47, ap. 90.

²⁶³ Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, EU: T:2013:47, ap. 93.

²⁶⁴ Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, EU: T:2013:47, ap. 101.

²⁶⁵ Sentencia del Tribunal General 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, EU: T:2013:47, ap. 109.

(D) *Las modificaciones subjetivas*

En este punto, y por el carácter especial de las modificaciones subjetivas, hay que remitirse al estudio específico que de ellas se realiza en el Capítulo 7 de esta obra.

(E) *Las modificaciones no sustanciales*

El apartado e) del artículo 72.1 de la Directiva permite aquellas modificaciones que «*con independencia de su valor*», no sean sustanciales conforme a los criterios fijados en el artículo 72.4. Este precepto comienza señalando que:

«72.4 Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes: (...)»

Este apartado 4 define como sustancial aquella modificación cuyo resultado sea un contrato «de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio». Esa es la regla general, construida sobre un concepto jurídico, el de naturaleza del contrato, que deberá concretarse caso por caso (más adelante en este trabajo aborda su estudio).

Además, el precepto incluye cuatro supuestos en los que el contrato siempre se considerará sustancial (en el test *Presstext* se decía «puede considerarse sustancial», mientras que ahora se utiliza el mandato «se considerará sustancial»):

- a) que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;
- b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;
- c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;
- d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).»

Así pues, el artículo 72.4 recoge la doctrina sentada en el asunto *Presstext* acerca del concepto de «modificación sustancial». Una redacción repleta de conceptos jurídicos indeterminados que provocan que se trate de un triple test altamente especulativo²⁶⁶. Veamos de qué manera se ha codificado el antecitado triple test de *Presstext*:

a) *que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;*

En primer lugar se ha codificado el llamado «test de licitación». Parte de este primer test ya se recogió en el asunto *Succhi di Frutta* donde se produce un cambio en la modalidad de pago. También en el asunto *Wall*, cuando el contratista altera durante la ejecución un elemento que le hizo ganar, en este caso uno de los subcontratistas²⁶⁷.

El tercer inciso no había sido recogido anteriormente («... *habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación...*»). Y será precisamente éste el que mayor repercusión práctica alcance por su mayor facilidad probatoria. Será necesario aportar elementos objetivos de los que se deduzca la potencial voluntad de participación, lo cual es más sencillo que probar que el resultado de la licitación hubiese sido diferente. Por ejemplo, se podrán aportar comunicaciones con la entidad contratante mostrando interés en cierto contrato, o su participación en contratos similares.

Un ejemplo de ello es el asunto *Finn Frogne*, en el que se reduce el objeto del contrato como consecuencia de un acuerdo transaccional que ponía fin a un litigio entre las partes. Según el Tribunal de Justicia, esa reducción «*puede tener como consecuencia ponerlo al alcance de un mayor número de operadores económicos (...) puede hacerlo interesante igualmente para operadores*

²⁶⁶ HARTLEV, K., y LILJENBØL, M. W., *Public Procurement Law Review*, 2013, p. 55.

²⁶⁷ El Abogado General se muestra tajante al respecto: «68. A mi juicio, esta práctica, si bien la admite la entidad adjudicadora, infringe la obligación de transparencia y el principio de igualdad de trato de los licitadores. Al actuar de este modo, la entidad adjudicadora sustrae la oferta de FES, tal como queda modificada, de un examen serio y transparente de las diferentes candidaturas, lo cual puede deparar a la empresa una ventaja injustificada para obtener el contrato. (...). 71. (...) su oferta inicial, tal como fue aceptada por la Stadt Frankfurt am Main, se revele como una oferta de fachada cuyo entramado global no perseguía otro fin que el consistente en que los competidores serios quedaran descartados para así obtener la concesión, pero con el propósito, que se manifestó inmediatamente, de ejecutarla en condiciones económicas y técnicas diferentes de las expuestas en la oferta y que fueron las únicas que quedaron sometidas a la competencia».

*económicos de menor tamaño»*²⁶⁸. Y añade que se habría atraído a mayor número de participantes cuando la modificación suponga un cambio en los requisitos mínimos de capacidad exigidos a los candidatos para ejecutar el contrato.

b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;

Como señala el Tribunal en el asunto *Pressetext*, un ajuste automático derivado de circunstancias externas no constituirá un cambio material (en ese caso, la conversión de divisa nacional)²⁶⁹. Tampoco lo será si quién se ve beneficiado es el ente adjudicador. Esto encuentra su justificación en que lo que se pretende con estas normas es que la modificación no falsee el resultado de la adjudicación²⁷⁰.

Será interesante ver la manera en la que encaja este precepto con la modificación derivada del mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Habrá que comprobar caso por caso qué medidas que sirven para compensar desequilibrios superan este «test de equilibrio».

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;

Por último se lleva a cabo el «test del objeto contractual». Hay que decir que la ampliación del contrato «de forma importante» no deja de ser un concepto jurídico indeterminado. ¿Qué ocurre cuando la variación no es tan clara? El caso *Comisión contra Alemania* se ocupa precisamente de esa cuestión²⁷¹. Se trata de una ampliación de un contrato para cubrir un nuevo puesto de socorro. Aquí se plantean dos formas de medir la variación. Por un lado, la Sala toma como referencia los umbrales de las Directivas. Tras citar la doctrina de

²⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia, 7 septiembre de 2016, C-549/14 *Finn Frogne*, ECLI: EU: C:2016:634, ap. 29.

²⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU: C:2008:351, ap. 57.

²⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU: C:2008:351, aps. 85 y 86: «Además, por un lado, el aumento del descuento, cuyo efecto es reducir la remuneración percibida por el adjudicatario respecto a la inicialmente prevista, no modifica el equilibrio económico del contrato en beneficio del adjudicatario.»; «Por otro lado, el mero hecho de que la entidad adjudicadora obtenga un descuento más elevado sobre una parte de las prestaciones que son objeto del contrato no puede suponer una distorsión de la competencia en detrimento de licitadores potenciales».

²⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2010, *Comisión/Alemania*, C-160/08, EU: C:2010:230; el asunto es interesante en tanto que supone una acción de incumplimiento elevada por la Comisión ante la práctica común de Alemania en la adjudicación de sus servicios de ambulancias sin publicidad alguna. En uno de los puntos se debate acerca de la ampliación de un contrato.

la modificación sustancial contenida en *Pressetext*, considera que la explotación del nuevo puesto de socorro tiene un valor de más de 673.000 euros, lo cual es «muy superior a los umbrales de aplicación fijados en el artículo 7 de las Directivas 92/50 y 2004/18»²⁷². Por otro lado, la Abogada General Trstenjak llega a la misma conclusión, que se trata de modificaciones esenciales que requerían nueva adjudicación, pero lo hace utilizando como parámetro de comparación el valor del contrato original. Así, la modificación supone «una ampliación de la zona de prestación de los servicios de aproximadamente el 25 por ciento y un incremento del valor del contrato en un porcentaje no inferior al 15 por ciento»²⁷³. Ambos han sido recogidos en las Directivas de 2014 como límites objetivos para saber cuándo la modificación debe ser considerada un nuevo contrato.

El Tribunal también hace referencia a la magnitud de las alteraciones en el caso *Comisión c. Francia* como medida para discernir si existe un nuevo contrato o no. En ese caso, el contratista propone la utilización de un material distinto. La Sala entiende que no hay un nuevo contrato si el cambio es «insignificante» y afirma que «no cabe excluir que, en un procedimiento negociado que, por su propia naturaleza, puede abarcar un amplio período de tiempo, las partes tengan en cuenta las nuevas evoluciones tecnológicas producidas durante el desarrollo de las negociaciones, sin que en cada ocasión haya que considerar este hecho como una nueva negociación de los aspectos esenciales del contrato que justifique la aplicación de las nuevas normas jurídicas»²⁷⁴.

(F) *Las modificaciones menores*

El artículo 72.2 de la Directiva recoge la posibilidad de introducir modificaciones menores, introduciendo así una regla *de minimis*:

«72. 2. Por otra parte, también se podrá modificar un contrato sin necesidad de comprobar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d), y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de contrata-

²⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia, 29 abril de 2010, Comisión/Alemania, C-160/08, EU: C:2010:230, ap. 100.

²⁷³ Conclusiones de la Abogada General Trstenjak presentadas en el asunto Comisión/Alemania, C-160/08, EU: C:2010:67, ap. 135.

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, EU: C:2000:543, ap. 51. En este caso se trata de la negociación de los términos de un contrato durante un procedimiento de adjudicación. La Comisión entiende que al retomar las negociaciones y cambiar ciertos aspectos se está ante un nuevo contrato. El Tribunal falla en contra, negando la existencia de un nuevo contrato dado que las modificaciones introducidas no son sustanciales.

■ LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

ción de conformidad con la presente Directiva si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes:

- i) los umbrales indicados en el artículo 4, y
- ii) el 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.»

El considerando 107, en su segundo párrafo afirma que *«en todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales de minimis, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación»*.

El artículo desactiva la aplicación del 72.4, esto es, de la sustancialidad o no de la modificación. Expresamente dice que no es necesario atender a si la modificación es sustancial. Tan sólo debe atenderse a los límites que el propio precepto fija. Estos límites son de carácter económico, como los umbrales de las Directivas y los porcentajes fijados en el precepto y de carácter no económico, esto es, que no se altere la naturaleza global del contrato, v. g. pensemos en un contrato de suministro que cambia el objeto a uno menos sofisticado en el que hubiese habido mayor competencia.

Así, una modificación menor que no altere la naturaleza del contrato original no requiere mayor análisis. Si supera los límites fijados habrá que comprobar si se aplica alguno de los supuestos del artículo 72.1. Primero, habrá que comprobar si puede ser incardinado en los supuestos a)-d). Si ello no es posible todavía podría justificarse la modificación si se logra argumentar con éxito que no se trata de una modificación sustancial según el apartado e). Si tampoco fuese posible no sería posible llevar a cabo la modificación y habrá que licitar de nuevo.

3.2.2 La compleja relación entre los apartados del precepto

El artículo 72 de la Directiva, al tratar de abarcar un amplio número de supuestos, resulta algo complejo, sobre todo en lo que respecta a la relación entre unos apartados y otros.

En primer lugar, el artículo 72.1 señala que se podrá llevar a cabo la modificación bajo «cualquiera» de los supuestos que en él se recogen. El problema radica en que, después de fijar una serie de supuestos tasados, letras a) a d), el artículo 72.1.e) afirma que se podrán llevar a cabo toda modificación que no sea sustancial.

Así pues, aunque la modificación no pueda ser considerada dentro de los supuestos a)-d), podría ser no sustancial (72.1.e). Y podría también ocurrir lo contrario, que una modificación sustancial pueda ser llevada a cabo si se subsume en alguno de los supuestos a)-d). Es decir, que una modificación basada en alguno de los supuestos a)-d) debe exclusivamente fijarse en los límites que incorpora y no en el test de sustancialidad del apartado e). Y es que la Directiva deja un amplio margen para llevar a cabo modificaciones sustanciales cuando ello está justificado²⁷⁵.

Ahora bien, será muy complicado demostrar que una modificación que supera los límites del artículo 72.1.a)-d) no es sustancial en los términos del artículo 72.1.e). Al respecto señala Domínguez Olivera que los párrafos 72.1 y 72.2 contienen una serie de límites indeterminados (no alterar la naturaleza global del contrato, o no distorsionar licitación, etc) que, en la práctica, convierten a una modificación que los sobrepase en una modificación sustancial²⁷⁶.

Lo que sí está claro es que subsumir una modificación en uno u otro supuesto tiene consecuencias jurídicas desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea: su régimen jurídico cambia. Por ejemplo, las Directivas solo imponen la publicación de modificaciones en el *Diario Oficial de la Unión Europea* en caso de modificaciones por trabajos adicionales y por circunstancias imprevisibles.

3.2.3 El límite de la «naturaleza global del contrato»

No alterar la naturaleza global del contrato es un límite que comparten los supuestos de modificaciones previstas, de modificaciones derivadas de circunstancias imprevisibles y de modificaciones menores. Sin embargo, la Directiva no define qué debe entenderse por alteración de la naturaleza global²⁷⁷.

²⁷⁵ En este sentido también BRODEC, J., y JANECEK, V., *Public Procurement Law Review*, 2015.

²⁷⁶ DOMÍNGUEZ OLIVERA, R., *EP & PPPLReview*, 2015, pp. 38 y 39.

²⁷⁷ Como se verá, esta incertidumbre alcanza a la regulación española, que incorpora acriticamente este concepto. En ese sentido comparto con VILLAR EZCURRA, J. L., 2017 que la utilización de este concepto en alguno de los supuestos es «una de las mayores zonas de incertidumbre».

Los distintos autores se aproximan al concepto desde distintas ópticas. Para Horgué Baena este concepto «*está aludiendo a un cambio que implica una subversión del propio tipo de contrato o de su objeto, al punto de hacerlo radicalmente distinto, o que pueda entenderse que comporta su sustitución*»²⁷⁸.

Para Gallego Córcoles, este criterio de «naturaleza global» no hace referencia a la naturaleza del contrato sino a las características esenciales del procedimiento de contratación llevado a cabo²⁷⁹. Esa alteración sería lo que Giannelli ha llamado «*essenzialità procedimentale*» de la modificación²⁸⁰.

Para Arrowsmith, en el caso de modificaciones previstas es necesario no solo analizar la similitud de las prestaciones, sino también su cantidad. Considera, por ejemplo, que no sería jurídicamente viable una cláusula que permitiera pasar de 10 unidades a 50²⁸¹.

Puede ser útil también la aproximación de Hoepffner que considera que el contrato queda desnaturalizado por la existencia de un objeto nuevo, por un cambio sustancial en la economía del contrato (el llamado «*bouleversement*») o por la amplitud de la modificación²⁸².

A mi juicio, la respuesta debe buscarse en el espíritu de la norma sobre modificación del contrato, en su razón de ser: proteger la licitación. La naturaleza del contrato se habrá alterado por una modificación si ésta puede afectar a la licitación. No se trataría de un examen centrado en la magnitud de la modificación o en su objeto, sino en su capacidad de impactar en el procedimiento de adjudicación. Así parece deducirse de la Directiva que en su considerando 109 afirma que esta naturaleza se altera «*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*». Es decir, la Directiva, en línea con su enfoque licito-céntrico, vincula la existencia de una alteración de la naturaleza del contrato a que pueda existir una «hipotética influencia en el resultado».

Ocurre que hay modificaciones, como la sustitución del objeto del contrato o la alteración del tipo contractual, que constituyen una presunción *iuris tantum* de que esa potencial afectación de la licitación se ha producido y, por tanto, que la naturaleza global del contrato ha variado.

²⁷⁸ HORGUÉ BAENA, 2018, p. 2277.

²⁷⁹ GALLEGO CÓRCOLES, I., 2015, p. 29.

²⁸⁰ GIANNELLI, A., 2012, p. 239. La autora considera que la esencialidad de una modificación puede ser de carácter procedimental, de carácter discriminatorio o de carácter monopolístico.

²⁸¹ ARROWSMITH, S., 2015, p. 589.

²⁸² HOEPFFNER, H., 2009.

3.3 EL SISTEMA DE TUTELA EUROPEO ANTE MODIFICACIONES IRREGULARES

Uno de los aspectos que más problemas plantea en el proceso de acoplamiento de las normas supranacionales al Derecho interno es el que se refiere a la revisión de las decisiones administrativas. En el ámbito de la contratación, el sistema de normas europeo pone a disposición de los interesados (principalmente licitadores, pero no sólo) un conjunto de recursos y remedios frente a la vulneración de las normas. Son las llamadas Directivas de recursos, aprobadas entre 1989 y 1992 y modificadas en 2007²⁸³.

En lo que respecta a la modificación, tradicionalmente los riesgos de una reclamación por modificación contractual eran bajos ya que los potenciales interesados no tenían noticia de los cambios y, aunque los tuvieran, era improbable que encontraran base legal a efectos de obtener una indemnización. Sin embargo, este panorama cambió gracias a la introducción del remedio de ineficacia (en España transpuesto inicialmente como «cuestión de nulidad», hoy incluida en el recurso especial) y a la recepción en las Directivas de la doctrina del Tribunal de Justicia²⁸⁴.

En todo caso, respecto a los recursos se plantea si estos están disponibles en el caso de la modificación. La respuesta debe ser afirmativa si atendemos al artículo 1.1 *in fine* de la Directiva de recursos:

«(...) los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.»

Así, pues, cualquier decisión que infrinja las Directivas de contratación debe poder ser recurrida, con independencia de si se trata de una decisión en la fase de adjudicación o en la de ejecución. Por tanto, los Estados Miembros deben poner a disposición de los interesados los recursos pertinentes para poder recurrir las decisiones de los poderes adjudicadores respecto a la modificación de los contratos²⁸⁵.

²⁸³ Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

²⁸⁴ ARROWSMITH, S., 2015, p. 579.

²⁸⁵ En España esta posibilidad se ha previsto expresamente en la regulación del recurso especial en materia de contratación aprobada mediante la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

Además, es razonable sostener que, conforme a ese mismo precepto, los sistemas nacionales deban permitir que se impugnen las decisiones relativas a la resolución del contrato derivada de una modificación del contrato (imagínemos que el contratista alega que hubiese sido posible modificarlo de manera legal y defendiendo que produce una auténtica resolución unilateral sin justificación alguna).

3.3.1 El remedio de la nulidad de la modificación

Dado que hasta 2014 no existía regulación europea en materia de modificación, ésta se examinaba como si se tratase de un nuevo contrato que debía ser adjudicado siguiendo la Directiva so pena de ser considerado una adjudicación directa ilegal. Precisamente, la Directiva 2007/66 trajo una importante novedad para combatir estas infracciones: la llamada declaración de ineficacia («*ineffectiveness*» en inglés).

Las Directivas de recursos hablan de ineficacia entendiendo por tal que «el contrato no produzca efectos», esto es, «que los derechos y las obligaciones de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución». Si hasta ahora las Directivas de recurso no establecían consecuencias a los incumplimientos, más allá de la compensación por daños y perjuicios, tras la reforma de 2007 se introduce este potente instrumento de ineficacia contractual (artículo 2 *quinquies* de la Directiva 2007/66).

Como señala la Directiva en sus considerandos, se trata de establecer «una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria» para evitar las adjudicaciones irregulares. Efectiva porque se considera la manera «*más eficaz de restaurar la competencia y de crear nuevas oportunidades empresariales para aquellos operadores económicos a los que se haya privado ilegalmente de sus oportunidades de competir*»²⁸⁶. Disuasoria porque frustra el fin de la entidad de adjudicar el contrato sin observar los procedimientos fijados, además de imponerle sanciones alternativas cuando sea pertinente. Proporcionada porque no se trata de una declaración automática sino que debe someterse a determinadas excepciones como enseguida veremos. Desde luego que los Estados podrán ampliarlos, pero como mínimo deben contemplar la consecuencia de la ineficacia para los supuestos que considera infracciones más graves de la Directiva de contratación (contratación directa) y de la propia Directiva de recursos (no observancia de plazo suspensivo y de la suspensión automática).

²⁸⁶ Considerando 14 de la Directiva 2007/66/CE.

La Directiva, como manifestación del principio de proporcionalidad, acompaña tan poderoso mecanismo de algunos elementos que sirven para contrarrestar sus posibles efectos sobre la actividad pública.

– En primer lugar, la Directiva remite al Derecho interno la fijación de sus consecuencias jurídicas. Así, la Directiva otorga libertad a los Estados Miembros para establecer si la ineficacia tendrá efectos *ex nunc*, esto es, desde el presente hacia el futuro, o *ex tunc*, desde el primer momento hacia el presente, lo cual conlleva anular las obligaciones con efectos retroactivos. Ahora bien, en caso de optar por una ineficacia *ex nunc*, la Directiva impone el establecimiento de sanciones complementarias que consistirán (y aquí parece que no hay más opciones) en la imposición de multas al poder adjudicador y la reducción de la duración del contrato, con la intensidad que aprecie el órgano de recurso.

– En segundo lugar, existe la posibilidad de mantener los efectos del contrato en determinados supuestos.

Los Estados pueden prever supuestos en que el órgano de recurso no pueda declarar la ineficacia del contrato, manteniendo así los efectos del contrato. Esta opción debe considerarse excepcional y por ello se limita a situaciones en las que concurren «razones imperiosas de interés general», un concepto de Derecho europeo que como tal debe ser interpretado. Para ayudar a dicha interpretación el propio texto recoge varias consideraciones sobre cuándo se pueden esgrimir tales razones. En estos casos, el órgano de recurso debe establecer las sanciones alternativas fijadas en el artículo 2.6 del texto, que como en el caso de las sanciones complementarias serán multas coercitivas y reducción del contrato.

– En tercer lugar, en el caso de adjudicación directa se entiende que no es de aplicación la ineficacia si el ente adjudicador publica lo que se ha denominado «anuncio de transparencia previa voluntaria» («ATPV»).

El ATPV consiste en un anuncio en el que el ente adjudicador expone los motivos que le llevaron a considerar su actuación acorde a las Directivas.

Ahora bien, hay que plantearse si este mecanismo sigue siendo vigente en el caso de la modificación del contrato tras la aprobación de la Directiva de 2014. El ATPV sólo es aplicable a la modificación irregular si se entiende ésta como una adjudicación ilegal. Si, en cambio, se considera que no hay nueva adjudicación sino infracción de las normas del artículo 72, entonces este mecanismo no podrá ser utilizado.

– En cuarto lugar, la proporcionalidad se observa en el equilibrio que se traza entre legalidad y seguridad jurídica, obligando a los Estados Miembros a

establecer unos plazos mínimos de prescripción de las acciones de ineficacia. Así, el plazo para no poder interponer el recurso será de i) treinta días desde que se haya publicado el ATPV; ii) treinta días desde que se haya notificado la formalización del contrato a los licitadores y candidatos afectados; iii) y como cláusula de cierre, se produce la prescripción de la acción a los seis meses de la formalización del contrato (el llamado «cut-off period»).

En definitiva, se observa que la Directiva 2007/66 a través del mecanismo de ineficacia da un paso más en el campo de la tutela judicial en materia de contratación, avanzando lentamente hacia una armonización más intensa de sus previsiones²⁸⁷.

En todo caso las Directivas de recursos no se han adaptado al nuevo panorama, por lo que habrá que tratar de aplicar analógicamente los remedios que allí se contienen, centrados en la decisión de adjudicación, y aplicarlos a la decisión de modificación. Ahora bien, en la práctica puede ocurrir que se siga acudiendo al binomio modificación sustancial-adjudicación irregular hasta que una nueva Directiva de recursos vea la luz.

3.3.2 **Respecto a la legitimación para recurrir la modificación de un contrato**

La primera cuestión que debe abordar todo régimen al diseñar su marco regulatorio en materia de contratación es la de establecer quiénes tienen legitimación para poder impugnar la modificación de un contrato.

En el asunto *Succhi di Frutta*, quien plantea la acción es uno de los licitadores que no resulta adjudicatario. Precisamente la Comisión alega que «*la demandante no está directa e individualmente afectada*» por la modificación. Sin embargo, en un razonamiento muy interesante el Abogado General considera que aunque la demandante no fuese destinataria de la decisión, su condición de licitador implica que la «*decisión le atañe en razón de determinadas cualidades que le son propias o de una situación de hecho que le caracteriza frente a cualquier otra persona y que, por ello, la individualiza de manera análoga a la del destinatario*»²⁸⁸.

²⁸⁷ Hoy este mecanismo ha quedado integrado en el recurso especial en materia de contratación. Un repaso a dicho mecanismo y su transposición inicial en España en CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *REDA*, 2015.

²⁸⁸ Conclusiones del Abogado General Alber presentadas en el asunto Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU: C:2002:610, aps. 37-38.

El Tribunal de Justicia adopta esta postura considerando a la actora como afectada por la decisión adoptada. De no ser así «*las infracciones del Derecho cometidas por la entidad adjudicadora con posterioridad a la adjudicación del contrato, pero que tuvieran por efecto poner en tela de juicio la legalidad del procedimiento de licitación en su conjunto, no podrían ser sancionadas si no afectarían a la situación del adjudicatario o de los adjudicatarios*»²⁸⁹.

El Tribunal de Justicia entiende que impedir al licitador impugnar la decisión iría contra el Tratado en la medida en que éste garantiza una vía de recurso a los particulares afectados directa e individualmente por el acto impugnado y «*también sería incompatible con el principio fundamental según el cual, en una comunidad de Derecho, debe garantizarse debidamente el respeto de la legalidad*»²⁹⁰.

En *Idrodinamica* se discute si el tercer clasificado en la licitación tiene legitimación activa para interponer recurso ante una modificación sustancial —en este caso modificación subjetiva por cambio en la composición de la UTE. Pues bien, el Tribunal de Justicia entiende que, como la actora pretende la exclusión del primer y el segundo clasificado, la estimación de estas pretensiones «*umentarían significativamente las posibilidades de que se adjudicara a Idrodinamica el contrato objeto del litigio principal. De ese modo, puede considerarse fundadamente que Idrodinamica es una persona «que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta violación», en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 92/13*»²⁹¹.

En todos los casos anteriores, la parte actora tenía cierto grado de conexión con el contrato modificado. Sin embargo, cuando dicha conexión no existe la cuestión se complica. Por ejemplo, del asunto *Succhi di Frutta* podríamos deducir que otros proveedores del mercado (y por tanto potenciales licitadores) tendrían difícil ver reconocida su legitimación activa. Así, en el apartado 59 señala que «*es indudable que los operadores económicos del sector controvertido que no participaron en la licitación no resultan individualmente afectados por tal Decisión, dado que sólo pueden ser considerados en su condición objetiva de empresas productoras*». E incluso se observa que a otro

²⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU: C:2004:236, ap. 62.

²⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU: C:2004:236, ap. 63.

²⁹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox y otros*, C-161/13, EU: C:2014:307, ap. 31.

productor que no fue licitador el Tribunal de Primera Instancia «*no le reconoció interés para intervenir en apoyo de las pretensiones de Succhi di Frutta*»²⁹².

Por el contrario, en *Pressetext* no se plantea problema alguno de legitimación, a pesar de tratarse de una empresa que no participó en la licitación sino que simplemente ofreció sus servicios al ente adjudicador sin que ello fructificara en un contrato de servicios. Según la actora, la modificación de los contratos ya existentes son *de facto* adjudicaciones ilegales²⁹³.

En el asunto *Finn Frogne* se reconoce la legitimación para interponer recurso frente a un acuerdo transaccional que supone una modificación del contrato a una entidad que ni siquiera había solicitado ser preseleccionada para participar en el procedimiento de licitación relativo al contrato inicial²⁹⁴.

3.3.3 Sobre el plazo para impugnar la modificación

Respecto a los plazos, sólo cuando la Directiva de recursos se reformó a través de la Directiva 2007/66 es cuando se introdujeron plazos mínimos para la formulación del recurso, en general, y plazos específicos para los casos en que se pretenda la ineficacia del contrato²⁹⁵. Entre esos casos estaba el de la adjudicación ilegal que, como hemos dicho, se podía equiparar a la modificación sustancial.

Pero hasta ese momento, la autonomía procesal de los Estados era prácticamente ilimitada, sólo acotada por el principio de equivalencia y el principio de efectividad.

²⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU: C:2004:236, ap. 60.

²⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU: C:2008:351.

²⁹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016, caso C-549/14 *Finn Frogne*, ECLI: EU: C:2016:634, par. 13.

²⁹⁵ El régimen general se contiene en el artículo 2 *quater* de la Directiva 2007/66, que establecía que «Si la legislación de un Estado miembro dispone que cualquier recurso contra una decisión de un poder adjudicador tomada en el marco o en relación con un procedimiento de adjudicación de contrato regulado por la Directiva 2004/18/CE debe interponerse antes de que expire un plazo determinado, este plazo deberá ser de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador haya sido comunicada por fax o por medio electrónico al licitador o candidato, o, si se han utilizado otros medios de comunicación, de al menos quince días civiles a partir del día siguiente a aquel en que la decisión del poder adjudicador se haya remitido al licitador o candidato, o de al menos diez días civiles a partir del día siguiente a la fecha de recepción de la decisión del poder adjudicador. La comunicación de la decisión del poder adjudicador a cada licitador o candidato irá acompañada de la exposición resumida de las razones pertinentes. En el caso de los recursos interpuestos contra las decisiones a que se refiere el artículo 2, apartado 1, letra b), de la presente Directiva, que no estén sujetos a una notificación específica, el plazo será de al menos diez días civiles a partir de la fecha de publicación de la decisión en cuestión».

En *Pressetext* se planteó la cuestión siguiente: el demandante había planteado el recurso (2006) mucho tiempo después de la modificación (1999, 2000, 2001). Sin embargo, hasta 2006 Austria no disponía de recurso alguno para impugnar ese tipo de decisiones (adjudicaciones directas). Ello superaba con creces los seis meses de preclusión absoluta establecidos por el entonces recién creado recurso doméstico. Aunque el Tribunal de Justicia no entra a examinar la cuestión, el Abogado General entiende que «[e]n general, el principio de efectividad exige que el plazo para presentar una solicitud de declaración con la que el solicitante se limite a preparar la demanda de daños y perjuicios no comience a computar hasta el momento en que el demandante haya tenido o haya debido tener conocimiento del perjuicio. Por el contrario, si lo que el solicitante pretende con su solicitud es obtener también la declaración de ineficacia del contrato celebrado por un adjudicador público, pueden establecerse plazos más estrictos que comiencen a computar al margen del conocimiento o de la posibilidad de tener conocimiento de un hipotético perjuicio»²⁹⁶.

En el asunto *Idrodinamica*, que trata la impugnación de una modificación subjetiva, también se aborda el problema de los plazos. La actora interpone recurso con fecha de entrada de 17 de mayo de 2012 frente a una decisión de 28 de marzo de 2012 que autorizaba la modificación de la composición del grupo adjudicatario, y también frente a la adjudicación definitiva de 7 junio de 2011. Pues bien, el Tribunal señala que «en el litigio principal, la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición del grupo adjudicatario se refiere a hechos que se produjeron tras la adjudicación del contrato y después del vencimiento del plazo de recurso de 30 días establecido por la normativa nacional. En consecuencia, ni la comunicación de la decisión de adjudicación del contrato y de los motivos relativos a dicha decisión ni la respuesta dada a una solicitud eventual del licitador a la entidad adjudicadora de información adicional permitían conocer tales hechos»²⁹⁷.

Por ello, el licitador apartado no tuvo la información suficiente como para interponer el recurso frente a la decisión. Sólo cuando tuvo acceso a ella es cuando comenzó a correr el plazo para recurrir aquélla. Y concluye:

«41. En consecuencia, el plazo de 30 días establecido por la normativa nacional para interponer recurso contra la decisión de adjudicación del contrato

²⁹⁶ Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto *pressetext* *Nachrichtengentur*, C-454/06, EU: C:2008:167, ap. 167.

²⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox* y otros, C-161/13, EU: C:2014:307, ap. 36.

■ LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

debe correr de nuevo para permitir comprobar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora por la que se autorizó la modificación de la composición de la unión adjudicataria, que puede incidir en la legalidad de la decisión de adjudicación del contrato. Dicho plazo empieza a correr a partir de la fecha en la que el licitador recibió la notificación de la decisión por la que se autorizaba la modificación de la composición de la unión adjudicataria o en la que tuvo conocimiento de la misma»²⁹⁸.

Estas decisiones del Tribunal de Justicia pueden resultar enormemente importantes en la práctica de la modificación contractual. El Tribunal señala que si la entidad adjudicadora modifica el contrato de manera tal que afecte a la licitación (que es precisamente la base de toda la regulación europea al respecto), deberá informar a licitador o de otra manera el plazo de interposición del recurso no precluye.

Es interesante llamar la atención sobre el hecho que en materia de contratación el Tribunal de Justicia ya ha vinculado el derecho a la tutela judicial contenido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con la necesidad de conocer la decisión (o poder haberlo hecho) y que esta tenga el suficiente detalle²⁹⁹. Es razonable sostener que ello es trasladable a la modificación.

En todo caso, habrá que estar pendiente de una más que posible modificación de la Directiva de recursos, que codifique la doctrina sentada por el Tribunal, y la ajuste a las nuevas Directivas de contratación.

3.3.4 Consecuencias de la declaración de la terminación del contrato

Las nuevas Directivas traen consigo también novedades respecto a las consecuencias de una modificación irregular.

El Tribunal de Justicia solo se había pronunciado al respecto en el asunto *Succhi di Frutta* señalando que la consecuencia de una modificación sustancial es la anulación de la decisión modificatoria de la Comisión. Sin embargo, al haber pasado tanto tiempo desde la modificación del contrato (1996) hasta la Sentencia (2004), la anulación solo sirve de base jurídica para la reclamación de daños y perjuicios³⁰⁰.

²⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox y otros*, C-161/13, EU: C:2014:307, aps. 39 y 41.

²⁹⁹ En ese sentido, sobre una publicación insuficiente, se pronuncia el Auto del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2019, *Cooperativa Animazione Valdocco*, C-54/18, EU: C:2019:118.

³⁰⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU: C:2004:236.

En la Directiva 2014/24 el propio artículo 72.5 señala que «[s]erá prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2». Este precepto se completa con el artículo 73 de la Directiva 2014/24, que obliga a los Estados miembros a que las normas de contratación permitan a los poderes adjudicadores «rescindir un contrato público durante su período de vigencia» cuando el contrato «haya sido objeto de una modificación sustancial, que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación con arreglo al artículo 72». En ese sentido, el considerando 112 señala:

«En algunas ocasiones los poderes adjudicadores se ven enfrentados a circunstancias que exigen la rescisión anticipada de contratos públicos a fin de cumplir con las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión en materia de contratación pública. Por consiguiente, los Estados miembros deben garantizar que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad, en las condiciones determinadas por el Derecho nacional, de rescindir un contrato público durante su período de vigencia, si así lo requiere el Derecho de la Unión.»

La Directiva simplemente obliga a los Estados Miembros a recoger en sus normas internas la posibilidad de que las entidades adjudicadoras puedan resolver el contrato inicial. Lo que no queda claro es si las entidades están obligadas a hacerlo. No parece que el Derecho de la Unión llegue a ese extremo, dejando cierta libertad a los Estados miembros al respecto. Cuestión distinta es que, como dice el considerando, los poderes adjudicadores se vean «enfrentados a circunstancias que exigen la rescisión anticipada de contratos públicos a fin de cumplir con las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión en materia de contratación pública». O, en otras palabras, si no es posible seguir ejecutando el contrato sin la modificación, habrá que resolver el contrato.

CAPÍTULO 4

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MODIFICACIÓN: DE LA POTESTAD ILIMITADA AL LICITOCENTRISMO

Con carácter previo al estudio del régimen jurídico vigente de la modificación del contrato (la LCSP 2017), es necesario hacer un repaso breve de las normas que han regulado esta materia. Este tipo de análisis diacrónico es aquí relevante por varios motivos.

En primer lugar porque el estudio de la evolución normativa permite entender por qué nos encontramos ante un régimen intensamente regulado, fruto de una reacción ante la excesiva flexibilidad pasada. Como ha señalado Baño León, en esta materia nos encontramos ante un caso paradigmático de la «*política del péndulo*»³⁰¹ donde la norma y los intereses generales que persigue varían con frecuencia. Si hace unos años la modificación se diseñaba de manera flexible, ahora se limita esa flexibilidad en favor de proteger la licitación llevada a cabo.

Esa flexibilidad se debía, principalmente, a la configuración de la modificación como una potestad. Y es que en España la modificación del contrato se configura tradicionalmente como una prerrogativa en su sentido clásico y por tanto como un poder de acción unilateral. A medida que el contrato público evolucionó hacia la forma de contrato administrativo, el título jurídico habilitante de la modificación pasó del acuerdo interpartes a la acción unilateral

³⁰¹ BAÑO LEÓN, J. M., «El modificado de los contratos», en Gimeno Feliú, J. M. (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, p. 1345.

de la Administración, sin que fuese necesario que estuviese prevista en los pliegos o fuese acordada de mutuo acuerdo³⁰².

En segundo lugar porque el estudio de la evolución histórica tiene relevancia práctica dado que permite conocer el régimen aplicable a contratos adjudicados con carácter previo a la entrada en vigor de la LCSP 2017.

En ese sentido, la disposición transitoria primera de la LCSP 2017 establece que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Por su parte, los contratos privados, no mencionados en esta disposición transitoria, serían objeto de una interpretación analógica de la disposición transitoria segunda del Código Civil (habitual en este ámbito) según la cual los contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma³⁰³.

En el plano procedimental hay que tener en cuenta que el apartado cuarto de la disposición transitoria primera de la vigente LCSP permitirá formular un recurso especial frente a una modificación dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, con independencia que el expediente de contratación se iniciase con anterioridad³⁰⁴.

En todo caso, los contratos adjudicados conforme a la normativa anterior también eran adjudicados conforme al principio de transparencia (publicidad), igualdad de trato y concurrencia, por lo que la modificación de estos contratos debe ser coherente con la jurisprudencia recaída en interpretación de las Directivas y la jurisprudencia comunitaria³⁰⁵.

³⁰² PARADA VÁZQUEZ, R., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, cit., 1963, p. 204, nota a pie página; y p. 224.

³⁰³ En ese sentido, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia número 992/2011, de 16 de enero de 2012 (rec. 1413/2008) establece: «*Como regla general derivada del artículo 2.3 CC y párrafo primero de sus Disposiciones Transitorias –que constituyen un criterio interpretativo de Derecho transitorio rector de cualquier cambio de legislación (SSTS de 3 de junio de 1995, RC n.º 226/1992, 16 de mayo de 1996, RC n.º 2841/1992)– los actos realizados y los derechos adquiridos de conformidad con la ley vigente que les es de aplicación no sufren alteración a consecuencia de una modificación legislativa, salvo que se dispusiera expresamente lo contrario (SSTS de 24 de octubre de 1997, RC n.º 2833/1993, 3 de noviembre de 1997, RC n.º 2836/1993, 8 de noviembre de 1997, RC n.º 2837/1993)*».

³⁰⁴ Ver al respecto la Resolución núm. 1203/2018, de 28 de diciembre de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; y el Acuerdo núm. 126/2018, de 19 de diciembre de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

³⁰⁵ En ese sentido es interesante el repaso que realiza el Informe 8/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Y también el Informe 129/2017, de 21 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

4.1 PRIMERA ETAPA: LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LAS PRIMERAS NORMAS DE CONTRATACIÓN (1845-1950)

La aprobación de las primeras normas de contratación pública se sitúa a mediados del siglo XIX, momento en que se consolida tanto un modelo particular de Administración³⁰⁶ como las instituciones básicas de nuestro Derecho Administrativo³⁰⁷. Así, en las décadas de 1840 y 1850 surgieron las primeras normas reguladoras de la contratación pública fruto de una necesaria ordenación de la Hacienda Pública en un momento de alta inversión en obra pública³⁰⁸.

Esas preocupaciones de la Hacienda culminan con la aprobación del Real Decreto de 27 de febrero de 1852 (o de Bravo Murillo, en honor de quién fue el principal impulsor del texto).

Se trata de apenas 15 artículos centrados en las fases de preparación y adjudicación del contrato cuya gran aportación en la materia fue la consagración del principio de autotutela en el ámbito de la contratación, si bien limitada a los casos en los que se produzca un incumplimiento del contratista (art. 9 y Preámbulo). Además, este Real Decreto es el que establece que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la encargada de resolver los asuntos referentes a los contratos públicos de servicios u obras públicas (art. 12)³⁰⁹.

³⁰⁶ Se configura un modelo de Administración que será «*el legado más característico y considerable de la era isabelina*». Cfr. JOVER ZAMORA, J. M., et al., *España: sociedad, política y civilización* (ss. XIX y XX), Debate, 2001, p. 172.

³⁰⁷ No se entra ahora al debate sobre el origen patrio o no de las Instituciones del Derecho Administrativo. Para conocer diferentes opiniones al respecto ver GALLEGO ANABITARTE, A., «Influencias nacionales y foráneas en la creación del Derecho Administrativo Español», en *Posada Herrera y los orígenes del Derecho Administrativo en España*, Madrid, INAP, 2001, p. 38; Asimismo, NIETO, A., *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986, pp. 15 y 145.

³⁰⁸ Dirá BASSOLS que son dos los motivos principales que determinaron la necesidad de afrontar la regulación de la contratación pública: «por una parte la exigencia de disponer de una ordenación estable de la Hacienda Pública; y por otra, el impulso del progreso económico que se inicia a partir de 1840 con la construcción de nuevas carreteras y la introducción de la red ferroviaria» (Cfr. BASSOLS, M., «Evolución de la legislación sobre contratación administrativa», en PENDÁS GARCÍA, B. (coord.), *Derecho de los contratos públicos*, Barcelona, Praxis, 1995, p. 25). En el mismo sentido se pronuncia MONEDERO, afirmando que «el origen motor de la institución de los contratos del Estado es fruto de las preocupaciones de la Hacienda» (Cfr. MONEDERO GIL, J. I., *Doctrina del Contrato del Estado*, IEF, Madrid, 1977, p. 200).

³⁰⁹ La importancia de estas previsiones ha sido ya puesta de manifiesto por BASSOLS, quien considera que ambos preceptos son la pieza maestra sobre la que se desarrollará la teoría del contrato administrativo. El casuismo derivado de la delegación en los Pliegos, la aplicación del principio de autotutela en el seno del contrato, y la exclusión de los Tribunales ordinarios, «*dan carta de naturaleza propia a la contratación administrativa a partir de la segunda mitad del siglo XIX hasta nuestros días*». BASSOLS, M., «Evolución de la legislación sobre contratación administrativa», en PENDÁS GARCÍA, B. (coord.), *Derecho de los contratos públicos*, Barcelona, Praxis, 1995, p. 25. En este sentido también la Sentencia de 19 de octubre de 1859 (ST núm. 317 de Tomo 9 de Jurisprudencia Administrativa de 1865 (p. 665).

En las normas aprobadas son continuas las referencias a la modificación de los contratos y a que éstas eran ya entonces un problema. Por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Instrucción de Obras Públicas de 1845 se reconoce que «*la frecuencia con que por unos y otros [contratistas y Administraciones] se eluden o se alteran las condiciones establecidas en sus contratos*»³¹⁰.

Posteriormente, la Circular de la Dirección General de Obras Públicas de 30 de noviembre de 1858 apunta que «*ha llamado la atención de esta Dirección General la frecuencia con que en las obras contratadas se remiten presupuestos de aumento formados con precios distintos de los que aparecen para cada unidad de obra en el primitivo*»³¹¹. También en la Real Orden de 22 de agosto de 1886, señala que «*[e]ste Ministerio viene observando que los períodos de tiempo empleados en el estudio y ejecución de las obras públicas son en general muy superiores a los racionalmente necesarios y a los estipulados en las respectivas contratas*»³¹². O en los Pliegos generales de 1903, en los que justifica algunas medidas adoptadas en «*la necesidad de evitar que móviles ajenos a la conveniencia de dichos intereses logren quebrantar el principio fundamental de que la contratación ha de basarse en el remate público*» (así, por ejemplo, la prohibición de toda prórroga).

Poco a poco se va creando un sistema complejo de normas sobre modificaciones contractuales. Los propios pliegos establecen poderes en favor de la Administración, pero a la vez mecanismos de control para evitar los abusos. Así, el análisis de las normas y, sobre todo, de los Pliegos generales³¹³, permite ver la evolución histórica de la modificación unilateral del contrato, de los límites a la modificación y resolución, la revisión de precios, las unidades no previstas y los precios contradictorios, el tratamiento del error, la aprobación del superior como mecanismo de control, el control del Consejo de Estado, las reclamaciones de los contratistas o la aparición de otros mecanismos de pro-

³¹⁰ Exposición de Motivos del Real Decreto de 10 de octubre de 1845, que aprueba la Instrucción de Obras Públicas. Sobre dicha instrucción ROSADO PACHECO, S. «La Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 10 de octubre de 1845 (contribución a la potestad reglamentaria en España)», en *V Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo: Del Antiguo Régimen a la Administración contemporánea*, celebrado en San Fernando, Cádiz, el 5 y 6 de febrero de 2010.

³¹¹ Circular de la Dirección General de Obras Públicas de 30 de noviembre de 1858, publicada en la *Gaceta de Madrid* de 3 de diciembre de 1858.

³¹² *Gaceta de Madrid* de 27 de agosto de 1886.

³¹³ Real Orden de 16 de abril de 1846, aprobando el pliego de condiciones generales para las contratas de obras públicas de caminos, canales y puertos. Los posteriores pliegos generales se aprobaron en 1861, 1886, 1900 y 1903.

tección de la ejecución. Por razones de espacio, me detendré ahora en el primero: los orígenes de la modificación unilateral del contrato³¹⁴.

En relación a la modificación unilateral del contrato existen pronunciamientos que dejan entrever la posibilidad de la Administración de modificar el contrato, si bien en todos ellos parece necesitarse la inclusión de la fórmula pertinente en el contrato. En ese sentido, Parada niega que fuese posible la modificación unilateral y considera que era necesario acordarlo en los pliegos o mediante mutuo acuerdo³¹⁵.

De hecho, la ejecutividad de las decisiones Administrativas en el seno del contrato, consagrada por el Real Decreto Bravo Murillo de 1852 (art. 9), se refería exclusivamente a los casos en que hubiese incumplimiento por parte del contratista.

Al respecto Delgado y Martín y Arriaga en 1899 señalaban que: «*[c]onforme con los principios generales de Derecho en materia de contratación, se ve que no es lícito a la Administración, como parte contratante, introducir modificación alguna en los contratos celebrados sin el asentimiento del contratista; pero esto se entiende en aquellos casos en que no se haya pactado expresamente lo contrario o que por las condiciones generales por que el contrato se rige, y que han de considerarse siempre contenidas en los pliegos particulares de cada contrato, no se haya reservado la Administración aquella facultad, pues en este caso la virtualidad del contrato que, como se ha dicho, es ley para las partes contratantes, impone a la que lo aceptó la obligación de pasar por las modificaciones que la otra introduzca en el proyecto*»³¹⁶.

Los mismos autores distinguen la novación (acuerdo entre las partes), de las modificaciones y alteraciones que en algunos casos con arreglo al pliego de condiciones podía introducir la Administración³¹⁷. Es más, parece que los autores encuentran en el principio licitatorio un límite para las novaciones, afirmando que si bien tendría graves inconvenientes prohibir la novación del contrato, ésta es contraria a los principios que regulan la contratación

³¹⁴ Se hace un análisis de cada punto en la versión original de la Tesis doctoral CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *La modificación de los contratos y la protección del interés general*, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 335 a 358.

³¹⁵ PARADA VÁZQUEZ, R. *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, cit., 1963, 204, nota a pie página; y p. 224; Así, la potestad de modificación unilateral no vería la luz hasta bien entrado el siglo XX (RCCL 1953 y LCE 1963).

³¹⁶ DELGADO MARTÍN, E. y ARRIAGA, F. A., 1899, p. 181.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 206; pero al decir eso señalan, «nacieron estas del contrato mismo o de la ley», creando confusión al menos a los ojos de un iuspublicista del siglo XXI.

administrativa, que también se establecen en garantía de los intereses públicos y que son limitaciones a la facultad de la Administración³¹⁸.

Se asumía ya entonces que lo convenido entre las partes era ley del contrato, el cual obligaba al Gobierno a cumplir y a hacer cumplir las obligaciones en él establecidas (Sentencia de 28 de julio o de 30 de noviembre de 1859)³¹⁹. Según el Alto Tribunal, en Sentencia de 31 de mayo de 1871 *«es un principio de derecho, así civil como administrativo, que lo convenido en un contrato constituye ley para los contrayentes, y que debe cumplirse en el modo y forma en que por los mismos se haya establecido»*³²⁰. Así pues, la jurisprudencia no dudaba en afirmar que las obligaciones de las partes estaban reducidas al fiel y exacto cumplimiento de las condiciones que sirvieron de base a la estipulación (Sentencia de 4 de marzo de 1857)³²¹. Igualmente, el contratista no puede considerarse obligado en más de lo resuelto por la Real Orden expresiva de las condiciones del contrato (Sentencia de 21 de diciembre de 1857)³²².

Por ejemplo, cuando en un contrato de suministro de carbón con fines militares, la Administración de Marina le solicita mayor cantidad de la pactada, el contratista se niega y la Sala le da la razón considerando *«que según las cláusulas de la escritura no estaba obligado a suministrar más carbones que los precisos para el consumo de todo el mes de noviembre, último de su contrata, y nunca podía compelérsele para el consumo posterior pues tal obligación le impondría una responsabilidad limitada»* (Sentencia de 30 de noviembre de 1859)³²³. Y en el mismo sentido, el Alto Tribunal afirmó que *«aun cuando la Administración activa tiene facultades discrecionales nacidas de la alta inspección y acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno y defensa de los intereses que le están confiados, cuando contrata debe atenerse a las condiciones estipuladas, en cuanto vínculos nacidos de la obligación no sean declarados nulos o rescindidos (...)»* (Sentencia de 25 de febrero y 18 de abril de 1891)³²⁴.

Otros pronunciamientos sí dejan entrever una posible facultad de modificación unilateral. Por ejemplo, la Sentencia de 6 de junio de 1860 señala que *«cuando la Administración por razones de utilidad o necesidad pública varía*

³¹⁸ *Ibid.*, p. 207.

³¹⁹ Colección de Jurisprudencia Administrativa, tomo 9, 1865, pp. 497 y 713.

³²⁰ Ver Colección de Jurisprudencia Administrativa tomo 20, 1871, p. 147.

³²¹ DELGADO MARTÍN, E. y ARRIAGA, F. A., 1899, p. 138. Los autores señalan que aunque eso no esté dispuesto en ninguna norma de carácter administrativo, así lo tiene establecido la jurisprudencia administrativa. Cita Sentencias desde 1857 a 1875.

³²² *Ibid.*, p. 140.

³²³ Autor desconocido, *Colección de Jurisprudencia Administrativa*, tomo 9, 1865, p. 713 (accesible en <https://catalog.hathitrust.org/Record/010428413>).

³²⁴ DELGADO MARTÍN, E. y ARRIAGA, F. A., 1899, p. 139.

*las obligaciones de un contrato, se entiende que deja siempre a salvo los derechos de los que con ella contrataron»*³²⁵.

En ese sentido, el profesor Colmeiro en 1865 se pronunciaba afirmando que la Administración podía alterar las condiciones del contrato «*cuando la utilidad o la economía lo reclamen*» o «*si por circunstancias extraordinarias hubieren subido considerablemente los precios de los materiales, de los salarios, etc.*»³²⁶. En esos casos, el contratista estaría en su derecho de recibir la compensación correspondiente.

La solución a estas dos posturas contrapuestas puede quizá encontrarse en lo dicho por Delgado y Martín y Arriaga que señalaban que «*convendría regular esta facultad de la Administración por ley, señalando las condiciones generales en que pudiera ejercitarse y estableciendo las garantías necesarias para impedir el abuso de la misma*»³²⁷. De ello se deduce que se trataba de una situación que ocurría a menudo en la práctica aunque no tuviera una apoyatura legal.

Lo anterior nos conduce a entender que serían los pliegos los que regulaban la modificación. En efecto, acudiendo a las Instrucciones y a los Pliegos generales sí se observa ya esa potestad administrativa. En primer lugar, la Instrucción de 1845 parece indicar la posibilidad de modificación unilateral de la concesión (entonces llamadas «obras por empresa»):

«El Gobierno se reservará en estos casos [ejecución por empresa] el derecho de aumentar o disminuir las concesiones cuando formalizados los proyectos y comparados su costo y utilidades, resulten éstas insuficientes o excesivas, a fin de evitar por este medio que se debilite el estímulo del interés individual o se ocasionen perjuicios a los pueblos en particular o al Estado en general» (artículo 10).

Es decir, más que la posibilidad directa de modificar el contrato lo que hace es obligar al Gobierno a reservarse tal posibilidad en los pliegos del contrato.

Lo mismo puede decirse de los Pliegos dado que, aunque se muestran más contundentes, su propia naturaleza hacía eficaces sus cláusulas solo en la medida en que eran insertadas en el contrato. Por ejemplo, el artículo 3 de los Pliegos de 1846 consideraba que:

«Si después de aprobada la contrata se reconociese la necesidad o conveniencias de hacer algunas variaciones en el proyecto o el presupuesto, y se revis-

³²⁵ *Ibid.*, p. 208; derecho que no es más que el de recibir compensación por ello (S. de 5 de julio de 1860).

³²⁶ COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo español*, cit., vol. t. II., p. 102.

³²⁷ DELGADO MARTÍN, E. y ARRIAGA, F. A., 1899, p. 209.

tiesen de la autorización competente, el contratista deberá conformarse, en el concepto de que se valorará el importe de las variaciones, sea en más o sea en menos, a prorrata según el precio de la contrata, sin que en caso de reducción tenga derecho a reclamar ninguna indemnización a pretexto de pretendidos beneficios que hubiese tenido en los materiales y mano de obra de la parte reducida o suprimida»³²⁸.

El proyecto Azcárraga de 1900 en la Exposición de Motivos señala que la contratación no debe implicar «*desviación de los principios fundamentales del Derecho, que sirven de norma a la contratación en general, ni la existencia de privilegios a favor de aquella, que pugnarían con los principios de igualdad que informan el ordenamiento moderno*». Ahora bien, en tanto que los licitadores acepten voluntariamente las condiciones, «*la igualdad entre las partes está garantizada*»³²⁹.

Todavía vacilante, pero marcando el camino que vendría después, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1908 señalaba que «*si bien es cierto, en principio, que la Administración no puede modificar los contratos que celebra, a no ser que la novación se halle autorizada por la Ley, o se haya acordado con las mismas formalidades y garantías a que se ajustara su celebración, tampoco puede negarse en absoluto, sin grave riesgo, la facultad de la Administración para modificar un contrato, siempre que las necesidades públicas aconsejen la novación*»³³⁰.

En todo caso, desde el comienzo se reconoce el derecho a la indemnización por los mayores gastos cuando éstos se producen en virtud de resoluciones de la Administración alterando alguna condición del contrato (Sentencia de 22 de junio de 1866)³³¹, o por aquellos gastos que en contratos aleatorios sobrevengan por consecuencia de un acto administrativo que haya dado ocasión al riesgo o disminuido las probabilidades de ventura (Sentencias de 27 de noviembre de 1863; 20 de diciembre de 1866; 5 de junio de 1870)³³². O que el contratista de obras tiene derecho a que se abonen los aumentos de obra que

³²⁸ Los Pliegos de 1861 –y en términos casi idénticos los Pliegos de 1886 y 1903– van en la misma dirección al señalar que «[s]i antes de principiarse las obras o durante su construcción la Administración resolviese ejecutar por sí parte de la contrata o acordare introducir en el proyecto modificaciones que produzcan aumento o reducción y aun supresión de las cantidades de obra marcadas en el presupuesto, o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que esta sea de las comprendidas en la contrata, serán obligatorias para el contratista estas disposiciones, sin que tenga derecho en caso de reducción o supresión a reclamar ninguna indemnización a pretexto de beneficios que hubiere podido obtener en la parte reducida o suprimida» (art. 44).

³²⁹ Exposición de Motivos del Proyecto Azcárraga, 1900.

³³⁰ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., 1927, p. 155.

³³¹ *Ibid.* p. 146.

³³² *Ibid.*, p. 146.

resultasen de órdenes del director de las mismas aunque no conste en la recepción provisional ni definitiva que se protestara por ellos, ya que nadie puede lucrarse con perjuicio de otro (Sentencia de 7 de febrero de 1895)³³³.

4.2 SEGUNDA ETAPA: CONSAGRACIÓN Y ASIMILACIÓN DEL MODELO DE LA *POTESTAS VARIANDI* (1953-2007). LAS NECESIDADES NUEVAS Y LAS CAUSAS IMPREVISTAS

(A) *Consolidación de la modificación unilateral en la normativa local*

En el ámbito local, mediante el Decreto de 9 de enero de 1953 se aprobó el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales («RCCL»)³³⁴. Este Reglamento parte expresamente de la inalterabilidad del contrato (art. 51), para luego introducir distintas excepciones, entre las que se encontraba la modificación unilateral del contrato. Así, se regulaban variaciones en detalle que no alterasen sustancialmente los pliegos (art. 53), las modificaciones por causas imprevisibles o inevitables o motivos de interés público (art. 54) o por razones de peligro para el orden público (art. 55).

En particular es interesante el artículo 54 que recoge la modificación por causas imprevisibles o inevitables o en virtud de motivos de interés público, siempre que no se altere el presupuesto por exceso o por defecto en más de la quinta parte³³⁵. Este límite, señala García de Enterría, supone una «*vuelta a las viejas posiciones, que recuerdan en el Derecho administrativo al nexum del primitivo Derecho civil*», y añade que se abandona «*todo el progreso técnico en la materia, que consiste en sustituir el problema de la validez por el de la indemnización en el ejercicio de esta facultad de la Administración para modificar sus contratos*»³³⁶.

Dos años más tarde, en 1955 mediante el Decreto de 17 de junio de 1955 se aprobó el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales («RSCL»). Interesa en este trabajo su artículo 127.1 donde explícitamente se reconoce a

³³³ *Ibid.*, p. 184.

³³⁴ La contratación local estuvo regulada hasta 1995 por su normativa específica.

³³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *RAP*, 1953, pp. 275-276, critica la existencia de auténtico límite a la modificación.

³³⁶ *Ibid.*, p. 276; el autor avanza aquí una posición que sería recogida en la LCE: que el tope de 20 por ciento fuese no para resolver automáticamente el contrato, sino para que el contratista pudiese potestativamente instar ésta.

■ LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

la Administración la potestad de modificar el contrato de concesión en los siguientes términos:

«Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público, y, entre otras:

- a) la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; y
- b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario».

A su vez, el texto establece que la Corporación deberá «mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual compensará económicamente en el caso de modificaciones ordenadas, y revisará las tarifas y subvención en caso de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles» (artículo 127.2).

(B) *Consolidación de la modificación unilateral en la normativa estatal*

En el ámbito estatal la modificación de los contratos encuentra su primera regulación legislativa en la Base Sexta de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado:

1. «VI. Al enfrentarse la Ley con el problema del "ius variandi", lo resuelve (...) de perfecto acuerdo con las directrices sobre las que se asienta la reforma; la modificación del contrato sólo podrá acordarse dentro de los límites que establezca el Ordenamiento jurídico. Se ha razonado anteriormente que cuando una obra pública ha sido bien proyectada y adecuadamente contratada, no hay razón para presumir, con carácter general, la necesidad de posteriores reformados que tienden en muchas ocasiones a paliar situaciones no calculadas o, en definitiva, defectos de previsión. Este es el fundamento del carácter restrictivo que el "ius variandi" debe ostentar en una buena Administración.

No podía llevarse tampoco a sus últimas consecuencias la rigurosa disciplina del derecho de la Administración a modificar el contrato y se prevén los casos de suspensión provisional y definitiva y los aumentos y reducciones del volumen de obra, procurando que su ejercicio, basado en el interés público, sea todo lo respetuoso que merece, con el vínculo contraído» (énfasis añadido).

La norma parecía sensible al problema principal de la modificación de los contratos: su abuso. Para evitarlo se propone establecer unos límites, así como convertir a la modificación de los contratos en un fenómeno excepcional en la vida del contrato. Y todo ello como reflejo del actuar de una «buena Administración».

En el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado («LCE») la modificación de los

contratos giraba en torno a dos preceptos, uno de carácter general que reconocía la prerrogativa de modificación, y otro de carácter particular que regulaba la modificación en el contrato de obra.

El artículo 16 LCE incluía la modificación del contrato como prerrogativa de la Administración, siempre y cuando se lleve a cabo *«por razones de interés público»* y *«dentro de los límites y con arreglo a los requisitos señalados en la presente ley»*. Por su parte, el artículo 48 señalaba que *«una vez perfeccionado el contrato, la Administración sólo puede modificar los elementos que lo integran dentro de los límites que establece la Ley y su Reglamento. La modificación del contrato deberá ser acordada por la autoridad que reglamentariamente se determine en atención a la naturaleza e importancia de dicha modificación»*.

Es la primera vez que una norma de rango legal reconocía este poder exorbitante a la Administración, que hasta ahora tenía que apoyarse en otros títulos habilitantes para modificar el contrato³³⁷.

El artículo 149 del Reglamento General de la LCE, aprobado por Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, desarrolló este precepto, estableciendo los presupuestos habilitantes de la modificación, a los que debe sumarse el fin de interés público del artículo 16 LCE:

«La Administración sólo podrá acordar modificaciones en el proyecto de las obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto. (...)» (énfasis añadido).

En definitiva, como se puede observar, las claves del régimen establecido en la LCE eran la inexistencia de límites al alcance objetivo de la modificación; la necesaria finalidad de interés público; y la vaguedad con la que aparecían definidos los presupuestos habilitantes que enseguida se estudian.

En relación a las necesidades nuevas, se consideró que el concepto hacía referencia a elementos aparecidos después de la adjudicación y que surgen en la ejecución del mismo, pero de carácter externo al contrato³³⁸.

Dado que las partes solían estar de acuerdo en cuanto a los términos de la modificación y que ésta se producía sin ninguna transparencia, apenas hay sentencias que traten términos como «interés público», «necesidades nuevas» o «causas imprevistas»³³⁹. Habrá, pues, que acudir a otras fuentes como son

³³⁷ FUENTES LOSADA, A., *CEEJ*, 2014, p. 133.

³³⁸ Por contra, el concepto de causas imprevistas hace referencia a elementos en el seno del contrato, pero que no pudieron preverse. Cfr. ABAJO QUINTANA, J. J., 2002, p. 634.

³³⁹ HORGUE BAENA, C., 1997, p. 78; la autora considera que sólo de forma muy aislada el Tribunal Supremo invoca estos requisitos y cita la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 11 de abril de 1984, ar. 1920 en un caso en que el propio concesionario es el que solicita la revisión de tarifas.

las decisiones del Consejo de Estado o las Juntas Consultivas, y sólo puntualmente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En todo caso, la interpretación dada a estos conceptos ha sido verdaderamente laxa. Así, se ha considerado que concurrían necesidades nuevas en la modificación de un contrato de obras que suponía un incremento en el número de camas de un hospital provocado por un aumento de la demanda hospitalaria, y ello apenas dos años después de la adjudicación³⁴⁰.

En el mismo sentido cuando el aumento en el número de estudiantes aconseja modificar (65%) el contrato de construcción de sótano-almacén en la Universidad de Palma solo cinco meses después de adjudicarse el contrato³⁴¹.

O, cuando el aumento del tráfico obliga a desdoblarse la calzada en todo el trazado y no sólo en una parte como estaba previsto³⁴².

El Tribunal Supremo, por ejemplo, ha admitido que concurren necesidades nuevas cuando, en una concesión de servicios de limpieza viaria, surge la necesidad de ampliar al ámbito de dichos servicios a nuevas zonas no contempladas en el contrato original, y se acuerda ampliar el plazo para compensar el aumento del área de los trabajos. Los Concejales lo impugnan no sólo por no haberse esperado al Informe del Consejo de Estado, algo que analizaremos en su momento, pero que ya adelantamos que el Tribunal Supremo consideró susceptible de convalidación, sino también porque considera que no concurren las causas justificativas para la modificación. Pues bien, el Tribunal razona lo siguiente:

«No compartimos la tesis de los demandantes, pues estando acreditado en el expediente –hecho no discutido en autos– la necesidad del Ayuntamiento de Alcalá de Henares de ampliar el ámbito de los servicios de limpieza viaria y recogida de los residuos sólidos urbanos a zonas y barrios no contempladas en el contrato original de 1993, celebrado con la entidad mercantil Urbaser, S. A., es incuestionable que objetivamente ante estas nuevas circunstancias la Administración tuvo que solucionar el grave problema que se ocasionaría a unos municipios al privárseles de un servicio básico, esencial y obligatorio para la Corporación municipal; de ahí la pretendida modificación contractual, que fue acordada con el beneplácito y aquiescencia del concesionario, se enmarca dentro de las facultades que tiene la Administración, de la que una de sus manifestaciones es el *iuris variandi*, pues la modificación pretendida, como razona el Consejo de Estado, consistía básicamente en alterar el plazo del contrato, prorrogándolo hasta el año 2009 en lugar de mantenerlo hasta el 2001, como se convino inicialmente.

Facultad que se ejerció dentro del marco normativo de la Ley de 8 de abril de 1995, vigente a la fecha en que se formalizó el contrato que nos ocupa, en

³⁴⁰ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1580/1991, de 14 de noviembre de 1991.

³⁴¹ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1459/1991, de 19 de diciembre de 1991.

³⁴² Dictamen del Consejo de Estado, núm. 257/1992, de 29 de julio de 1992.

cuyos artículos 18 y 74 autorizan al órgano de contratación, entre otras, a «modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente ley...»³⁴³.

En definitiva, una aplicación administrativa del concepto que, con el beneplácito del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo, fomentó el abuso de la modificación.

Respecto al concepto de causas técnicas imprevistas, se interpretó por el Consejo de Estado de manera cambiante.

El Consejo de Estado consideró que «*cuando el art. 149 del Reglamento General de Contratación exige que las modificaciones se fundamenten en causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, debe interpretarse en el sentido de que concurren razones técnicas imprevisibles (razonablemente) en el proyecto originario, y no simplemente defectuosas o meras imprevisiones en dicho proyecto*»³⁴⁴.

Algunos ejemplos de causas que se han considerado causas técnicas imprevistas son: el hallazgo de rocas en el subsuelo en proporción superior a la prevista³⁴⁵, la existencia de elementos de patrimonio histórico³⁴⁶, o la existencia de terreno de diferente condición a la prevista, algo que no pudo conocerse saberse porque los estudios geotécnicos previos estaban limitados por la existencia del propio edificio³⁴⁷.

³⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 27 de febrero de 2008 (EDJ 2008/13741).

³⁴⁴ Dictámenes del Consejo de Estado, núm. 79/1993, de 1 de abril de 1993; núm. 4350/1997, de 6 de noviembre 1997; núm. 583/2001, de 29 de marzo de 2001.

³⁴⁵ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 424/1992, de 2 de abril de 1992.

³⁴⁶ Informe núm. 5/10, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 23 de julio de 2010.

³⁴⁷ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 933/2009, de 9 de julio de 2009; no obstante, el Consejo de Estado recuerda que: «... la modificación proyectada, aunque sea necesaria, deriva en alguna medida de defectos o imprevisiones del proyecto inicial, en cuanto responde a circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración. Así, no puede pasarse por alto que el estudio geotécnico previo a la redacción del proyecto está fechado en el año 2000, siete ejercicios antes de la adjudicación del contrato, ni que el estudio de permeabilidad realizado en el año 2007 evidenciaba ya un aumento del nivel freático que quizá hubiera aconsejado la elaboración de un nuevo estudio geotécnico antes de la adjudicación del contrato. Del mismo modo, no parece que las necesidades nuevas derivadas del desmontaje del arco ojival de la fachada para su posterior recolocación fueran de difícil previsión en el momento de redacción del proyecto inicial.

De ahí que convenga recordar, como ha hecho este Consejo de Estado en anteriores ocasiones, «la necesidad de extremar el celo tanto en la elaboración de los proyectos de obras como en su replanteo previo y supervisión técnica, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación, pues, de lo contrario, se podrían encubrir prácticas viciosas que vinieran a frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas» (dictámenes 1.733/2006, de 8 de noviembre, y 34/2007, de 1 de febrero). En esta misma línea, ha insistido el Consejo de Estado en la necesidad de que los proyectos se redacten con el grado de minuciosidad y calidad precisos para evitar situaciones que son previsibles, que perturban la normal ejecución de los trabajos públicos y que pueden incidir o incluso alterar las reglas de la competencia al variar sustancialmente los contratos (dictámenes 2.092/2006, de 21 de diciembre, y 1.867/2008, de 20 de noviembre).»

En todo caso, el Consejo de Estado no siempre sigue una línea coherente y en ocasiones se producen decisiones opuestas en asuntos similares. Por ejemplo, el Consejo de Estado entiende que las causas para modificar concurren en el caso de la construcción de un paso peatonal no previsto³⁴⁸, y a la vez considera que instalar una barra de hormigón en la mediana debió haberse previsto –aunque finalmente lo acepta en base a «la apreciación conjunta de las actuaciones»³⁴⁹.

Con la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas («LCAP»), el régimen de modificación no se ve alterado sustancialmente (tampoco lo sería con la aprobación del 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»)³⁵⁰.

En su artículo 60 LCAP «Prerrogativas de la Administración» (art. 59 TRLCAP), se recogía la modificación como una de las prerrogativas de la Administración, debiendo de ejercitarse, «por razones de interés público», a través de un procedimiento establecido, que incorporaba la audiencia al contratista³⁵¹.

Por su parte, el artículo 102 LCAP, de «Modificaciones de los contratos» (art. 101 TRLCAP) establecía los presupuestos habilitantes, señalando que

³⁴⁸ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1594/1999, de 8 de julio de 1999: «Al haberse producido la aceptación del contratista, la cuestión que debe abordarse es la de si existen razones que justifiquen la modificación propuesta. Estas concurren en el caso presente y están debidamente justificadas. Así se desprende de los informes emitidos por los servicios administrativos y, en especial, del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y la Inspección General del Ministerio que expresamente señala en su informe la conveniencia de llevar a cabo las obras previstas en la modificación. En efecto, ésta tiene por objeto permitir la conexión entre ambos márgenes de la Variante de Puertollano en una forma que se adecua a las necesidades de la vía y de los ciudadanos, según manifestó el Ayuntamiento de la localidad.»

³⁴⁹ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 5483/1997, de 11 de diciembre de 1997: «Este Consejo de Estado percibe, a la vista de las actuaciones obrantes en el expediente, que las previsiones técnicas de la modificación proyectada comportan una mejoría en las características básicas de la obra, tal y como aprecian unánimemente los órganos técnicos preinformantes, y contribuyen a garantizar en mayor medida la seguridad vial. Ello, sin embargo, no impide subrayar que la propuesta de tal modificación, aun siendo necesaria, es el resultado de la imprevisión, cuando menos, del Proyecto Modificado n.º 1 anteriormente aprobado, e incide, por tanto, en circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias cumplimentadas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración. No obstante, considera este Cuerpo Consultivo que de la apreciación conjunta de las actuaciones practicadas, se deriva la necesidad de asumir la modificación de las previsiones técnicas del proyecto inicial.»

³⁵⁰ La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, señaló en su exposición de motivos que uno de sus objetivos era «mayores y más eficaces controles para las modificaciones de los contratos». Sin embargo, esa voluntad introdujo novedades que no lograron su objetivo.

³⁵¹ En el mismo artículo se recogía escuetamente el procedimiento (audiencia al contratista, informe del servicio jurídico –en caso de AGE u organismos vinculados- e informe del Consejo de Estado, en caso de que «la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio original del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 pts»).

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*».

En definitiva, la LCAP no trajo consigo un cambio en la mentalidad a pesar de que la necesidad de una nueva regulación era ya notoria. Ese continuismo se observa en que el Tribunal Supremo seguía afirmando, el mismo año en que se aprobaba el TRLCAP, que el interés público no podía quedar constreñido por el clausulado del contrato³⁵².

(C) *Las características de la prerrogativa de modificación unilateral*

Durante la segunda mitad del siglo xx se consagra en España un modelo de modificación de contratos basado en la prerrogativa de modificación unilateral, esto es, en el llamado *ius variandi* o *potestas variandi*. Se trata de «*una de las más trascendentales características del contrato administrativo, en cuanto implica un apartamiento del principio básico que en materia contractual es el pacta sunt servanda*»³⁵³.

La potestad de modificar unilateralmente el contrato aparece como una manifestación del principio de autotutela, esto es, de la capacidad de la Administración de dictar actos y ejecutarlos sin impetrar el auxilio judicial. Así, se trataría de un reflejo del *imperium* que acompaña a la Administración en toda su actividad³⁵⁴ y no tendría origen en el propio contrato³⁵⁵. Como perfectamente la caracteriza Esteve Pardo, la *potestas variandi* no es más que la «*facultad de decisión unilateral congénita a la Administración cuando actúa en la órbita de sus competencias, la que al proyectarse sobre el contrato administrativo le imprime ese carácter de mutabilidad*»³⁵⁶.

³⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 1 de febrero de 2000 (Ar. 318). A la vez, la Sentencia mantenía que el uso de la modificación unilateral debía ser excepcional.

³⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 28 de julio de 1987 (Ar. 7689). CASARES MARCOS, A. B., *La Ley*, 2010, p. 1337: la «*especialidad más llamativa de los contratos administrativos frente a los privados*».

³⁵⁴ CARRETERO PÉREZ, A., *RAP*, 1964, p. 162; también MARTÍN REBOLLO, L., 2004, p. 577.

³⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., 1993, p. 635: «no resulta del contrato, sino de la posición general de la Administración»; en el mismo sentido PARADA VÁZQUEZ, R., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, cit. Se ha llegado a considerar que se trata de una cláusula inserta implícitamente en los contratos de la Administración. Cfr. ÁLVAREZ-GENDIN, S., *Doctrina jurídica sobre los contratos del Estado y de la Administración Local*, ENAP, Madrid, 1969, p. 37.

³⁵⁶ ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5.ª ed., Marcial Pons, 2015., p. 7.

Se trataría de una potestad de la Administración que surge fuera del contrato. Por esa razón no parece correcta la denominación que suele darse en España: el *ius variandi* de la Administración. Esta precisión terminológica fue apuntada por Ariño, que observó que no se trata de un «ius», esto es, de un derecho subjetivo de la Administración en el seno de una relación jurídica, sino de una potestad de la cual el órgano se encuentra investido por la ley³⁵⁷.

Esta potestad, como todas, es «inalienable e intransferible, irrenunciable o indisponible, imprescriptible y de ejercicio obligatorio» cuando el interés público lo requiera³⁵⁸. El Tribunal Supremo señaló expresamente que la modificación unilateral «*es una potestad constitutiva de poder público cuyo ejercicio le pertenece en cuanto Administración, de naturaleza extracontractual*»³⁵⁹. La consecuencia de ello es que no necesita pactarse, y tampoco podría renunciarse a ello en los pliegos del contrato³⁶⁰. Incluso se afirma que un pacto que imposibilitara a la Administración hacer uso de esta potestad sería nulo³⁶¹.

Dicha potestad ha sido calificada de reglada, instrumental, excepcional y, en ocasiones, de ilimitada. Veamos.

(i) La modificación unilateral se consideraba una potestad reglada en la medida en que su ejercicio está sometido a reglas prefijadas que limitan la libertad de actuación de las partes contratantes. Así, por ejemplo, está condicionada a que se den unos requisitos habilitantes sin los cuales no puede ejercitarse. Es decir, que considerar reglado su ejercicio «*supone eliminar espacios de libertad, autodeterminación y poder de disposición sobre las bases del contrato*»³⁶².

A pesar de ello, no puede olvidarse que la prerrogativa se construye mediante conceptos jurídicos indeterminados, lo cual deja un margen de apreciación a la Administración que exigirá unos deberes de motivación similares a los exigidos a los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales.

(ii) La modificación unilateral se consideraba como un mero instrumento al servicio del interés público. Tanto es así que se considera que la potestad deriva de «*las inexorables e indisponibles exigencias del interés público (...)*»³⁶³. Si el interés público requería de una modificación, la inmutabilidad

³⁵⁷ ARIÑO ORTIZ, G., 1968, p. 227.

³⁵⁸ VÁZQUEZ MATILLA, J., 2015, p. 112.

³⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de 30 de marzo de 1978 (Ar. 1560).

³⁶⁰ Así se pronuncia ARIÑO, G., 1968, p. 225 que considera que una cláusula que así dispusiera sería nula.

³⁶¹ Informe núm. 25/1982 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 1 de julio; en este sentido también HORGUÉ BAENA, C., 1997, p. 30.

³⁶² AVEZUELA CÁRCCEL, J., 2005, p. 23.

³⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 28 de julio de 1987 (Ar. 7689).

dogmática de la relación contractual no debía ser un impedimento. O mejor dicho, la posición del contratista no debe ser impedimento para alcanzar el interés público. Como observa Moreno Molina el objetivo fundamental del sistema de contratación español era la garantía de los intereses públicos dentro del contrato, por lo que se trataba de una legislación basada en el contrato administrativo y defensora de la prerrogativa de modificación unilateral³⁶⁴.

Ahora bien, nótese que ese interés público rara vez hacía referencia al interés público que representa la observancia del principio licitatorio, sino que se ciñe al interés o no de la ejecución de la obra, o a las conveniencias presupuestarias³⁶⁵. De hecho, la preocupación no parecía ser su impacto en la licitación inicial, sino la necesaria compensación al contratista que sufría la modificación. Como señaló Parada, parecería como si las reglas de la contratación administrativa se resumieran en dos: «*de una parte, la Administración hace y deshace, compone, modula y arregla a su criterio las prestaciones debidas por el contratista y, de otra, que éste tiene derecho a salir económicamente indemne de esta aventura contractual*»³⁶⁶.

(iii) Algo más compleja es su caracterización como potestad excepcional. En teoría así se propugnaba, en la medida que suponía una quiebra del principio de obligatoriedad del contrato que recordemos rige también en la contratación administrativa³⁶⁷. La práctica era bien distinta, no siendo la excepcionalidad de la modificación una característica que impidiese el abuso y mal uso de la modificación.

(iv) Esa misma complejidad se observa al examinar si la modificación unilateral se consideraba una potestad limitada o ilimitada.

Como cualquier potestad o prerrogativa, parece que la *potestas variandi* debía quedar sometida a límites procedimentales y materiales. Esta afirmación, hoy no discutida, no siempre ha sido pacífica. Y es que la línea mayoritaria tradicional consideró que no operaba límite alguno, más allá de un umbral máximo de alteración, superado el cual, el contratista podría rescindir el contrato.

En ese sentido no debe extrañar que el Tribunal Supremo afirmase que «*el poder de modificación es ilimitado en extensión e intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración*»³⁶⁸. También la

³⁶⁴ MORENO MOLINA, J. A., *Revista General de Derecho Administrativo*, 2010, p. 157.

³⁶⁵ En ese sentido, HORGUÉ BAENA, C., 1997, p. 136.

³⁶⁶ PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1989, p. 204.

³⁶⁷ Informe núm. 71/1999 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 11 de abril de 2000, el principio de obligatoriedad es matizado por mutabilidad.

³⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 9 de abril de 1985 (Ar. 2858).

doctrina se pronunciaba en ese sentido. Así, García de Enterría afirmaba que *«límites en este sentido [barreras u obstáculos] no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidos por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las circunstancias»*³⁶⁹.

En ocasiones se esgrimió que el límite de la modificación se encontraba en el umbral del 20 por ciento superado el cual el contratista podía resolver el contrato³⁷⁰. En sentido contrario podría defenderse que ese umbral no era un auténtico límite a la modificación del contrato sino a la posibilidad de imponer esas modificaciones al contratista. Así, el Consejo de Estado consideraba que *«debe hablarse en tal sentido de límite de la obligatoriedad de la modificación acordada por la Administración para el contratista y no de límite de modificación del contrato»*³⁷¹.

El estudio de la doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado ofrece una constante tensión entre la consideración de esta potestad como un poder *«ilimitado en extensión e intensidad»*³⁷² o como *«limitado o restringido»*³⁷³. Incluso se observa cierta esquizofrenia en alguno de los órganos implicados. Así, llegó un momento que el Consejo de Estado de manera sistemática en sus Memorias anuales denunciaba la situación, pero a la vez, en muchos de sus dictámenes evitaba analizar la modificación más allá de si hay un interés público o no, obviando límites y presupuestos habilitantes.

Una gran mayoría de dictámenes del Consejo de Estado denotaban esa interpretación amplia de la norma, otorgando un marchamo de legalidad a malos usos y abusos de la figura³⁷⁴. Ahora bien, aunque esta fuese la línea mayo-

³⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., 1993, p. 705.

³⁷⁰ Además del 20%, el RGCE 1975 en su artículo 161 también consideró que el contratista podía resolver el contrato en caso de alteración sustancial, y especificó que «Se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten al 50 por 100 del importe del presupuesto».

³⁷¹ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 53391, de 28 de noviembre de 1991.

³⁷² Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, 9 de abril de 1985 (Ar. 2858).

³⁷³ Dictamen del Consejo de Estado núm. 45238, de 12 de mayo de 1983. También señala que la figura de la modificación debe ser excepcional los Dictámenes del Consejo de Estado núm. 45717/1983 y 53930/1989.

³⁷⁴ A título ilustrativo los dictámenes del Consejo de Estado núm. 53888 de 14 de septiembre de 1989, núm. 424 de 2 de abril de 1992, núm. 1834/1995, núm. 3289/2002, entre otros. Destaca el Dictamen núm. 1459/1991 de modificación del contrato de construcción de comedor universitario en la Universidad de Palma de Mallorca. Las obras se adjudican en diciembre de 1989, firmándose en enero de 1990 el acta de replanteo. Sin embargo, en junio de ese mismo año, esto es, menos de 6 meses después del comienzo de las obras, éstas se suspenden y se autoriza la redacción de un proyecto de modificación: partidas que por causas técnicas no fueron previstas en el proyecto primitivo, diferencias por error de medición y unidades nuevas que es preciso introducir por la indefinición general del proyecto. Surge, además, la necesidad de aumentar el sótano-almacén debido al aumento de la población escolar. Así se desglosa su valor: ejecución material: 75 millones; gastos generales del 13%: 9,7 millones; beneficio industrial del 6%: 4,5 millones;

ritaria ello no quiere decir que no hubiese cierta corriente que propugnaba ya la importancia del principio licitatorio como límite a la modificación. Así, a finales de los 80 se va asentando un cuerpo doctrinal que sin ser mayoritario sí que es significativo de la reacción contra el abuso de los modificados. Más adelante, al estudiar el licitocentrismo, veremos ejemplos de esta corriente.

En la actualidad, parece ya pacífico afirmar que la potestad de modificación del contrato es una potestad sometida a límites, que no puede tener un alcance general y que debe tener un carácter excepcional³⁷⁵.

4.3 TERCERA ETAPA (LCSP 2007): LA TÍMIDA REACCIÓN LEGISLATIVA ANTE LAS PRESIONES COMUNITARIAS. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007

(A) *La Ley de Contratos del Sector Público de 2007*

En términos generales se puede afirmar que la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 («LCSP 2007») contenía una regulación más estricta de la modificación del contrato³⁷⁶, si bien se trató de un avance «insuficiente»³⁷⁷. Incluso se afirma que en la práctica apenas cambió nada³⁷⁸, sin que las nuevas normas supusieran «*un obstáculo sustancial para la práctica totalmente rechazable de los reformados*»³⁷⁹.

El núcleo de la regulación de la modificación se contenía en el apartado primero del artículo 202 LCSP de 2007, que estableció lo siguiente:

«Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para aten-

IVA del 12%: 10,7 millones; baja de la subasta del 2.5%: 2,5 millones. En total, unos 97 millones en un proyecto que fue adjudicado por 150 millones (64,62%) menos de 6 meses antes.

Sorprende que la Oficina de Supervisión de proyectos informase favorablemente; el Servicio jurídico del Estado informase favorablemente; la Intervención informase favorablemente. Y, claro, el Consejo de Estado informase favorablemente y se limitase a señalar que «*las explicaciones procedentes de la Universidad y los razonamientos vertidos en lo actuado sitúan sustancialmente lo acaecido en la novedad de las necesidades y en la imprevisión consiguiente inicial de lo que ahora debe ser atendido (...). Que puede aprobarse la modificación del contrato a que se refiere la consulta, debiendo exigirse al contratista el aumento proporcional de la fianza*». Y ya está. No hay más pronunciamientos ni sobre el proyecto ni la falta de previsión.

³⁷⁵ Acuerdo núm. 117/2017, de 21 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

³⁷⁶ BLANQUER CRIADO, D., *La Ley*, 2010, p. 116.

³⁷⁷ MORENO MOLINA, J. A., *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008.

³⁷⁸ GIMENO FELIÚ, J. M., *REDA*, 2011, p. 40.

³⁷⁹ GARCÍA DE LA MATA, J. E., y PIPAON PULIDO, J. G., *La Ley*, 2008.

der a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato» (énfasis añadido).

En primer lugar, se mantuvo el alcance objetivo de la norma ya que las reglas sobre modificación seguían aplicándose sólo a los contratos administrativos –repárese que modificación del contrato seguía equivaliendo a modificación unilateral a través de *potestas variandi*.

En segundo lugar, se mantuvo el régimen fragmentado que nació con la LCE y se consolidó con la LCAP. Para cada tipo de contrato se incluían especialidades que en ocasiones constituían verdaderas excepciones al régimen general del artículo 202 (v.g. en el contrato de obra se admiten variaciones en la medición de 10 por ciento sin requerir expediente de modificación)³⁸⁰.

En la regulación de la LCSP de 2007 se mantuvo el requisito de «razones de interés público», pero desapareció la habilitación de «necesidades nuevas», quedando sólo la de «causas imprevistas» como presupuesto habilitante. La supresión del presupuesto «necesidades nuevas» se produjo durante el trámite parlamentario con el fin de coherencia el precepto con las exigencias europeas tanto jurisprudenciales (entonces con el asunto *Succhi di Frutta C-496/99*) como legislativas (artículo 31.4 de la Directiva 2004/18/CEE)³⁸¹.

Por tanto, el único supuesto habilitante que permitía la norma era el de «causas imprevistas». Dicho concepto debe interpretarse bajo dos parámetros: primero, que *«de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato»*³⁸². Por tanto, no se puede entender el concepto como si fuese sencillamente «causas imprevistas en el pliego» porque ello desnaturalizaría las reglas previstas³⁸³.

³⁸⁰ Como excepciones también las califica VÁZQUEZ MATILLA, J., *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2010, p. 325.

³⁸¹ *Boletín Oficial Congreso de los Diputados*, 29 de marzo de 2007, núm. 95-22, enmienda 91, p. 202; GIMENO FELIÚ apunta que la Comisión, con fecha de 12 de diciembre de 2006 realizó unas observaciones al Anteproyecto de LCSP en las que señalaba que las Directivas no autorizaban modificaciones por «nuevas necesidades». Cfr. GIMENO FELIÚ, J. M., 2013, nota al pie núm. 23

³⁸² Informe núm. 5/10, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 23 de julio de 2010.

³⁸³ Informe núm. 1/2009 de la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia.

El artículo no incluyó un umbral porcentual que sirviese como límite a la modificación³⁸⁴. Sin embargo, sí se limitó por primera vez la potestad de modificar el contrato prohibiendo que las modificaciones afectasen «a las condiciones esenciales del contrato». Ahora bien, el texto no detallaba cómo debe entenderse este concepto.

Solo en el contrato de obras, en una redacción ya presente en legislaciones anteriores, se especificaban algunas circunstancias que podían entenderse como alteraciones esenciales, tales como la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial (art. 221 LCSP de 2007), la sustitución de unidades de obra que afectasen al precio en más de un 30 por ciento (art. 221 LCSP de 2007).

Formalmente se exigía que la posibilidad de modificar el contrato debía recogerse en los pliegos y en el contrato (artículo 202.2 LCSP de 2007). En la práctica, a pesar de esta redacción se aceptaron modificaciones aunque no estuviesen previstas con detalle en los pliegos³⁸⁵. Ocurrió que se acudió a la remisión a la normativa o se indicó sencillamente que el contrato podría ser modificado.

Por último, el artículo 207.2 LCSP de 2007, bebiendo de la tradicional protección al contratista, incluía como causa de resolución los casos en que la modificación exceda el 20 por ciento del precio inicial del contrato:

«En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 y de que, en los supuestos de modificaciones que excedan el 20 por ciento del precio inicial del contrato, la Administración también pueda instar la resolución.»

En cuanto al procedimiento, se siguió la estructura de las normas anteriores. La LCSP de 2007 estableció un procedimiento básico para el ejercicio de la prerrogativa de modificar los contratos «por razones de

³⁸⁴ Y ello a pesar de que BAÑO LEÓN, en su Comparecencia en el Congreso, indicase que las causas imprevistas del artículo 202 deben ser interpretadas según el 31.4.º de la Directiva y, por tanto, exigir que esas causas imprevistas que permitirían la modificación del contrato sean no separables técnica o económicamente o estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y además aludir al límite del 50 por ciento. Sin embargo dicha propuesta no se reflejó en el articulado final. Cfr. Comparecencia de don José María Baño León, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Valencia, acordada por la Mesa de la citada Comisión, para informar en relación con el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 756 de 20 de febrero de 2007, pág. 5.

³⁸⁵ En este sentido, VÁZQUEZ MATILLA, J., 2015, p. 49.

interés público» (art. 194). Este procedimiento exigía la audiencia del contratista ³⁸⁶.

El Consejo de Estado debía fiscalizar el expediente de modificación cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 euros. En este punto, no hubo cambios respecto a la LCAP.

(B) *El descontento de la Comisión Europea*

La LCSP 2007 no fue capaz de convencer a la Comisión Europea de las bondades del régimen español de modificación de los contratos. Según la Abogacía del Estado ni los textos legales ni su interpretación llevaron a la Comisión a reaccionar contra España, sino que fue la mala práctica administrativa ³⁸⁷. Por su parte, el Consejo de Estado aseguró que tanto dicho órgano como la jurisprudencia del Tribunal Supremo exigieron siempre el respeto de las condiciones esenciales de la licitación ³⁸⁸.

Sin embargo, como se ha visto, contadas fueron las resoluciones que hacen de la licitación un verdadero límite. De hecho, la legislación, sus intérpretes y sus aplicadores consagraron un modelo donde la modificación no tenía en la práctica límite alguno. La única manera de evitar abusos era exigir que la modificación se justificase en base a determinadas causas (interés público, necesidades nuevas y causas imprevistas). Causas que estaban redactadas con una textura excesivamente abierta lo que proporcionaba gran discrecionalidad a las entidades adjudicadoras. Esa discrecionalidad no era *per se* negativa, ya que permitía lograr grados de eficiencia que de otra manera no se alcanzarían. Sin embargo, debía venir acompañada de un mayor control, ya sea administrativo o judicial. Y ambos tipos de controles fallaron en la medida en que permitieron que la *mala praxis* se extendiese ³⁸⁹.

³⁸⁶ En el ámbito de la Administración General del Estado impone además informe del Servicio Jurídico.

³⁸⁷ Considera que la interpretación de los preceptos llevada a cabo por el Tribunal Supremo, el Consejo de Estado o la Junta Consultiva no diferían en exceso de la doctrina ahora planteada por el Tribunal de Justicia. Achaca la reacción de la Comisión a la práctica administrativa consistente en ofertar a la baja y acudir al modificado después. Cfr. Circular 1/11 de la Abogacía del Estado, de 7 de abril de 2011.

³⁸⁸ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 215/2010, de 18 de marzo de 2010.

³⁸⁹ No faltaron resoluciones que expresamente expusieron que se trataba de un sistema contrario al Derecho de la Unión. Por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que, en una modificación superior al 63% del valor inicial, si no hay oposición del contratista no se exige volver a licitar, lo cual, se dice, no es acorde a la doctrina europea, pero sí a la norma vigente en ese momento. Cfr. Informe núm. 5/10, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 23 de julio de 2010. Una resolución que desconoce incluso el propio sistema de fuentes ya que la normativa vigente en ese momento debía ser interpretada conforme al Derecho de la Unión.

Así pues, en la teoría y en la práctica la adecuación de la regulación española al Derecho de la Unión Europea era muy dudosa³⁹⁰.

La reacción de la Comisión no se hizo esperar. Tras unas modificaciones significativas en las obras del puerto de Gijón en las que había fondos europeos involucrados la Comisión decidió poner en marcha el procedimiento de infracción³⁹¹.

Sea como fuere, el 8 de mayo de 2006 la Comisión Europea solicitó que el Estado adaptara su normativa a la Directiva 2004/18 (en particular exigió que se observasen los principios en ella consagrados). En noviembre de ese mismo año la Comisión se dirigió a las autoridades españolas, emitiendo un dictamen motivado en el que señalaba lo siguiente:

«En este caso, la Comisión considera que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal como lo regula la LCSP, no está en consonancia con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE sobre contratos públicos y de los artículos 12, 43 y 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

La LCSP otorga a los órganos de contratación un amplio poder para modificar condiciones esenciales de los contratos públicos con posterioridad a su adjudicación, sin que las condiciones para su modificación hayan sido previstas en los documentos del contrato de manera clara, precisa e inequívoca.

Asimismo, la Comisión considera que la LCSP permite al órgano de contratación recurrir a procedimientos negociados sin publicación en circunstancias distintas de las establecidas en el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE [se refería aquí a las obras, servicios y suministros adicionales]»³⁹².

La contestación del Estado español no fue satisfactoria por lo que la Comisión, el 20 de noviembre de 2009 decide entablar la acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia³⁹³.

Finalmente, la Comisión retiró la acción el 6 de abril de 2011 ante el compromiso de una nueva legislación en materia de modificación de contratos. Se trataba de las modificaciones introducidas a la LCSP de 2007 por la

³⁹⁰ GIMENO FELIÚ, J. M., *REDA*, 2011, nota pie núm. 22.

³⁹¹ DOMÍNGUEZ OLIVERA, R., *EP & PPPLReview*, 2015, p. 36. Resulta que el contrato de obras para construir el nuevo puerto de Gijón valorado en 580 millones se vio modificado poco tiempo después en 250 millones debido a que las canteras cercanas no podían ser explotadas por razones medioambientales. Esta variación provocó que la Comisión no continuase otorgando fondos al proyecto –los Fondos de Cohesión financiaban el 42% del proyecto (Cfr. MORENO MOLINA, J. A., *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2008), que además pusiera en marcha el procedimiento de infracción y que la OLAF recomendase a la Comisión el inicio del procedimiento de devolución (Cfr. OLAF Informe de actividad 2014).

³⁹² Referencia de la noticia de prensa: IP/08/1789 (se puede consultar en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1789_en.htm; accedido en marzo 2014).

³⁹³ Referencia de la noticia en prensa: IP/09/1752 (se puede consultar en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-1752_es.htm; accedido en marzo 2014).

Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible («LES»). La Comisión consideró que el nuevo régimen era positivo *«puesto que limita la facultad de las entidades adjudicadoras para modificar los contratos públicos tras su adjudicación y permite disipar así la inquietud que había dado lugar a la incoación del procedimiento de infracción»*³⁹⁴.

4.4 CUARTA ETAPA (LES 2011): LA ADOPCIÓN DEL LICITOCENTRISMO

A través de la Disposición Final Decimosexta de la LES se incorporan a la LCSP de 2007 los artículos 92.bis a 92.quinquies (régimen general) y se da una nueva redacción al artículo 202 (prerrogativa de modificación), aplicándose estas previsiones a los contratos celebrados a partir del 6 de marzo de 2011³⁹⁵. Poco después estas novedades quedan refundidas en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público («TRLCSP»). Será al articulado del Texto Refundido al que nos refiramos cuando analicemos este régimen, si bien hacemos hincapié en que las novedades llegaron de mano de la LES.

Como se ha comprobado, la LES fue fruto de la urgencia provocada por el procedimiento de infracción incoado por la Comisión Europea frente el Reino de España por la permisiva legislación de modificación de los contratos públicos. Como consecuencia, se aprobó un régimen muy estricto, calificado de «exceso de frenada»³⁹⁶ y de «revolucionario»³⁹⁷ por contraposición al régimen laxo que existía con anterioridad. Este régimen era aplicable a todos los contratos del sector público y establecía unos límites a la modificación muy rígidos³⁹⁸.

En su Exposición de Motivos, la LES señala que *«se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la*

³⁹⁴ Referencia de la noticia en prensa IP/11/430. Más detalle en VÁZQUEZ MATILLA, J., REDA, 2009.

³⁹⁵ Según la Abogacía del estado, la LES debía aplicarse incluso a los contratos formalizados antes de la LES ya que la regulación anterior contenía los principios comunitarios. Por contra, para la Junta Consultiva de Contratos Administrativos de Aragón la normativa debe ser la que existía cuando se celebró el contrato (Informe núm. 23/2011).

³⁹⁶ BERNAL BLAY, M. A., 2011, p. 186: «hemos pasado de justificar la modificación de los contratos por causas imprevistas con una interpretación laxa del concepto, que consideraba imprevistas todas las causas que no habían sido expresamente contempladas (...) a un concepto, el de causas imprevistas acompañado a su vez de una interpretación estricta y limitada (...) lo que constituye un evidente exceso de frenada».

³⁹⁷ GIMENO FELIÚ, J. M., 2016, p. 26.

³⁹⁸ Analiza esta regulación de manera integral VÁZQUEZ MATILLA, J., 2015.

*postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por ciento el precio inicial del contrato»*³⁹⁹.

Ahora bien, la LES no se limitó a adaptar el régimen español de modificación de los contratos a la jurisprudencia europea, sino que lo llevó más allá siguiendo «*la postura manifestada por la Comisión*», creando un régimen nuevo mucho más estricto que el de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

4.4.1 La imposición del licitocentrismo como interés general prevalente

Las presiones de la Comisión Europea y la consecuente aprobación de la LES tuvieron como primera consecuencia que el modelo español adoptara una aproximación licitocéntrica en su régimen de modificación de los contratos⁴⁰⁰.

Hoepffner señaló que la modificación en el Derecho privado es una técnica jurídica de carácter subjetivo que permite a las partes mejorar las especificaciones iniciales para lograr un mejor resultado. En cambio, en el Derecho administrativo la modificación es una técnica objetiva cuya utilización está justificada sólo por razones de interés público⁴⁰¹. Pues bien, ese interés público que se persigue ya no solo consiste en conservar y ejecutar el contrato. La LES supone pasar de un sistema en el que la modificación protege el interés público que representa la conservación del contrato a un modelo en el que prevalece el interés público que representa la licitación.

El licitocentrismo no es más que situar la protección de la licitación inicial en el centro del sistema de modificación, convirtiéndolo en el interés general prevalente. En un capítulo anterior hemos analizado cómo impacta positiva o negativamente la modificación en cada uno de los intereses en juego: en las partes contratantes, en el sistema de contratación, en el principio de eficiencia, entre otros. Pues bien, bajo un sistema licitocéntrico cualquier interés que pueda justificar la modificación del contrato queda supeditado a que la licitación inicial no se vea afectada.

³⁹⁹ Exposición de Motivos de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

⁴⁰⁰ Adviértase que el ordenamiento español no es el único en adoptar este modelo. Esta aproximación licitocéntrica, cuyo origen reciente se encuentra en el Derecho europeo de los contratos públicos, se ha extendido a todos los ordenamientos nacionales. La solución de los sistemas normativos consiste en proteger la licitación original a través de la exigencia de que las modificaciones estén previstas –en la medida de lo posible– en la licitación inicial.

⁴⁰¹ HOEPFFNER, H., 2009, p. 4.

Yannakopoulos afirma que la modificación está limitada «par l'idéologie concurrentielle du moment»⁴⁰². En 2009, Yves Gaudemet se preguntaba si acaso la ideología de la concurrencia suponía la muerte del contrato administrativo⁴⁰³. Estas afirmaciones pretenden dotar a la regulación de la modificación de cierto contenido ideológico: los límites se imponen en aras del sacrosanto dogma de la concurrencia.

En España esta visión fue adoptada por la presión de la Comisión Europea. Ahora bien, hay que dejar constancia que esa presión no hubiese sido necesaria si el legislador español hubiese atendido una preocupación que siempre había estado presente. A partir de la segunda mitad de los años ochenta fueron cada vez más las decisiones que perseguían limitar la modificación en aras de proteger el principio licitatorio como principio básico de la contratación.

Así lo hizo el Consejo de Estado en algunos de sus dictámenes, que limitaban la posibilidad de modificar el contrato acudiendo a distintas fórmulas. Por ejemplo, entendiendo que una alteración sustancial del contrato inicial conlleva una alteración sustancial de la voluntad inicialmente expresada⁴⁰⁴, entendiendo que una modificación de gran magnitud es en realidad un nuevo contrato⁴⁰⁵, o que un cambio de objeto producía una alteración de la naturaleza inicial del contrato⁴⁰⁶. Incluso, en esta línea minoritaria entendió que una modificación sustancial puede ser prohibida a pesar de quedar amparada en una circunstancia habilitante⁴⁰⁷.

⁴⁰² YANNAKOPOULOS, C., *Revue de Droit public*, 2009, p. 421.

⁴⁰³ GAUDEMET, Y., Prólogo de HOEPFFNER, H., 2009.

⁴⁰⁴ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1497/1993, de 28 de diciembre de 1993.

⁴⁰⁵ Dictamen del Consejo de Estado núm. 50461, de 12 de noviembre de 1987: «*Ahora bien, la aparición de «necesidades nuevas» no pueden justificar la adjudicación de todo un nuevo contrato administrativo, como en el presente caso se pretende, con quiebra del principio de publicidad y concurrencia».* «... el Consejo de Estado manifiesta resueltamente su criterio favorable a la resolución del contrato ya que, como se ha indicado en los antecedentes, la ejecución de las obras a la vista de las dificultades técnicas que han surgido, implicaría la necesidad de una modificación del proyecto que alcanzaría al 73 por 100 del precio inicial del contrato. Ciertamente es que en pura hipótesis esta modificación sería posible ya que está previsto en diferentes preceptos de la legislación contractual que puedan hacerse modificaciones superiores al 20 por 100 del precio del contrato, pero también es indudable que una modificación de la magnitud necesaria en el presente caso implica, de hecho, un contrato prácticamente nuevo y distinto, por lo que parece aconsejable para el interés general resolver el vigente nexo contractual».

⁴⁰⁶ Dictamen del Consejo de Estado núm. 51698, de 25 de febrero de 1988: «*Ahora bien, la dificultad sustancial para aceptar la modificación proyectada estriba en la naturaleza misma de la supuesta modificación (...)* En el presente caso, como se deduce del contenido del proyecto, e incluso de los informes que obra en el expediente, se trata en realidad de una variación de la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habían de ejecutarse en la carretera S-492. Pero más que una modificación de contrato se trata en realidad de un proyecto nuevo, lo que habría de dar lugar sin duda a un nuevo expediente de contratación y, en definitiva, a un contrato administrativo distinto».

⁴⁰⁷ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1254/1993, de 21 de octubre de 1993.

En el mismo sentido el Consejo de Estado señaló que aceptar la modificación estudiada infringía «*las exigencias de la contratación de los entes públicos, orientadas de un lado a proteger los intereses económicos de la Administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible, y, de otro, la igualdad de acceso a la contratación administrativa*»⁴⁰⁸.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa mantuvo también que el principio licitatorio era un auténtico límite a la modificación:

«En segundo lugar debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que «celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato...la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concededores de la modificación que ahora se produce»⁴⁰⁹.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronunció en estos términos cuando se le consultó sobre la posibilidad de prorrogar o modificar una concesión de abastecimiento de agua potable ante determinadas inversiones del concesionario:

«(...) En segundo lugar debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que «celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato...la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concededores de la modificación que ahora se produce» (Informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, 47/98, 52/00 y 59/00)».

4. En el presente informe debe señalarse que el contrato se adjudicó por un plazo de diez años, que vence el 1 de abril de 2006, sin que en los pliegos ni en el documento de formalización del contrato esté prevista prórroga alguna, por

⁴⁰⁸ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1409/1992, de 4 de marzo de 1993.

⁴⁰⁹ Informe núm. 54/06, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 11 de diciembre de 2006, que cita a su vez los Informes núm. 48/95, núm. 47/98, núm. 52/00, núm. 59/00, núm. 50/03 y núm. 12/06.

lo que debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que la realización de obras en período de prórroga no prevista puede ser un sistema de eludir el plazo taxativo de duración del contrato de diez años, cuando dado el inminente vencimiento del contrato, dichas obras pueden ser encajadas en el nuevo contrato que necesariamente se ha de adjudicar»⁴¹⁰.

El Tribunal Supremo también llamó la atención sobre el impacto de las modificaciones en la licitación inicial, si bien en un contexto diferente, referido a un recurso frente a la negativa de la Administración de modificar el contrato:

«... interpretar el susodicho artículo del Reglamento [art. 136 RGCE] en el amplio y hasta desorbitado modo que el actor quiere equivaldría a desvirtuar la libertad de licitación en las subastas de obras públicas a favor de quienes aceptan bajos precios para eliminar competidores y después, una vez obtenida la adjudicación, acudir al expediente incidental de modificación de condiciones al objeto de obtener incrementos en el equivalente económico de la contrata; y si toda interpretación que conduzca al absurdo debe ser eliminada, con mayor razón cumple excluir aquéllas que resulten protectoras de posibles fraudes a los intereses tanto públicos como privados con respecto al libre funcionamiento de la competencia»⁴¹¹.

También hubo autores que consideraron que alteraciones sustanciales debían llevar a la resolución, estableciéndose así auténticos límites a la modificación ya fuese por atentar contra el principio licitatorio⁴¹² o por alterar la voluntad de la Administración expresada en la adjudicación⁴¹³.

Sin embargo, la reacción legislativa no fue suficiente y la reacción en la práctica nunca llegó. Por tanto, la falta de voluntad política y administrativa no dejó más alternativa a la Comisión Europea que intervenir en la protección de los licitadores y de los propios fondos europeos involucrados en la compra pública española. Se impuso así el modelo licitocéntrico. Un modelo que, además, por tener origen europeo va a estar dotado de un carácter prevalente: a partir de entonces el interés general que representa la licitación prevalece al interés general que representa la ejecución del contrato⁴¹⁴.

⁴¹⁰ Informe del Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 7/06, de 24 de marzo de 2006; cita también la interpretación estricta del Informe núm. 50/03 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 12 de marzo de 2004.

⁴¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 1980 (Ar. 3451)

⁴¹² NUÑEZ MUNÁIZ, R., 2004., p. 293; CLIMENT BARBERÁ, 2003., p. 824; y HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., 2003., p. 536.

⁴¹³ ROLLÓN MUÑOZ, J., 2002, p. 934-937.

⁴¹⁴ En ese sentido HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., 2018, p. 2138.

4.4.2 Novedades del régimen de la LES

(A) *La LES extendió el ámbito de aplicación más allá de los contratos administrativos*

Dentro del Libro I «Configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos» se creó un Título V de la «Modificación de los contratos». En particular, los artículos 105 a 108 TRLCSP son los que recogerán el régimen general de la modificación de los contratos del sector público.

A su vez, a la hora de regular en el artículo 20 TRLCSP el régimen jurídico de los contratos privados se añadió un último párrafo de extrema importancia estableciendo que «... serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos». Por tanto, el régimen general de los modificados (Título V, Libro I) pasó a aplicarse a todos los contratos sometidos a la LCSP y no sólo a los contratos administrativos⁴¹⁵. Se trata sin duda de una de las novedades más importantes de la LES⁴¹⁶.

La doctrina estuvo dividida en cuanto a esta nueva regulación. Algunos autores alabaron que los criterios para modificar contratos administrativos y contratos privados se unificasen⁴¹⁷. Más aún si cabe teniendo en cuenta la tendencia de la Administración a crear entes jurídico-privados con la intención de escapar de la aplicación del Derecho de los contratos públicos es bien conocida, v.g las sociedades de obras públicas⁴¹⁸. Otros, sin embargo, consideraron que la medida en que puede suponer una importante restricción a la autonomía contractual de entidades de Derecho privado⁴¹⁹.

Lo que era más criticable es que fuese la jurisdicción civil la encargada de conocer acerca de las modificaciones de los *contratos privados* del sector público, incluidos los de la Administración⁴²⁰. Así pues las modificaciones de los

⁴¹⁵ Recordemos que son contratos privados según el art. 20 TRLCSP todos los celebrados por entidades del Sector Público que no sean Administraciones Públicas, más aquellos celebrados por las Administraciones Públicas que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

⁴¹⁶ Dictamen Consejo de Estado sobre anteproyecto LES.

⁴¹⁷ COLÁS TENA, J., *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2012; VÁZQUEZ MATILLA, J., *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2010, p. 330.

⁴¹⁸ HUERGO LORA, A., *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2005, p. 228: en la huida del Derecho Administrativo en el ámbito de la contratación este autor ve una prueba del carácter prescindible de la categoría de contrato administrativo.

⁴¹⁹ ESTÉVEZ, A. E., *Contratación Administrativa Práctica*, 2013, p. 4.

⁴²⁰ El Consejo de Estado en su Dictamen sobre la LES considera que es necesario que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la competente acerca de la modificación de los contratos del sector público.

contratos administrativos eran recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que las modificaciones de los contratos privados lo eran ante la jurisdicción civil. Ello traía como consecuencia que asuntos que abordasen conceptos similares tuviesen resoluciones diferentes v.g fuerza mayor⁴²¹.

(B) *La LES trató de potenciar las modificaciones previstas sobre las imprevistas*

La redacción de la LCSP de 2007 parecía señalar que no era posible modificar el contrato si ello no estaba previsto en los pliegos⁴²². Por esta razón muchas veces se recurría a fórmulas genéricas sobre la posibilidad de modificar. Pues bien, la LES diseñó un doble régimen según se tratase de modificaciones previstas o imprevistas.

Esta solución fue posteriormente adoptada en las Directivas de 2014 y en la LCSP de 2017. Se trata así de incentivar los esfuerzos para que las modificaciones estuviesen previstas en los pliegos. Esta medida supone la «contractualización de la modificación» vía pliegos y puede generar a medio plazo un nuevo paradigma de la contratación pública, al exigir una mayor preparación y sofisticación de éstos.

Como se verá, en la vigente LCSP de 2017 esta apuesta por las modificaciones previstas queda diluida –al menos en los contratos administrativos– al introducir un límite cuantitativo a las modificaciones previstas, reduciendo así el incentivo de acudir a las mismas.

En línea con esta medida, todas las modificaciones previstas en los pliegos deben ser tenidas en cuenta para valorar el contrato (opciones, prórrogas, etc.)⁴²³. Mientras que las modificaciones imprevistas sólo se podrán llevar a cabo bajo condiciones muy estrictas.

(C) *La LES diseñó un sistema de doble lista para las modificaciones imprevistas: circunstancias habilitantes y límites*

Las modificaciones imprevistas se regulaban en el artículo 107 TRLCSP. El precepto recogía en su apartado primero un conjunto de circunstancias habilitantes y en su apartado segundo un doble límite que se concretaba en el apartado tercero.

⁴²¹ BERNAL BLAY, M. A., 2011., p. 179.

⁴²² Así lo interpretaba la doctrina: por todos, GIMENO FELIÚ, J. M., 2010, p. 257.

⁴²³ Se pronunciaba así el artículo 88 TRLCSP en conexión con el 106 TRLCSP.

Por un lado, el artículo 107.1 TRLCSP permitía la modificación cuando concurriese alguna de las siguientes causas:

- «a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.
- b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.
- c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.
- d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.
- e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.»

Además de este listado de supuestos habilitantes, la LES incluía límites aplicables con independencia del supuesto acaecido. Superado estos límites, e independientemente del supuesto que permitió la modificación, se debía proceder a volver a licitar.

El artículo 107.2 TRLCSP señala que *«la modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria»*. El precepto contiene, por tanto, un doble límite:

i) Introducir las variaciones estrictamente necesarias para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Este límite está también previsto en la vigente LCSP 2017, por lo que será más adelante comentado.

ii) No alterar las condiciones esenciales de la licitación. La propia norma facilitaba la tarea de interpretación a través de un listado que no debe considerarse exhaustivo, sino de mínimos⁴²⁴.

⁴²⁴ Informe núm. 73/11 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, 1 marzo 2012, analiza el artículo 107.

El artículo 107 TRLCSP, en su apartado tercero ofrecía cuatro criterios cualitativos y uno cuantitativo que el ente adjudicador debía observar al introducir una modificación no prevista en los pliegos. Así, «se entenderá» que alteran las condiciones esenciales las siguientes circunstancias:

«3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.»

Como se observa, la letra d) introduce un límite cuantitativo (el 10 por ciento) aplicable a cualquier modificación no prevista, lo cual se consideró como «*la mayor prohibición que ha existido en toda la legislación contractual en nuestro país*»⁴²⁵.

Nótese que en la vigente LCSP 2017 este sistema de doble lista ha desaparecido, adoptando en su lugar el sistema contemplado en las Directivas que recoge límites específicos para cada una de las circunstancias habilitantes.

(D) *La LES redujo el alcance de la modificación unilateral*

El artículo 219 TRLCSP contemplaba el régimen de modificación unilateral de los contratos administrativos. Este precepto se remite al régimen general que se acaba de describir sucintamente. Esa remisión suponía que la modificación unilateral debiese venir motivada por las circunstancias habilitantes del artículo 107.1 TRLCSP y quedase sometida a los límites del artículo 107.2 TRLCSP.

⁴²⁵ VÁZQUEZ MATILLA, J., 2015, p. 186. En el mismo sentido ESTÉVEZ, A. E., *Contratación Administrativa Práctica*, 2013.

Se produjo así una limitación considerable de la posibilidad de su ejercicio. Esta limitación fue enmarcada por MEILÁN en lo que interpretó como *crisis de las potestades en materia de contratación*; una crisis provocada, según el autor, por la recepción del Derecho europeo en la materia⁴²⁶. Recepción que no debiera hacerse, según se ha dicho, «*olvidando nuestra tradición normativa*» y que «*las razones que motivaron su creación están plenamente vigentes en la actualidad*»⁴²⁷.

Ahora bien, no se puede afirmar que Europa haya pretendido limitar específicamente el poder unilateral de la Administración. Las normas y principios europeos se refieren al fenómeno de la modificación en su conjunto, con independencia de las técnicas jurídicas utilizadas. Se reduce la posibilidad de su uso, sí, pero en la misma medida que el uso del mutuo acuerdo. El problema es que en España la modificación del contrato se basaba exclusivamente en un modelo de modificación unilateral, de potestad, y de ahí que se vincule el impacto del Derecho de la Unión Europea con una supuesta limitación de la potestad.

Así, el TRLCSP consiguió comenzar a cambiar la práctica administrativa de la modificación unilateral de carácter ilimitado, si bien lo hizo a costa de impedir prácticamente cualquier modificación contractual.

(E) *La LES introdujo una nueva causa de resolución*

La LES introdujo una nueva causa de resolución para todos los contratos cubiertos por la norma. En el régimen general el artículo 105 TRLCSP señala que «*en cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III*».

En el régimen administrativo, el artículo 223.g TRLCSP establece como causa de resolución del contrato «*la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I*». Examinaremos el precepto equivalente a éste al estudiar la LCSP 2017.

⁴²⁶ MEILÁN GIL, J. L., *Revista de Administración Pública*, 2013, p. 11.

⁴²⁷ GIRALDES GUTIÉRREZ, L. S., *Revista General de Derecho Administrativo*, 2014, p. 3.

4.5 QUINTA ETAPA (LCSP 2017): ABRAZO, CON MATICES, DEL MODELO EUROPEO

En 2011 España se vio forzada a aprobar un régimen estricto de modificación ante las presiones de la Comisión Europea. Sin embargo, en 2014 se aprobó el cuarto paquete de Directivas incorporando un régimen de la modificación bastante más flexible que el impuesto por la Comisión Europea a España ⁴²⁸.

La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público («LCSP» o «LCSP 2017») anuncia en su Exposición de motivos que la transposición de esta cuarta generación de Directivas es «*el motivo determinante de la presente Ley*» ⁴²⁹, lo cual se proyecta en la regulación de la modificación de los contratos, donde veremos cómo la LCSP renuncia al modelo de la LES por un sistema similar al de las Directivas (en particular al artículo 72 de la Directiva 2014/24).

El legislador nacional ha aprovechado para rectificar su rígida postura anterior, redefiniendo el equilibrio de intereses involucrados y tratando de presentar un régimen más acorde a las necesidades de la contratación pública ⁴³⁰.

En la LCSP se mantiene cierta tolerancia hacia las modificaciones previstas en los pliegos (menor que la Directiva al menos en lo que respecta a los contratos administrativos) y cierta intolerancia hacia las modificaciones no previstas (mayor que en la Directiva).

La LCSP, a diferencia de la LES y de la Directiva, limita cuantitativamente las modificaciones previstas de los contratos administrativos, que no podrán superar el 20 por ciento del precio inicial. Se desactiva así uno de los objetivos primordiales de la Directiva: incentivar las modificaciones previstas, y por tanto sometidas a presión competitiva.

Por otro lado, en cuanto a las modificaciones imprevistas se permiten modificaciones de manera algo más flexible que en la LES, pero con una aproximación más estricta que la Directiva 2014/24. Es menos estricta que

⁴²⁸ GALLEGO CÓRCOLES, I., 2015.

⁴²⁹ Apartado II Exposición de motivos de la LCSP. La Ley señala en su Exposición de motivos que sus objetivos son «*aclerar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia*». Esos objetivos se alcanzan sin sacrificar «*la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad*».

⁴³⁰ BAÑO LEÓN afirma que la LCSP, aunque más generosa gracias a las Directivas, sigue siendo extraordinariamente rígida y da la espalda a la realidad. Cfr. BAÑO LEÓN, J. M., 2018, pp. 1345 y 1346.

en la LES porque su ámbito de aplicación es menor y los límites impuestos algo menos rígidos. A la vez, es más estricta que la Directiva al contener límites más rígidos y prever un ámbito de aplicación más extenso que el de la Directiva.

En el capítulo siguiente veremos las características generales del nuevo modelo planteado por la LCSP⁴³¹.

⁴³¹ El texto final de la LCSP en este punto sufre algunas variaciones respecto del texto inicialmente aprobado como anteproyecto. Un análisis de este último fue realizado en CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *Contratación Administrativa Práctica*, 2016.

CAPÍTULO 5

RÉGIMEN GENERAL DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA LEY 9/2017

En este capítulo se estudia el régimen general de la modificación, esto es, el contenido de los artículos 203 a 205 LCSP, que es el régimen aplicable a los contratos administrativos y a todos los contratos de los poderes adjudicadores no Administración pública⁴³².

Con carácter previo se analizarán las líneas generales de la reforma introducida por la LCSP en materia de modificación de contratos. Hecho eso, se analizan las modificaciones permitidas, tanto las modificaciones previstas (art. 204 LCSP), como las modificaciones no previstas (art. 205 LCSP). Respecto a estas últimas, además de cada uno de los supuestos también examinaremos el concepto de «necesidad» que está presente en los artículos nucleares del régimen general de la modificación.

En este apartado se examina la obligatoria resolución del contrato en caso de no poder llevar a cabo una modificación jurídicamente viable.

Tras el análisis de las cuestiones centrales del régimen general se examinan las dos grandes especialidades de la modificación de los contratos administrativo: la posibilidad de su imposición obligatoria y el procedimiento para llevarlas a cabo.

En cuarto lugar, se examinan sucintamente las consecuencias de la modificación válidamente celebrada.

⁴³² Algunas cuestiones de este capítulo han sido tratadas en publicaciones previas del autor. Así «La nueva regulación de la modificación del contrato en el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público de 2015», en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 141, enero, 2016; y «La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP», en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero, 2018).

Finalmente, se estudia de manera muy sucinta el régimen de controles que rodea a la modificación del contrato.

5.1 NOTAS GENERALES DE LA REFORMA DE 2017

5.1.1 Europeización de la regulación y sus posibles consecuencias

La LCSP transpone el contenido de las Directivas, recogiendo en sus artículos 203 a 205 LCSP lo previsto en el artículo 72 de la Directiva 2015/24. Esa transposición es el último paso dado hasta la fecha hacia la completa europeización de la regulación de las modificaciones de los contratos del sector público.

En otro lugar se ha definido europeización como el proceso mediante el cual el ordenamiento nacional, de manera difícilmente reversible, queda conformado por reglas, principios e instituciones de origen europeo que, en caso de conflicto normativo, tienen fuerza legal para desplazar al derecho nacional, y que son objeto de una interpretación conforme a parámetros propios del ordenamiento europeo de origen⁴³³. Pues bien, en el caso de la modificación de los contratos se produce una europeización material, una europeización procedimental y, de manera indirecta, una europeización institucional⁴³⁴.

La europeización material se refiere a la adopción de normas europeas que desplazan a las normas nacionales. Ello ocurre claramente si observamos el cambio producido entre los modelos españoles (sea el modelo tradicional o el modelo impuesto en la LES) y el contenido de la Directiva. El legislador español ha «abrazado» el contenido de las Directivas, recogéndolo literalmente en algunos puntos y aplicándolo incluso a situaciones fuera del alcance de las Directivas, tales como los contratos no armonizados. Ello tiene sus consecuencias.

En términos generales esta transposición casi literal de la norma es beneficiosa porque facilita el cumplimiento con el Derecho de la Unión.

El legislador español decide extender el régimen europeo de la modificación a los contratos no SARA o extender el alcance del recurso especial a su-

⁴³³ SARMIENTO, D., y CODINA, X., «La europeización del Derecho administrativo», en trabajo de próxima publicación.

⁴³⁴ Seguimos aquí la clasificación general sobre tipos de europeización elaborada por SIEGEL, T., *Europeización del Derecho público: marco de condiciones y puntos de interacción entre el Derecho europeo y el Derecho (administrativo) nacional*, ed. Marcial Pons, 2016 p. 53.

puestos fuera de las exigencias de la Directiva. De nuevo, esta decisión debe ser bienvenida porque supone un paso hacia la unificación del régimen jurídico de la modificación. Ahora bien, hay que ser conscientes de las consecuencias de esta decisión: en virtud del principio de interpretación uniforme, el Tribunal de Justicia es también el intérprete de aquellos supuestos que aun quedando fuera del alcance de las Directivas, hayan sido sometidos a su régimen por el legislador español⁴³⁵.

Ello ahonda en la europeización institucional producida por la creciente importancia del Tribunal de Justicia en la materia. Al tratarse de previsiones repletas de conceptos jurídicos indeterminados lo que ocurre es que de manera indirecta se produce también una europeización institucional dado que el último intérprete de estos conceptos será el Tribunal de Justicia. Se abre de esa manera una puerta a que tanto los órganos judiciales como los tribunales de recurso especial puedan plantear las correspondientes cuestiones prejudiciales que permitan aclarar las dudas sobre estos conceptos⁴³⁶.

Por último, la adopción de las Directivas generará un gran número de puntos de conexión con el Derecho de la Unión, requisito éste para que sea de aplicación la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 51 de la Carta). Habrá que ver –y esto debe ser objeto de análisis más pausado–, de qué manera la modificación del contrato y su práctica pueden impactar en los derechos reconocidos en la Carta.

Desde un punto de vista procedimental también se produce la europeización de la modificación en la medida en que sujeta la decisión de modificar al examen del recurso especial en materia de contratación. Se estudia más adelante esta novedad.

Dicho lo anterior, y a pesar de la europeización comentada, también debe dejarse constancia de la opción del legislador por un régimen que es más estricto que el establecido en la Directiva y que, por tanto, decide no aprovechar la flexibilidad que esta permitía⁴³⁷.

⁴³⁵ En ese sentido, el conjunto de sentencias recogidas en el apartado 43 de las conclusiones del Abogado General Saugmandsgaard Øe presentadas en el asunto *Europamur Alimentación*, C295/16, EU: C:2017:506: «...cuando una legislación nacional, en relación con las soluciones que aporta a situaciones que no están incluidas en el ámbito de aplicación de un determinado acto de la Unión, hace suyas las soluciones que adopta dicho acto, existe un interés evidente de la Unión en que, para evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones tomadas del referido acto de la Unión sean objeto de una interpretación uniforme».

⁴³⁶ Recordemos que los tribunales de recurso son órganos jurisdiccionales a los efectos del artículo 267 TFUE, tal y como se dijo en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2015, *ConSORCI Sanitari del Maresme*, C-203/14, EU: C:2015:664.

⁴³⁷ GIMENO FELIÚ, J. M., *Documentación Administrativa Nueva Época*, 2017, p. 22. El autor recalca la utilización del adverbio «solo» del artículo 203 LCSP como muestra de la voluntad del legislador de que la modificación sea algo excepcional.

5.1.2 Mejora de los mecanismos de control: publicidad, recurso especial y el papel del Consejo de Estado

Donde sí ha innovado el legislador español respecto del texto de las Directivas es en la extensión de algunos mecanismos de control. Nos referimos aquí a la mejora en la transparencia (por vía de la publicidad) y a la previsión del recurso especial en caso de modificación de determinados contratos, previsión que, si bien no cubre todos los contratos, no se limita a los contratos cubiertos por la Directiva.

Respecto a la transparencia mediante la publicidad, el artículo 63 LCSP obliga al órgano de contratación de todas las entidades del sector público a publicar en el perfil de contratante el anuncio de la modificación y su justificación.

En el caso de los contratos administrativos y de los contratos de los poderes adjudicadores no Administración pública, ese anuncio debe publicarse en el plazo de 5 días desde la aprobación de la modificación, y debe acompañarse de *«las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación»* (art. 207.3 LCSP).

Por último, en el caso de los contratos armonizados que se hubieran modificado debe publicarse el correspondiente anuncio en el DOUE cuando la modificación venga motivada por trabajos adicionales o circunstancias imprevisibles (art. 207.3 LCSP). No existe esta obligación en caso de los contratos armonizados de «servicios especiales» (enumerados en el Anexo IV de la LCSP).

En relación al recurso especial, se reconoce a la modificación como una de las decisiones sujetas a recurso especial en materia de contratación (art. 44 LCSP). Así se había declarado ya en algunas resoluciones de tribunales de recurso, si bien ahora se recoge expresamente en la norma⁴³⁸.

Ahora bien, este recurso no se contempla para todos los contratos sino solo para determinados contratos de los poderes adjudicadores, tales como los contratos de obras, concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y los contratos de suministro y de servicios que tenga un valor estimado superior a cien mil euros (art. 44 LCSP).

⁴³⁸ Por todas, en el Acuerdo núm. 117/207, de 21 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

En relación al control del Consejo de Estado o del órgano autonómico equivalente, es preceptivo recabar su dictamen en el caso de modificaciones no previstas tanto de contratos administrativos (art. 191 LCSP) como de contratos de poderes adjudicadores (art. 319 LCSP), en ambos casos cuando su precio sea igual o superior a 6.000.000 euros y la cuantía de la modificación sea aislada o conjuntamente superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato.

En el caso de los contratos de los poderes adjudicadores, su modificación requerirá además la autorización del Departamento ministerial u órgano de la administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela de la entidad contratante (art. 319 LCSP).

Por último, en el caso de los contratos de las entidades del sector público estatal que requieran autorización del Consejo de Ministros para celebrarse (es el caso de contratos superiores a doce millones), también será necesaria la autorización del Consejo de Ministros si representa un porcentaje, aislada o conjuntamente, superior al 10 por ciento del precio inicial del contrato (art. 324 LCSP).

5.1.3 La limitación del ámbito de aplicación de la norma y jurisdicción competente ⁴³⁹

Uno de los objetivos que la LES pretendió alcanzar fue establecer un régimen uniforme en materia de modificación de contratos, sujetando todos los contratos del sector público al mismo régimen jurídico básico (arts. 20 y 105 a 108 del TRLCSP de 2011). Esta uniformidad de régimen, por cierto, no impedía que existieran algunas especialidades para los contratos administrativos (por ejemplo, la posibilidad de la modificación unilateral del contrato) y, a su vez, que existieran especialidades menores para cada uno de los contratos administrativos típicos.

En la nueva LCSP sigue existiendo un régimen general (arts. 203 a 205 LCSP). Ahora bien, el camino hacia la uniformidad jurídica emprendido por la norma anterior se revierte al menos en parte, dejando fuera del régimen general a los contratos de las entidades del sector público que no tienen carác-

⁴³⁹ Esta reflexión en CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *Contratación Administrativa Práctica*, 2018.

ter de poder adjudicador y a los contratos privados de las Administraciones públicas⁴⁴⁰.

Así, el núcleo central de la modificación se inserta en la regulación de los contratos administrativos (arts. 203 a 205 LCSP, en el Libro Segundo de la LCSP)⁴⁴¹. Al resto de contratos les será de aplicación esta regulación administrativa en los supuestos y con el alcance que expresamente establezca la LCSP.

A la vista de lo anterior, se puede afirmar, por tanto, que la LCSP contiene distintos regímenes jurídicos de modificación del contrato según se trate de unos contratos u otros y de unas entidades u otras. De manera algo compleja la LCSP establece los siguientes regímenes jurídicos de la modificación (arts. 24 a 26 LCSP y arts. 319 y 322 LCSP):

a) Los contratos administrativos típicos se rigen en cuanto a su modificación por lo establecido en los artículos 203 a 207 LCSP y por las especialidades establecidas para cada uno de los contratos administrativos típicos (artículo 25.2 LCSP)⁴⁴².

Por su parte, los contratos administrativos especiales se rigen en cuanto a su modificación por lo que establezcan sus normas específicas y, solo supletoriamente, por la LCSP (artículo 25.2 LCSP).

En todo caso, conforme al artículo 190 y al 206 LCSP, en los contratos administrativos la Administración pública tiene la potestad de modificar unilateralmente el contrato, pudiendo imponer al contratista modificaciones que no excedan, aislada o conjuntamente, del 20 por ciento del precio inicial (art. 206 LCSP).

La jurisdicción competente para conocer de estas modificaciones será la contencioso-administrativa.

b) Los contratos privados de las Administraciones Públicas se rigen en cuanto a su modificación por el Derecho privado (art. 26.2 LCSP). Solo se aplicarán las normas del régimen general a los contratos privados de la Admi-

⁴⁴⁰ La enmienda núm. 295 de Esquerra Republicana de Cataluña pretendía que los artículos 201 a 205 del Proyecto de Ley fuesen de aplicación a todos los contratos del sector público. Sin embargo, esta enmienda no prosperó.

⁴⁴¹ Antes contenido en el Libro I, que contenía los elementos estructurales de todos los contratos del sector público (arts. 105 a 108 TRLCSP 2011), pasa ahora al Libro Segundo «De los contratos de las Administraciones Públicas», dentro del Capítulo I «De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas», Sección Tercera «De los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos» (arts. 203 a 207 LCSP).

⁴⁴² Contrato de obras (art. 242 LCSP); contrato de concesión de obras (255 y 262 LCSP); contrato de concesión de servicios (art. 290 LCSP).

nistración descritos en el artículo 25.1.a) LCSP cuando sean contratos SARA ⁴⁴³.

La jurisdicción competente será la jurisdicción civil, salvo la mencionada excepción de los contratos del artículo 25.1.a) LCSP.

c) Los contratos celebrados por un poder adjudicador que no sea Administración Pública se rigen en cuanto a su modificación por las normas de Derecho privado, si bien le serán de aplicación los artículos 203 y 205 LCSP sobre supuestos de modificación del contrato (art. 26.3 LCSP y su remisión al artículo 319 LCSP de Efectos y extinción, aplicable a todos los contratos celebrados por poderes adjudicadores no Administración pública), así como el supuesto de resolución relacionado con ellos y previsto en el artículo 211 LCSP.

Este precepto incluye todos los contratos de estas entidades: tanto los contratos armonizados como los contratos no armonizados ⁴⁴⁴.

La remisión a los artículos 203 y 205 LCSP plantea ciertas dudas. Estos preceptos parecen distinguir entre Administración pública o contrato administrativo y «órgano de contratación» (por ejemplo, en el artículo 204.2 o 207 aplicable por remisión del artículo 203.3). Así pues, no está claro si deben entenderse aplicables los apartados de estos preceptos que hacen referencia expresa a «contratos administrativos» (art. 203.1; 203.2) o a «contratos de la Administración pública» (art. 204.1).

Si tenemos en cuenta que el legislador ha querido establecer un doble régimen (uno administrativo y otro para el resto de poderes adjudicadores), sería razonable sostener que el legislador también ha pretendido que el régimen general tenga dos niveles distintos de rigidez, uno para contratos administrativos y otro para los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública. Ello explicaría que, habiendo diseñado un mecanismo de remisión en el artículo 319 LCSP, los artículos 203 a 205 LCSP en ocasiones utilicen expresamente el término «*contratos administrativos*» o «*contratos de las Administraciones Públicas*» y, en otras solo «órgano de contratación». De esta manera, los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública se someterían a las reglas de formalización y publicación (art. 203.2 LCSP), a unas previsiones algo más laxas sobre modificaciones previstas (solo

⁴⁴³ 1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

2.º Aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

⁴⁴⁴ Ello es un cambio respecto del Anteproyecto de la norma, donde solo se incluía a los contratos armonizados. En su Dictamen n.º 116/2015 sobre el anteproyecto el Consejo de Estado entendió que se trataba de un régimen «... razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen».

aplicaría el artículo 204.2 LCSP) y a todas las previsiones de las modificaciones no previstas (art. 205 LCSP).

Pero esta interpretación literal de la norma crearía muchas distorsiones y quizá no respondería a la finalidad del precepto. Podría argumentarse, pues, que se trata solo de una mala redacción cuyo origen se encuentra ya en el anteproyecto de la norma.

Por último, el artículo 26.3 LCSP y el artículo 319.2 LCSP también establecen como causa de resolución la imposibilidad de modificar el contrato conforme a las reglas del artículo 204 y 205 LCSP.

La jurisdicción competente para conocer de las modificaciones será la jurisdicción civil salvo que se refieran a impugnaciones de modificaciones contractuales basadas en lo establecido en los artículos 204 y 205 y se entienda que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación. En ese caso será competente la jurisdicción contencioso-administrativa⁴⁴⁵.

d) Los contratos celebrados por una entidad del sector público que no sea poder adjudicador se rigen en cuanto a su modificación por el Derecho privado (art. 26.4 LCSP)⁴⁴⁶. La jurisdicción competente será la jurisdicción civil.

En definitiva, las previsiones de los artículos 203 a 205 LCSP, así como la causa de resolución a ellos vinculada, serán de aplicación a los contratos administrativos y a todos los contratos de los poderes adjudicadores no Administración pública⁴⁴⁷.

Quedan fuera del régimen general de la modificación los contratos privados de la Administración (excepto los del art. 25.1.a ap. 1.º y 2.º) así como los contratos de las entidades del sector público que no sean poder adjudicador.

Ahora bien, si se sigue la misma lógica licito-céntrica descrita en este trabajo, estos contratos no estarán sujetos al concreto régimen de modificación fijado en la LCSP, pero no podrían sufrir modificaciones que impliquen una vulneración de los principios que informan la contratación del sector público.

⁴⁴⁵ Como señala Díez SASTRE, el legislador ha optado «por una atribución de competencias jurisdiccional basada en la naturaleza o la ubicación sistemática de las normas que son objeto de aplicación en el litigio concreto, y no en la naturaleza administrativa o privada del contrato o en la naturaleza de la entidad contratante». Cfr. Díez SASTRE, S., 2018 (b), p. 549.

⁴⁴⁶ La exclusión de estos contratos del régimen general ha sido aplaudida por el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, al anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, p. 200. Es más, el Consejo de Estado consideró que la versión del anteproyecto (que solo sometía a las reglas de la modificación a los contratos SARA) era «razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen».

⁴⁴⁷ En el Proyecto enviado por el Gobierno al Congreso la aplicación de las normas de modificación solo se aplicaban a los contratos SARA de los poderes adjudicadores no Administración pública. Ahora, el artículo 319 LCSP regula los efectos y extinción de todos los contratos celebrados por los poderes adjudicadores no Administración pública, sean contratos SARA o no.

5.1.4 Régimen especial para determinadas modificaciones del contrato

Dentro de la heterogeneidad de regímenes jurídicos descrita en el apartado anterior debe advertirse que, como ha sido habitual en las últimas normas sobre modificación del contrato, la propia LCSP establece un régimen específico para determinadas modificaciones del contrato.

En algunas ocasiones ese régimen aparece anunciado por la propia norma. Por ejemplo, cuando el artículo 203 LCSP anuncia el régimen general de modificación si bien lo hace señalando expresamente que éste se aplica «[s]in perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución». O cuando se incluyen preceptos específicos para determinados contratos administrativos (por ejemplo, el de obra, en el artículo 242.4 LCSP).

En esos casos el legislador desgaja del régimen general de la modificación determinados supuestos que son modificaciones del contrato desde un punto de vista material, pero que el legislador opta por dar un tratamiento diferenciado. Estos supuestos, que tienen su particular régimen jurídico, son sucintamente descritos antes o después en este trabajo (Capítulos 2 y 7).

Además existirán otras diferencias que no aparecen de manera tan expresa y son fruto del juego de remisiones que se utilizan a la hora de definir el régimen de los contratos sobre todo, administrativos y de los poderes adjudicadores no Administración pública. Por ejemplo, habrá preceptos, como el artículo 203 LCSP, que solo aplique a los primeros.

5.2 LAS MODIFICACIONES PERMITIDAS Y SUS LÍMITES

La LCSP, tal y como hacía la LES y como ahora hace la Directiva, diferencia entre modificaciones previstas y modificaciones imprevistas, estableciendo un régimen específico para cada supuesto.

5.2.1 Las modificaciones previstas

Una de las fórmulas para combatir el abuso de las modificaciones es someter éstas a la mayor tensión competitiva posible. Por ese motivo, las normas recientes en la materia han tratado de incentivar la posibilidad de introducir previsiones de modificación en los pliegos y en la documentación contrac-

tual⁴⁴⁸. El más claro exponente de ello es la Directiva 2014/24, permitiendo la introducción de estas modificaciones «con independencia de su valor pecuniario» y, en paralelo sometiendo a las modificaciones no previstas a un régimen más estricto.

Pues bien, esta finalidad –incentivar las modificaciones previstas como medio de someterlas al proceso competitivo– es la que debe presidir la interpretación de la norma española que regula las modificaciones previstas. Estas modificaciones se regulan en el artículo 204 LCSP de la siguiente manera:

«1. 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, en la forma y con el contenido siguientes:

a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.

b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, asimismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.

2. En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera esta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato. No se entenderá que se altera la naturaleza global del contrato cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.»

El artículo 204 LCSP permite la modificación del contrato administrativo cuando esta posibilidad viniese expresamente contemplada en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y siempre con el límite máximo del 20

⁴⁴⁸ Al definir modificación se sostuvo que las «modificaciones previstas» no son una modificación del contrato.

por ciento del precio inicial. Al final de esta sección examinamos si este límite es conforme con el Derecho de la Unión Europea.

Su conexión con el principio de transparencia –además de la literalidad del precepto– obliga a que estas cláusulas estén «*en los pliegos o en el anuncio de licitación*»⁴⁴⁹.

Estas modificaciones previstas en los pliegos deben ser tenidas en cuenta al calcular el valor estimado del contrato, de conformidad con el artículo 101.2 LCSP, siempre y cuando se trate de modificaciones al alza⁴⁵⁰.

Ahora bien, habrá que controlar que la introducción de estas modificaciones no tenga como fin el restringir la competencia a través de un incremento ficticio del valor del contrato. Es decir, incluyendo modificaciones que se sabe de antemano que no serán ejecutadas. Ello tendría como efecto aumentar los requisitos de solvencia de los licitadores de manera artificial lo que podría ir contra el principio de competencia recogido en el artículo 1 LCSP y 18 de la Directiva 2014/24.

El precepto define los requisitos y límites en la utilización de las modificaciones previstas. En cuanto a los requisitos, para considerar una modificación como prevista se debe cumplir un requisito formal (claridad y precisión) y otro material (contenido). El objetivo de estas exigencias es que los licitadores conozcan su alcance a la hora de presentar sus ofertas. Pero también hay que entenderlo como una exigencia que permite definir el reparto de los riesgos entre las partes contratantes –con las consecuencias que ello tiene, por ejemplo, en la nueva regulación de las concesiones⁴⁵¹.

El precepto parece exigir de manera implícita que se prevea expresamente una cláusula de modificación del contrato y no previsiones de modificación a lo largo de todo el documento. Esta posibilidad respondería a la exigencia de claridad. Sin embargo, esta interpretación supondría un formalismo innecesario. No tiene por qué cumplirse mejor las condiciones de claridad impuestas a través de una única cláusula de modificación –pensemos en una cláusula repleta de remisiones a otras. Eso sí, cualquier cláusula de este tipo deberá identificar adecuadamente que se trata de una cláusula de modificación⁴⁵².

Las cláusulas de modificación deben detallar su alcance, sus límites y su naturaleza, las condiciones en que podrá aplicarse, los presupuestos habilitantes –que deben poder comprobarse de manera objetiva– y el procedimiento. En

⁴⁴⁹ Acuerdo núm. 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, 9 de octubre de 2012 considera que debe fijarse en los pliegos de cláusulas administrativas.

⁴⁵⁰ Informe núm. 44/2012 de la Junta Consultiva de Contratos Administrativos, 7 de mayo de 2013.

⁴⁵¹ Acuerdo núm. 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, 9 de octubre de 2012.

⁴⁵² Resolución núm. 687/2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 24 de julio de 2015.

ningún caso será posible mediante la modificación del contrato establecer nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

La doctrina administrativa ha interpretado estas exigencias. Así, por ejemplo, se ha entendido que se produce «confusión» si estas previsiones aparecen en el PPT en lugar del PCAP⁴⁵³.

También se ha considerado que se produce imprecisión e imposibilidad de verificación de la concurrencia de los presupuestos habilitantes de la modificación si la cláusula de modificación se limita a justificar modificaciones por «*criterios de eficiencia y mejora de la calidad asistencial*»⁴⁵⁴. O cuando directamente se definen estos presupuestos de manera poco detallada, como suele ser el caso de las cláusulas de modernización de equipos⁴⁵⁵.

Y, más relevante si cabe en la práctica, se considera que no deben admitirse cláusulas de estilo que recojan circunstancias previstas de modificación⁴⁵⁶. Ni tampoco meras remisiones a otras normas⁴⁵⁷.

En todo caso, si estas cláusulas después no se ejecutan, no estaremos ante una modificación⁴⁵⁸.

En cuanto a los límites, la LCSP incorpora el límite previsto en las Directivas, referido a que la modificación no puede alterar la «*naturaleza global del contrato*», y además añade uno nuevo: que estas modificaciones no puede superar un 20 por ciento del precio inicial.

En relación a la «naturaleza global», el legislador español, inspirado en las previsiones del Considerando 109 de la Directiva 2014/24, delimita dos extremos: siempre será una alteración de la naturaleza del contrato cuando se sustituyan las prestaciones por otras diferentes o se modifique el tipo de contrato; y nunca lo será si se trata de una sustitución puntual de alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual (art. 204.2 LCSP). En cualquier caso, este término jurídico indeterminado es un concepto de Derecho europeo y como tal deberá interpretarse⁴⁵⁹.

⁴⁵³ Acuerdo núm. 44/2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, 9 de octubre de 2012.

⁴⁵⁴ Resolución núm. 93/2013, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 5 de marzo de 2013.

⁴⁵⁵ Resolución núm. 198/2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 6 de abril de 2017.

⁴⁵⁶ Acuerdo núm. 76/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, 20 de julio de 2015.

⁴⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, 22 de abril de 2010, Comisión/España, C-423/07, EU: C:2010:211, ap. 65.

⁴⁵⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid, de 7 de noviembre de 2013 (Ar. 377606).

⁴⁵⁹ Me remito al examen específico realizado al estudiar la Directiva en el Capítulo 3 de este trabajo.

Este límite pone en cuestión que siga siendo válida la posibilidad de que estas modificaciones afecten a condiciones esenciales, tal y como sostenía la Junta Central de Contratación Administrativa⁴⁶⁰.

El segundo límite es el que impide modificaciones previstas superiores al 20 por ciento del precio inicial. Ese límite del 20 por ciento no estaba presente ni en el anteproyecto de la norma ni el Proyecto de Ley presentado al Parlamento y fue introducido durante la tramitación parlamentaria del texto⁴⁶¹. En esta enmienda parlamentaria se eliminó la posibilidad de introducir este tipo de modificaciones «*con independencia de su cuantía*», que es el texto que prevé la Directiva (art. 72), y se introdujo el límite del 20 por ciento.

Cabe preguntarse si este límite se refiere exclusivamente a los contratos de las Administraciones públicas. El artículo 204 LCSP se refiere en su primer apartado únicamente a los contratos de las Administraciones públicas, mientras que en el segundo apartado ya utiliza un más genérico «órganos de contratación». Una interpretación literal conduciría a que el precepto solo fuese aplicable a los contratos de las Administraciones públicas (en concreto los contratos administrativos, que son los regulados en esta sección de la norma). Quedarían fuera de ese límite los contratos de los poderes adjudicadores no Administración pública, a los que sí les sería de aplicación el límite de la no alteración de la naturaleza global del contrato previsto en el artículo 204.2 LCSP.

Otra cuestión interesante es la posible disconformidad de este límite legal del 20 por ciento con el Derecho de la Unión Europea en la medida en que se opone a lo pretendido por la Directiva 2014/14, que no es otra cosa que «arrastrar» las modificaciones del contrato al momento de la adjudicación, potenciando así la transparencia y situando a todos los licitadores en pie de igualdad.

Para ello la Directiva, que codifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, utiliza también la técnica de ser permisiva con las modificaciones previstas y estricta con las modificaciones imprevistas⁴⁶². Y pretende que todos los Estados miembros adopten esa misma estrategia.

De hecho, puede afirmarse que la Directiva es de armonización plena en este punto. Conforme al considerando 111 de la Directiva, la opción de las modifica-

⁴⁶⁰ Informe núm. 43/08 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 28 de julio de 2008.

⁴⁶¹ La introducción del límite del 20 por ciento se debe a la Enmienda núm. 144 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, y se justifica porque «[s]i un contrato necesita una modificación superior al 20% es que su definición ha sido defectuosa y se produciría un cambio sustancial en las condiciones y en su objeto que precisaría de una nueva licitación para desarrollarlo».

⁴⁶² Por todas Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, caso C-496/99 P Comisión c. CAS *Succhi di Frutta SpA*, ECLI: EU: C:2004:236, ap. 118 y 119.

ciones previstas debe estar disponible para todos los poderes adjudicadores⁴⁶³ y, además, en ese mismo considerando se indica expresamente que «*la Directiva debe establecer en qué medida pueden preverse modificaciones en el contrato inicial*». De esta manera, el Derecho europeo está limitando las posibilidades de los Estados miembros.

Pues bien, el artículo 72 de la Directiva establece «en qué medida» el órgano de contratación puede incluir modificaciones previstas. El precepto señala que estas modificaciones previstas se pueden adoptar «*con independencia de su valor pecuniario*» si bien dentro de los límites que el propio precepto establece. Es decir, el legislador europeo ha trazado cómo y con qué alcance debe poderse utilizar este mecanismo, dando flexibilidad, pero a la vez fijando requisitos y límites. Y todo ello dentro del equilibrio que ha diseñado entre modificaciones previstas e imprevistas⁴⁶⁴.

Por tanto, a la vista la finalidad de incentivar las modificaciones previstas sobre las imprevistas y a la vista del tenor literal del precepto, la norma española no estaría respetando la Directiva en la medida en que fija el alcance con el que se podrán adoptar estas modificaciones.

El límite del 20 por ciento a las modificaciones previstas introducido por el legislador español limita la autonomía de los órganos de contratación para introducir la posibilidad de modificaciones previstas si lo consideran oportuno. Y lo hace con una intensidad que distorsiona el equilibrio alcanzado por el legislador europeo entre modificaciones previstas y no previstas. Así, puede ocurrir que un órgano de contratación vea más atractivo no redactar una cláusula de modificación y acuda posteriormente a una modificación no prevista.

Todo lo anterior pone en entredicho el efecto útil de la Directiva, que pretende favorecer las modificaciones previstas sobre las no previstas. La transposición realizada por España sustituye la aproximación amplia de la Directiva, que permite modificaciones previstas «*con independencia de su cuantía*», por una interpretación limitada que no permite modificaciones de más del 20 por ciento⁴⁶⁵.

⁴⁶³ «(111) En cada contrato, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de prever modificaciones por medio de cláusulas de revisión o de opción, aunque tales cláusulas no deben proporcionarles una discrecionalidad ilimitada. Así pues, la Directiva debe establecer en qué medida pueden preverse modificaciones en el contrato inicial».

⁴⁶⁴ Nótese que cuando el legislador ha querido dar margen de apreciación a los Estados miembros en la regulación de la contratación pública así lo ha hecho. Por ejemplo, cuando en el ámbito de la contratación electrónica se dice que «Estados miembros y los poderes adjudicadores deben seguir teniendo libertad para ir más lejos si así lo desean» (considerando 52) o en el ámbito de la división por lotes o los pagos a subcontratistas (considerando 78 *in fine*).

⁴⁶⁵ El efecto útil pretende proteger la finalidad de la Directiva y para su examen habrá que tener cuenta no solo el articulado de la misma sino también sus considerandos. Entre otras muchas, Sentencia

Con independencia de los límites previstos en la norma, también se debe cuestionar la legalidad de introducir modificaciones previstas que alteren el equilibrio de prestaciones entre las partes. Así, se han declarado nulos los pliegos que contenían una modificación prevista que obligaba al contratista a asumir modificaciones al alza en las prestaciones sin que ello supusiera una subida del precio del contrato⁴⁶⁶; o cláusulas que contenían conceptos jurídicos indeterminados cuya interpretación unilateral por la Administración, en conexión con otras cláusulas, pudiera perjudicar al contratista⁴⁶⁷.

Por último, señalar que de no concurrir los supuestos exigidos para que concurra una modificación prevista, habrá que comprobar, antes de resolver el contrato, si la modificación puede realizarse a través de los supuestos de modificaciones no previstas.

5.2.2 Las modificaciones no previstas

El artículo 205 LCSP regula las modificaciones no previstas, que son todas aquellas que no ha sido previstas en los pliegos o bien que, habiendo sido previstas, no se ajusten a las reglas sobre modificaciones previstas contenidas en el artículo 204 LCSP.

Este último extremo es importante ya que supone que las modificaciones previstas irregulares pueden ser objeto de examen bajo el prisma de la regulación de las no previstas, sin que, a mi juicio, sea posible declarar su irregularidad sin ese segundo examen.

El artículo 204 LCSP recoge los supuestos habilitantes que permiten la modificación no prevista y sus límites. Con carácter previo a su análisis es necesario dejar constancia de un concepto jurídico que se recoge en varias

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de marzo de 2019, E., C-635/17, EU: C:2019:192 que se refiere al margen de apreciación de la Administración en un asunto de examen de solicitud de reagrupación familiar: «53. Sin embargo, el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede utilizarse de manera que menoscabe el objetivo de la Directiva 2003/86 ni su efecto útil. Además, según se desprende del considerando 2 de dicha Directiva, esta reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de diciembre de 2012, O. y S., C356/11 y C357/11, EU: C:2012:776, apartados 74 y 75)».

⁴⁶⁶ Acuerdo núm. 76/2015, de 20 de julio de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; y Acuerdo núm. 60/2018, de 20 de julio de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁴⁶⁷ Acuerdo núm. 60/2018, de 20 de julio de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

ocasiones y que puede tener importancia en la práctica: se trata del concepto de modificación necesaria.

(A) *El concepto de modificación necesaria*

Una de las muestras más significativas de la europeización –y que más problemas puede dar en la práctica– es la adopción del concepto de la *modificación necesaria*. Este concepto aparece en la LCSP en varias ocasiones:

– El artículo 203 LCSP permite la modificación de los contratos (administrativos, dice expresamente) cuando así se haya previsto en los pliegos y, excepcionalmente, «*cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego..., siempre y cuando se cumplan las condiciones que se establece en el artículo 205 LCSP*». Y añade que cualquier otro supuesto «*si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada deberá procederse a su resolución*».

– A su vez, el artículo 205 LCSP comienza afirmando que las modificaciones no previstas deben limitarse «*a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria*».

– En ese mismo precepto establece que las modificaciones consistentes en trabajos adicionales se justifica «*[c]uando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados*».

– En el caso de la modificación por circunstancias sobrevenidas señala «*[c]uando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas*».

– En el caso de modificaciones no sustanciales «*se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial*».

En definitiva, que el precepto repite en varias ocasiones el concepto de *modificación necesaria* sin especificar para qué concreto fin debe ser necesaria la modificación. Ante ese silencio caben dos posibles interpretaciones.

La primera interpretación consiste en entender que se trata de modificaciones necesarias para la satisfacción del interés público, en términos generales. Es decir, que pueden adoptarse modificaciones del contrato cuando se justifique que son necesarias para una optimización de dicho interés. Esta interpretación daría lugar a una concepción amplia de la modificación que ofrecería mayores posibilidades de modificar el contrato. Así, no sería necesario que las modificaciones fuesen necesarias para ejecutar el contrato tal y como estuvo diseñado, sino que

podrían introducirse prestaciones nuevas justificadas por el interés general. Esta concepción amplia de la modificación podría aplicarse fácilmente mediante la figura de los trabajos adicionales y de las modificaciones no sustanciales, que no exigen ninguna circunstancia habilitante previa.

La segunda de las interpretaciones posibles es entender que cuando la LCSP exige que las modificaciones sean necesarias se refiere a que lo sean para la correcta ejecución del contrato inicialmente diseñado. En este supuesto el margen de la modificación se estrecha y queda vinculado de manera intensa y directa al contrato inicial. Si se opta por esta segunda interpretación se permitiría un menor número de modificaciones que en el primer caso.

Un ejemplo es útil para ilustrar este punto: si el órgano de contratación quiere introducir una prestación adicional o añadir una pequeña mejora no sustancial al contrato, se pueden sostener dos argumentos diferentes. Si se sostiene que la modificación debe ser necesaria para dar cumplimiento a lo inicialmente previsto, entonces una modificación como la planteada en el ejemplo no puede aprobarse. Si, por el contrario, entendemos que la necesidad de la que habla el artículo 205 LCSP es simplemente la necesidad de satisfacer el interés general, entonces sí cabe una modificación que no vaya estrictamente destinada a que el contrato se cumpla como inicialmente fue previsto. En otras palabras, esta opción daría entrada a la posibilidad de formular modificaciones por criterios de oportunidad y no con la única finalidad de dar cumplimiento estricto al contrato inicialmente previsto.

Imaginemos ahora una concesión del servicio de transporte turístico urbano que se diseña para cubrir determinadas líneas y servicios. Llega la Navidad y se modifica el contrato para dar entrada a una línea especial navideña que cubre un «tour navideño» ¿Superaría esa modificación la condición previa de ser considerada entre las «*variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria*»? ¿Es una modificación necesaria para cubrir el servicio inicialmente contratado? Parece claro que una interpretación estricta no haría posible este tipo de modificaciones⁴⁶⁸.

Será importante conocer por cuál se decantarán los intérpretes de la norma, principalmente el Tribunal de Justicia, por ser un concepto europeo, y secundariamente los órganos jurisdiccionales nacionales (jurisdicción y tribunales de recurso)⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ Un supuesto similar se dio en los hechos resueltos por el Acuerdo núm. 18/2019, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 23 de enero de 2019. En ese caso se desestima el recurso porque se entiende que la creación de nuevos itinerarios estaba ya prevista en el PPT y que en todo caso la modificación no es sustancial.

⁴⁶⁹ La Junta Consultiva de Aragón parece decantarse por la «necesidad» de la nueva prestación desde la perspectiva del objeto inicialmente definido en el contrato. Cfr. Informe núm. 8/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 20 de abril de 2016.

(B) *Condiciones previas para la modificación no prevista*

Cualquier supuesto de modificación no prevista, con independencia del supuesto en que se encuadre, debe cumplir dos condiciones previas recogidas en el artículo 205.1 LCSP:

«1. Las modificaciones no previstas... solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.»

La primera de las condiciones dice expresamente que la modificación debe justificarse «*en alguno de los supuestos*» que se enumeran en el apartado segundo del artículo 205 LCSP.

Por «supuestos» de la modificación la LCSP no entiende un listado donde se recoja la causa objetiva de la modificación o sus circunstancias habilitantes como ocurría en el TRLCSP. De hecho, solo la modificación por circunstancias imprevisible puede entenderse como un supuesto justificativo en sí mismo (el acaecimiento de esas circunstancias). No ocurre lo mismo en el resto de supuestos en los que el supuesto que justifique la modificación será el que la modificación «sea necesaria» (concepto, éste, examinado en el punto anterior).

La segunda de las condiciones, que funciona también como un auténtico límite a la modificación aunque normalmente pase desapercibido, es que la modificación debe limitarse «*a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria*».

Una modificación que vaya más allá de lo estrictamente necesario no será válida. De esta manera la regulación establece una estrecha conexión entre causa justificativa y modificado, sin que el precepto especifique cuales son aquéllas.

Desaparece el límite general de no alterar «*las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación*» contenido en el artículo 107.2 TRLCSP. La concreción de ese concepto era el que hacía necesario el listado de supuestos considerados como alteración de las condiciones esenciales (ex artículo 107.3 TRLCSP). Ahora, por el contrario, se establecen tres presupuestos habilitantes bajo los que se podrá modificar el contrato (prestaciones adicionales, circunstancias sobrevenidas, y modificaciones no sustanciales), cada una de los cuales contiene sus propios límites.

Así pues, este nuevo sistema permite modificaciones sustanciales del contrato, siempre y cuando traigan causa de las circunstancias listadas en este

precepto⁴⁷⁰. A cambio, se implementan mecanismos de transparencia (publicidad) y control (recurso), además de generalizar la posibilidad de que el contratista se oponga a una modificación superior al 20 por ciento del contrato.

(C) *Los trabajos adicionales*

La letra a) del apartado segundo del artículo 205 LCSP establece lo siguiente:

«a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

2.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.»

En la LCSP ha desaparecido la figura de los contratos complementarios (arts. 171.b, 173.c y 174.c TRLCSP) por lo que toda prestación complementaria habrá que reconducirla a través de estas reglas de las prestaciones adicionales⁴⁷¹.

Según el considerando 108 de la Directiva, y de manera no exhaustiva, estos trabajos adicionales pueden consistir en una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes.

Se insiste en lo dicho más arriba: se desconoce qué *necesidad* debe perseguirse para modificar el contrato e introducir trabajos adicionales. Dejando

⁴⁷⁰ En ese sentido, PUERTA SEGUIDO, F., *Contratación Administrativa Práctica*, 2017, p. 11.

⁴⁷¹ Solo permanece una opción limitada para los contratos de suministros en el artículo 168.2.º c) LCSP: «2.º Cuando se trate de entregas adicionales efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, no podrá, por regla general, ser superior a tres años».

al margen esa cuestión –no menor– se analizan los requisitos y límites de la modificación consistente en introducir trabajos adicionales.

En primer requisito para utilizar la figura de los trabajos adicionales es que se cumplan las siguientes dos condiciones:

(i) Que el cambio de contratista no sea posible por razones de tipo económico o técnico. Por ejemplo, si se obliga a adquirir prestaciones que son diferentes técnicamente y ese cambio implica incompatibilidad (se recoge así lo previsto en el considerando 108 de la Directiva).

Debe leerse este precepto junto con el artículo 72 que se refiere a problemas derivados de intercambiabilidad e interoperatividad con el «equipo existente», los «servicios» adquiridos o las «instalaciones» existentes.

Habrà que tener en cuenta en este sentido la estricta jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuando interpretaba estos conceptos como supuestos que habilitaban acudir al procedimiento negociado sin publicidad⁴⁷².

(ii) Cuando siendo posible el cambio de contratista, éste genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de los costes para el órgano de contratación. Ahora bien, en ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

En cualquier caso, este tipo de modificaciones no puede superar aislada o conjuntamente el 50 por ciento del precio inicial del contrato⁴⁷³. Adviértase que el texto afirma expresamente que a la hora de calcular el valor conjunto de

⁴⁷² Entre otras, ver Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2008, asunto Helicópteros Augusta, C- 337/05, ECLI: EU: C:2008:203: «57. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las excepciones a las normas que tienen como finalidad garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación restrictiva (véanse las sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23; de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13, y de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia, C-394/02, Rec. p. I-4713, apartado 33). Por lo tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a la Directiva 93/36 de su efecto útil, prever unos supuestos de utilización del procedimiento negociado no previstos en la citada Directiva, como tampoco establecer para los supuestos expresamente previstos por la Directiva nuevas condiciones que tengan por efecto hacer más cómoda la utilización del citado procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España, antes citada, apartado 48).

(...) 59. En el caso de autos, es necesario reconocer que la República Italiana no ha demostrado de modo suficiente en Derecho la razón por la que sólo los helicópteros fabricados por Agusta tienen las características técnicas requeridas. Además, este Estado miembro se ha limitado a señalar las ventajas de la interoperabilidad de los helicópteros utilizados por sus distintos cuerpos. Sin embargo, no ha demostrado de qué forma un cambio de proveedor le habría obligado a adquirir material fabricado según una técnica distinta que pueda provocar incompatibilidad o dificultades técnicas de utilización o mantenimiento desproporcionadas».

⁴⁷³ Más estricto el artículo 72.1.b de la Directiva 2014/24:«[e]n caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones».

las modificaciones hay que tener en cuenta todas las acordadas conforme al artículo 205 LCSP.

Llama la atención que no se haya incluido el límite de no alteración de la naturaleza global del contrato (como tampoco se hace en la Directiva). Una interpretación formalista del precepto conduciría a sostener que mediante este supuesto de modificación se puede incluso alterar la naturaleza global del contrato lo que difícilmente será admisible siguiendo una interpretación sistemática que tenga en cuenta el origen y finalidad de estas normas, así como los principios que las inspiran.

Tampoco se dice nada acerca de si la figura de los trabajos adicionales puede responder a nuevas necesidades que surjan en la ejecución o si también puede ser utilizada para corregir imprevisiones iniciales. Podría argumentarse que esa es una posibilidad jurídicamente viable ante el silencio de la norma en contraposición a la manifestación expresa que se contiene en la modificación por circunstancias imprevisibles.

Por último, señalar que la utilización de este supuesto en contratos armonizados deberá dar lugar a la correspondiente publicación en el DOUE conforme al artículo 207 LCSP, sin perjuicio de la publicación en el perfil de contratante prevista para todos los contratos (art. 63 LCSP).

(D) *Las circunstancias imprevisibles*

La letra b) del apartado segundo del artículo 205 LCSP recoge el supuesto de las modificaciones motivadas por el acaecimiento de circunstancias sobrevinidas e imprevisibles:

«b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevinidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

- 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
- 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
- 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.»

Son dos los límites existentes a estas modificaciones: que no se altere la naturaleza global del contrato y que la modificación no exceda del 50 por cien-

to del precio inicial del contrato aislada o conjuntamente con el resto de modificaciones aprobadas conforme a este artículo 205 LCSP⁴⁷⁴.

Además, la utilización de este supuesto en contratos armonizados deberá dar lugar a la correspondiente publicación en el DOUE conforme al artículo 207 LCSP, sin perjuicio de la publicación que debe realizarse en el perfil de contratante conforme al artículo 63 LCSP.

Se trata de un precepto que, a diferencia de los demás supuestos, incorpora en su redacción la causa justificativa de la modificación: la concurrencia de circunstancias imprevisibles. Nótese que no se utiliza el tradicional concepto de causas imprevistas⁴⁷⁵.

Dado que el precepto no indica o limita qué concretas circunstancias están aquí incluidas o excluidas, debemos asumir que toda circunstancia imprevisible puede ser aceptada. El considerando 109 de la Directiva hace referencia a «*circunstancias ajenas que no podían prever cuando adjudicaron la concesión*» y a «*circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial*». Así pues, bajo la cobertura de este precepto es posible encuadrar un gran número de supuestos.

Para examinar si las circunstancias acaecidas tienen la nota de imprevisibles se acude a circunstancias subjetivas y objetivas. Hay que traer a colación el considerando 109 de la Directiva 2014/24 establece que para medir esta diligencia del órgano de contratación habrá que estar «*a los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible*». Por tanto, el propio concepto de circunstancias imprevisibles aparece profundamente marcado por elementos subjetivos (v.g medios a disposición) y elementos objetivos (v.g características del proyecto).

⁴⁷⁴ Más estricta que el artículo 72.1.c de la Directiva 2014/24: «[e]n caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones».

⁴⁷⁵ Respecto a este concepto el Acuerdo núm. 76/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 20 de julio de 2015, señala que «*imprevisibilidad equivale a la cualidad de imprevisible; y de imprevisible dice el Diccionario que es aquello que no se puede prever. Y prever, es ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. De manera que prever equivale a predecir, vaticinar, presentir, pronosticar o adivinar. De donde se deriva que la cualidad de imprevisible, la imprevisibilidad, es la cualidad de no poder ver con anticipación, presentir o pronosticar lo que sucederá después. Por el contrario, la «imprevisión» es cosa muy distinta, es la falta de previsión o reflexión. Es decir, equivale a descuido, desidia, despreocupación, falta de cuidado, imprudencia, negligencia, omisión*».

El concepto jurídico de «circunstancias imprevisibles» es un concepto de Derecho de la Unión Europea que debe ser interpretado conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en todo caso, de manera estricta⁴⁷⁶.

Tratando de acomparar esta categoría con otras figuras tradicionales de nuestro derecho, parece que este supuesto podría dar cobertura a las modificaciones por incorporación de avances técnicos, la fuerza mayor y supuestos del hasta ahora llamado «riesgo imprevisible»⁴⁷⁷. Todo ello, insistimos, interpretado de manera estricta⁴⁷⁸.

También daría cobertura a ciertas modificaciones por *factum principis*, al menos a todas aquellas que no hubiesen podido ser previstas por un poder adjudicador diligente⁴⁷⁹. Esa sería la cuestión esencial a partir de ahora: si las circunstancias se han podido prever y no si el origen de la circunstancia que afecta al contrato se encuentra en la Administración concedente o en otra Administración. Ese elemento sería solo un factor más a tener en cuenta en el análisis de previsibilidad.

A priori parece que una decisión de la Administración concedente es más fácilmente previsible que una de otra Administración⁴⁸⁰. Ahora bien, ese análisis no puede ser automático y perfectamente puede ocurrir que una decisión de la Administración concedente sea una circunstancia imprevisible a los efectos de la modificación⁴⁸¹.

Más adelante, al estudiar el régimen de las concesiones, se examinará la relación (y tensión) entre el *factum principis* como circunstancia que posibilita la modificación del contrato y la nueva regulación restrictiva relativa al mante-

⁴⁷⁶ Sobre el tratamiento de la imprevisibilidad en la jurisprudencia nacional ver GALLEGO CÓRCOLES, I., *Contratación Administrativa Práctica*, 2010. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión, CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., *REDA*, 2014.

⁴⁷⁷ CALATAYUD PRATS, I., *La Administración al día*, 2018. El autor añade a esta lista los errores imprevisibles.

⁴⁷⁸ Por ejemplo, la crisis económica no será una circunstancia imprevisible ni un caso de fuerza mayor (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 28 de noviembre de 2017, rec. 2615/2015).

⁴⁷⁹ En este sentido, NOGUELLOU, R., *Actualité juridique. Droit administratif*, 2014, p. 855.

⁴⁸⁰ Informe núm. 73/11 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 1 de marzo de 2012.

⁴⁸¹ De manera muy clara el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santander, en su Sentencia núm. 137/2015, 18 junio 2015 (ar. 264951), expone que «el *factum principis* existe cuando la administración contratante lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada mediante un acto propio nacido de su poder general de *imperium*, de modo que no concurre cuando el daño no trae causa de la administración contratante o cuando la actuación no se funda en el poder general de la administración. Esta responsabilidad por *factum principis* tiene fundamento y origen extracontractual si bien se liquida en el seno del contrato. Los requisitos para su aplicación son los siguientes, en resumen: el uso de potestades públicas e *imperium*, imprevisibles y extraordinarias a la vista del contrato; daño o perjuicio real al contratista; inexistencia de otros mecanismos de resarcimiento dentro del contrato (revisión de precios) o su insuficiencia. En estos casos, y a diferencia del riesgo imprevisible, se entiende que es indemnizable todo daño por pequeño que sea, pues realmente, el instrumento para hacerlo efectivo es el cauce de la responsabilidad extracontractual, rigiendo el principio de indemnidad».

nimiento del equilibrio económico. Y es que, adviértase ya, aquí estamos reflexionando sobre la posibilidad jurídica de modificar el contrato. Cuestión distinta será la existencia de una compensación o no a la parte afectada. Eso es una cuestión del reparto de riesgos entre las partes por lo que habrá que atender a otros preceptos de la LCSP, a la documentación contractual y a los principios aplicables. Es decir, que puede ocurrir que quepa la modificación del contrato, pero no se tenga derecho a instar su reequilibrio⁴⁸².

Esta disociación de lo jurídico y lo económico es lo que provoca que este régimen general de la modificación no acabe de encajar bien con los restrictivos supuestos de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión (arts. 270 y 290 LCSP). Y es que el mantenimiento del equilibrio no es más que una regla de distribución de riesgos que se relaciona con la modificación, claro, pero que responde a una finalidad distinta.

(E) *Las modificaciones no sustanciales*

La letra c) del apartado segundo del artículo LCSP permite las modificaciones no sustanciales del contrato cualquiera que sea su causa y siempre que se justifique «especialmente su necesidad» y se indiquen las razones por las que no se incluyeron en el contrato inicial⁴⁸³. El precepto dice lo siguiente:

«Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes 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.

⁴⁸² En ese sentido CALATAYUD PRATS, I., *La Administración al día*, 2018.

⁴⁸³ Se insiste en el debate planteado más arriba: hay que justificar la necesidad de la modificación, pero su necesidad ¿para qué?, ¿para cumplir con el contrato como estaba inicialmente previsto?, ¿o, simplemente, su necesidad para satisfacer mejor el interés público?

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introdujeran unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.»

Así pues, la LCSP considera que una modificación será sustancial cuando tenga como resultado un «*contrato de naturaleza materialmente diferente*» al celebrado en un principio.

Cualquier modificación es susceptible de ser calificada de sustancial. Por esa razón el precepto establece los casos en que la modificación siempre será sustancial. Para ello el precepto recoge con ligeras –pero relevantes– modificaciones el texto de la Directiva, que a su vez había codificado el conocido triple test de Preetext. Así, será sustancial una modificación cuando concorra uno de los siguientes supuestos:

– *Test de licitación*: que se introduzcan condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

Este último supuesto parece que tendrá mucha relevancia práctica. Exigirá, claro, aportar elementos objetivos de los que se deduzca la potencial voluntad de participación, pero eso resulta más sencillo que probar que el resultado de la licitación hubiese sido diferente. A tal efecto se podrán aportar comunicaciones con la entidad contratante mostrando interés en cierto contrato, o su participación en contratos similares.

Por ejemplo, se ha considerado que una alteración del modelo de retribución de un contrato es un elemento esencial que incide en la voluntad de con-

currir de los operadores económicos y la estrategia de presentación de ofertas⁴⁸⁴. Esa práctica, que tiene por efecto reducir el riesgo del contratista, podría calificarse como una alteración sustancial desde la perspectiva del test de licitación.

– *Test de equilibrio*: Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. La LCSP establece que en cualquier caso este supuesto concurre si se introducen unidades de obra nuevas cuyo importe representa el 50 por ciento del presupuesto inicial.

Este sería el caso de una alteración del precio o del modelo de retribución de manera que se altere el equilibrio o el reparto de riesgos inicialmente previsto⁴⁸⁵.

– *Test de objeto*: Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. El precepto ofrece algunos ejemplos que serán, en todo caso, supuestos en los que se amplíe de forma importante el contrato. Así ocurrirá cuando la modificación suponga

(a) una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, si se trata del resto⁴⁸⁶; o

(b) la modificación supere el umbral para ser considerado contrato SARA; o

(c) si las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallan dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación⁴⁸⁷.

Como se observa, se introduce aquí la regla *de minimis* de la Directiva. Ahora bien, se hace de una manera que reduce su utilidad e impacto. En la Directiva se trata como un supuesto dirigido a simplificar el análisis ante determinadas modificaciones menores, estableciendo una presunción consistente en entender que las modificaciones menores se pueden llevar a cabo sin necesidad de más consideraciones. En la LCSP ocurre lo contrario: la regla *de minimis* solo sirve como presunción *iuris et de iure* de que la modificación que

⁴⁸⁴ Acuerdo núm. 117/2017, 21 noviembre 2017, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, p. 26.

⁴⁸⁵ Acuerdo núm. 117/2017, 21 noviembre 2017, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁴⁸⁶ Esta es la llamada regla *de minimis* contenida en el artículo 72.1.e en conexión con el 72.2 de la Directiva.

⁴⁸⁷ Este apartado (c) no constaba en el Proyecto enviado por el Gobierno al Congreso. Se introduce mediante la Enmienda núm. 385, del Grupo Parlamentario Ciudadanos sin una justificación específica.

supere ese umbral será una modificación que amplíe de forma importante el contrato y, por tanto, será sustancial. Pero, ¿y si no lo supera? Pues aun así podría ser una modificación que amplíe de forma importante el contrato.

La LCSP incluye un supuesto de aplicación de esta regla en su artículo 301.2 LCSP, relativo al contrato de suministros. En ese precepto se establece que «[en] *el contrato de suministros en el que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, a que se refiere el artículo 205.2.c).3., sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato*».

Si volvemos la vista a la regulación anterior, parece que este supuesto de modificaciones no sustanciales es el único en el que podrán incardinarse los errores u omisiones en la redacción del proyecto o las especificaciones técnicas (antes causa prevista en el art. 107.1.a TRLCSP).

5.3 EL PROCEDIMIENTO APLICABLE: CONTROL *EX ANTE* Y TRANSPARENCIA

En relación al procedimiento aplicable, variará en función de si se trata de la modificación de un contrato administrativo o de un contrato privado (sea de los poderes adjudicadores no Administración pública o de otras entidades del sector público). Para los primeros sí existe una regulación establecida, aunque no muy detallada, mientras que para los segundos solo se regulan algunas cuestiones muy puntuales.

En los contratos administrativos habrá que estar a las previsiones establecidas en el artículo 191 LCSP, que recoge algunas normas sobre el ejercicio de las prerrogativas, a las especialidades procedimentales establecidas en el artículo 207 LCSP y a lo previsto en el artículo 97 del RGLCAP mientras no se apruebe una norma de desarrollo de la LCSP. Este precepto no es específico de la modificación sino que se refiere a la resolución de incidencias surgidas durante la ejecución del contrato administrativo.

Para los contratos privados no existe una regulación del procedimiento como tal, sino que la LCSP se limita a recoger algunas cuestiones procedimentales puntuales. Por ejemplo, cuando el artículo 319 LCSP establece que determinadas modificaciones de los poderes adjudicadores no Administración pública requieren «*la autorización del Departamento ministerial u órgano de la*

administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela de la entidad contratante, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma».

Ahora bien, a mi juicio el artículo 97 del RGLCAP (que previsiblemente será sustituido por una nueva regulación cuando se dicte un reglamento de desarrollo de la LCSP), contiene trámites que por esenciales, deberá seguir cualquier procedimiento de modificación, con independencia de la entidad contratante:

1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.
2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.
3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.
4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsecuente notificación al contratista.

Salvo que motivos de interés público lo justifiquen o la naturaleza de las incidencias lo requiera, la tramitación de estas últimas no determinará la paralización del contrato.»

Se examinan a continuación los trámites que se consideran más relevantes:

(i) La audiencia del contratista es una exigencia en el caso del procedimiento para la modificación del contrato administrativo (art. 191.1 LCSP). Además, si se trata de modificaciones no obligatorias, por ser superiores al 20 por ciento, entonces se requiere la conformidad por escrito del contratista (art. 206.2 LCSP).

En la modificación del resto de contratos la audiencia es una necesidad dado que el órgano de contratación no puede imponer modificaciones (recordemos que éstas, como regla general, se rigen por el derecho privado salvo en lo que respecta a sus presupuestos, límites y necesidad de resolución). Si vía pliegos se ha atribuido esa facultad, entendemos que también será necesaria por aplicación del principio de buena fe contractual y el de buena administración.

La audiencia al contratista debe servir para que éste valore la necesidad del modificado y tome una posición respecto a él. El Tribunal Supremo ha señalado que es en la fase de redacción y valoración cuando debe darse audiencia, no siendo necesaria en la fase de aprobación del modificado⁴⁸⁸.

Al examinar la invalidez de la modificación del contrato examinaremos qué consecuencias tiene la omisión de este trámite.

⁴⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 16 de octubre de 2003 (EDJ 2003/111247).

En la LCSP sigue sin darse trámite de audiencia al resto de licitadores. Entre la doctrina, Sáinz Moreno defendió la necesidad de dar trámite de audiencia también al resto de candidatos que no lograron obtener la adjudicación⁴⁸⁹. Ello conecta con la notificación de la modificación del contrato a los interesados, un aspecto todavía hoy poco extendido —con algunas salvedades regionales. En ese sentido, la Junta Consultiva de Aragón sí considera necesario notificar la modificación a los licitadores admitidos⁴⁹⁰. Y esa es la práctica llevada a cabo por algunas Administraciones⁴⁹¹.

En todo caso, el Consejo de Estado sí ha considerado que un tercero interesado se puede personar en el expediente de modificación, en base al artículo 31.1.c) LPAC⁴⁹².

(ii) En los contratos administrativos, antes de llevar a cabo una modificación no prevista en el contrato debe darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas (art. 207.2 LCSP). Este precepto señala:

«2. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.»

La audiencia al redactor del proyecto o especificaciones técnicas es importante para darle encaje y soporte técnico a la eventual modificación. Además, sería en este punto en el que deberá quedar clara la «necesidad» de la modificación desde el punto de vista técnico.

(iii) En los contratos administrativos, el artículo 191.2 LCSP requiere informe jurídico de los Servicios Jurídicos. El precepto se ciñe a la Administración General del Estado, pero ello no obsta para que en el resto de supuestos, las normas de organización correspondientes también lo exijan⁴⁹³.

(iv) Para las modificaciones no previstas será necesario el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente cuando su cuantía, aislada

⁴⁸⁹ SÁINZ MORENO, F., 1995, p. 448. En el mismo sentido, en Italia, GIANNELLI, A., *Ius Publicum Network Review*, 2013, p. 25.

⁴⁹⁰ Informe núm. 8/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 20 de abril.

⁴⁹¹ Ver a título de ejemplo el Gobierno de Aragón en Acuerdo núm. 11/2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 6 de febrero de 2017, p. 2.

⁴⁹² Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1281/2005, de 28 de julio de 2005.

⁴⁹³ Por ejemplo, para las Entidades locales será necesario el informe del Secretario o del titular del Servicio jurídico conforme al apartado octavo de la disposición adicional tercera de la LCSP.

o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato y su precio sea igual o superior a 6.000.000 euros. Aumenta así el porcentaje, que pasa del 10 por ciento al veinte.

Esta previsión se contiene en el artículo 191.3.a) LCSP para los contratos administrativos, y en el artículo 319.1 LCSP para los contratos de poder adjudicador no Administración. Para estos últimos, además, será necesaria la autorización de la Administración matriz.

El Consejo de Estado emitirá dictamen en el que se pronuncie sobre la observancia de los requisitos formales (si se ha seguido el procedimiento adecuado para modificar) y sobre la observancia de los requisitos sustantivos (si se dan las circunstancias que permiten modificar el contrato)⁴⁹⁴. En este sentido es importante que el Consejo de Estado exija que la modificación esté suficientemente motivada y, en caso contrario, ordene que se retrotraiga el procedimiento para completarlo con las actuaciones pertinentes⁴⁹⁵.

Este trámite sirve como garantía para tomar una mejor decisión, por eso no tiene sentido alguno solicitar el dictamen cuando ya se ha tomado la decisión de modificar, algo que en nuestra práctica ha sido lamentablemente habitual⁴⁹⁶.

La práctica de modificar el contrato antes de seguir los trámites procedimentales oportunos ha sido conocida como «reformado anticipado»⁴⁹⁷. Se estudia con más detalle al examinar el régimen de invalidez de las modificaciones (Capítulo 6 de esta obra).

(v) Conforme al artículo 203.3 LCSP, las modificaciones del contrato deben formalizarse siguiendo las reglas previstas en el artículo 153 LCSP de formalización de contratos.

En este punto la LCSP podría haber renunciado a la técnica de la remisión –de la que la Ley abusa– y haber explicitado el régimen de formalización de la modificación. No hacerlo va a generar inseguridad jurídica tanto para los órganos de contratación como para los licitadores. Por un lado, podría ser razonable sostener una interpretación consistente en que la formalización de la modificación está sujeta al conjunto de reglas de la formalización de los contratos y, entre ellas, al plazo de formalización. La esencia del artículo 153.3 LCSP es que si el contrato es susceptible de recurso especial conforme al artículo 44 LCSP, entonces *«la formalización no podrá efectuarse antes de que*

⁴⁹⁴ DEL BUEYO DÍEZ JALÓN, M., *Revista Española de la Función Consultiva*, 2005, p. 72.

⁴⁹⁵ Así, por ejemplo, en Dictamen del Consejo consultivo de Murcia, 342/2013, de 12 de diciembre de 2013.

⁴⁹⁶ Dictamen Consejo de Estado 4709/1998; en el que se había aprobado la modificación por el Pleno.

⁴⁹⁷ Entre otros GONZÁLEZ BOTIJA, F., y RODRÍGUEZ MORILLA, J. A., 2018

transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos». Pues bien, esa misma necesidad de esperar unos días antes de la formalización del contrato puede predicarse de la modificación cuando ésta pueda ser objeto de recurso especial. En el fondo el régimen de modificación del contrato tiene una finalidad de protección de la licitación inicial que impregna todos sus preceptos lo cual podría llevar a la aplicación de este plazo.

Sin embargo, a mi juicio, ese precepto no es aquí aplicable dado que la razón de ser de ese plazo de espera es que el recurso frente a la adjudicación suspende el procedimiento de contratación para evitar que se pueda formalizar el contrato⁴⁹⁸. En el caso de la modificación, el recurso especial no tiene efectos suspensivos.

(vi) La aprobación de la modificación deberá ser publicada. Existen tres niveles de publicación.

– Para todos los contratos del sector público será necesario publicar *ex ante* un anuncio de la modificación y su justificación (art. 63 LCSP).

– Para los contratos administrativos, el artículo 203.3 LCSP establece que las modificaciones del contrato administrativo *«deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63»*. El artículo 207.3 LCSP, al que remite el 203, establece que el órgano de contratación deberá publicar un anuncio de modificación en su perfil de contratante *«en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación»*. Es decir, que además de la publicación del anuncio de modificación, exigida por el artículo 63 LCSP, en el caso de contratos administrativos se debe publicar su aprobación y otros documentos.

El régimen de los contratos de los entes no Administración pública (arts. 319 y 322 LCSP) no se remite a ese artículo 207 LCSP –artículo que recordemos se encuentra en la sección dedicada a los contratos administrativos. Por tanto puede afirmarse que esta obligación de publicidad *ex post* no le es aplicable⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ La opinión más extendida es que no era necesario que la modificación debiese observar el plazo de quince días para formalizar. Así el Informe núm. 12/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón; también BELTRÁN GÓMEZ, A. I., 2012.

⁴⁹⁹ Podría llegarse a la interpretación contraria si se realiza una interpretación teleológica de la norma (además de una interpretación conforme a Derecho de la Unión en caso de contratos SARA) y entender que el artículo 207.3 LCSP sí activa la obligación de publicación para cualquier órgano de contratación en

– Por último, requieren un anuncio en el Diario Oficial de la UE las modificaciones de un contrato SARA –a excepción de los servicios y concesiones de servicios del Anexo IV, que son denominados «*servicios especiales*»⁵⁰⁰, cuando se trate de un supuesto de prestaciones adicionales (art. 205.2.a LCSP) o de circunstancias sobrevenidas (Art. 205.2.b LCSP)⁵⁰¹.

Esta triple obligación de publicación es una de las grandes novedades del texto⁵⁰². Esta previsión de publicidad, unida a la previsión del recurso especial, puede suponer una verdadera revolución en el ámbito de la modificación de los contratos.

En cualquier caso, y al margen de estas obligaciones de publicidad, serán de aplicación las obligaciones generales de transparencia contenidas en la legislación de transparencia⁵⁰³, que podrían ser esgrimidas como fundamento jurídico del interesado para acceder a documentos relevantes de la ejecución del contrato⁵⁰⁴.

(vii) En cuanto al plazo para resolver el expediente de modificación, no existe una previsión expresa en la ley al respecto. Por tanto, habrá que estar a su disposición final cuarta que establece un doble régimen. Un régimen general, según el cual «[l]os procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias».

Y un régimen específico para «los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, al ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, cumplimiento o extinción de un contrato administrativo», según el cual, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse

los términos que acabamos de ver. Tal interpretación vendría también reforzada por el hecho de que el régimen del recurso especial frente a las modificaciones establece como fecha para el *dies a quo* del plazo de recurso la fecha de la publicación de la modificación en el perfil de contratante (artículo 50.1.e LCSP).

⁵⁰⁰ Se trata de un conjunto de servicios en «régimen especial» o «*light regime*» que se considera que tienen un interés transfronterizo limitado o que solo lo tienen cuando alcanzan una cuantía determinada, y por tanto, se les somete a un régimen simplificado que no requiere de tantas formalidades como el resto de contratos.

⁵⁰¹ El contenido de este anuncio es el establecido en el Anexo III (Disposición adicional quinta LCSP). Para contratos de obras, servicios y suministros habrá que estar a la Sección 10 del apartado A) del Anexo III, mientras que para los contratos de concesión a lo previsto en la Sección 4 del apartado B) del Anexo III.

⁵⁰² Aragón o Navarra preveían ya la obligación de publicación de la modificación.

⁵⁰³ Art. 8 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

⁵⁰⁴ PAREDES MAZÓN, A., *Actualidad Administrativa*, 2018.

notificado «*el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver*»⁵⁰⁵.

Así pues, una modificación instada por el interesado desembocará en silencio desestimatorio, mientras que en una modificación iniciada por la Administración se estará a lo previsto en el artículo 25 de la Ley 39/2015. En particular, y a la vista de la línea jurisprudencial que se ha ido asentando, si la modificación es desfavorable el procedimiento no resuelto en plazo deberá ser declarado caducado⁵⁰⁶.

Ahora bien, ésta es una cuestión que todavía debe ser resuelta por el Tribunal Supremo. La cuestión esencial según la jurisprudencia citada más arriba es definir si la modificación del contrato es un trámite más dentro de la ejecución del contrato o si bien se trata de un procedimiento autónomo e independiente del procedimiento de contratación. Es en este último caso cuando se aplican las previsiones de la LPAC⁵⁰⁷. A mi juicio, y especialmente por la trascendencia que tiene la modificación bajo el régimen vigente, el procedimiento tiene autonomía suficiente a estos efectos debiendo aplicarse las normas procedimentales de la LPAC. Pero es que, además, no considero acertada la doctrina en ese punto. Y ello porque, el marco contractual en el que se desarrolla la actuación de la Administración no justifica ser de una especialidad tal que alcance a exonerar a la Administración de las consecuencias de incumplir su obligaciones de resolver un procedimiento administrativo como es la modificación del contrato.

(viii) Además de todo lo anterior, puede ocurrir que existan especialidades en la regulación de cada uno de los contratos administrativos típicos. Por ejemplo, en el caso del contrato de obras, el artículo 242.4 LCSP establece que el Director facultativo puede poner en marcha el procedimiento tras recibir la autorización del órgano de contratación.

(ix) Si se tratase de una modificación prevista en los pliegos habrá que estar también a lo que allí se disponga.

⁵⁰⁵ Ver en este sentido Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias núm. 311/2012, de 18 de junio de 2012, que cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 (TF 2007/4846) y de 17 de diciembre de 2008 (RJ 2008/7341). En ese sentido, si bien en el caso de un proyecto de obra, declara la caducidad del procedimiento la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de 26 de enero de 2015 (Rec. 3464/2012).

⁵⁰⁶ El artículo 25.1.b) Ley 39/2015 establece que «*b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad*».

⁵⁰⁷ Actualmente existe un recurso de casación, admitido a trámite, que resolverá esta cuestión relativa a las penalidades. Cfr. Auto del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 19 de junio de 2017, rec. 1372/2017.

Finalmente, cabe plantearse si entre los trámites que deben seguirse para aprobar la modificación contractual debe incluirse uno mediante el que el órgano de contratación solicite informe a sus servicios técnicos donde se recoja una estimación de la cuantificación o valoración de las modificaciones que se pretenden introducir⁵⁰⁸.

En la práctica, no es extraño comprobar que la Administración proyecta y acuerda la modificación del contrato sin haber valorado la magnitud del mismo. Es más, en el expediente de reequilibrio posterior discute los cálculos realizados, aprovechándose así de su propia torpeza⁵⁰⁹.

La cuantificación y valoración de la modificación debe ser uno de los trámites esenciales del procedimiento de modificación que, además, debiera realizarse en los momentos iniciales del procedimiento. De hecho, dado que desde la LES el sistema se apoya sobre los porcentajes como mecanismo limitador de la modificación, es necesario cuantificar ésta para conocer si la modificación es posible o si, por el contrario, no es posible continuar con el procedimiento de modificación.

Se puede sostener que bajo el sistema actual, «*la carga de la prueba a la hora de demostrar que la modificación no altera el sistema general de la licitación*» recae sobre el órgano de contratación⁵¹⁰. Debe realizar ese ejercicio de cálculo tras elaborar la modificación del proyecto o de las especificaciones técnicas⁵¹¹, pero antes de aprobar la modificación.

5.4 LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO ANTE LA IMPOSIBILIDAD JURÍDICA DE MODIFICARLO Y LA NECESARIA RELICITACIÓN SI SE TRATA DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO

Siguiendo a la Directiva, la LCSP establece que si fuese necesario modificar el contrato para su correcta ejecución al margen de los preceptos que acabamos de recoger, entonces solo cabe la resolución del contrato. En cierto sentido podría ser un supuesto de frustración del fin del contrato: el contrato no lograría alcanzar el

⁵⁰⁸ Esta sección figuraba en un romanillo anterior. A raíz de un comentario de uno de los evaluadores anónimos (que entendía que el cálculo de la modificación no es en realidad un trámite procedimental) se decide incluirlo al final de la sección dejando claro que su inclusión aquí no es pacífica.

⁵⁰⁹ Más adelante defenderemos que esta práctica debería conducir a la anulación de la modificación en la medida en que imposibilita el adecuado control de la magnitud de la modificación por parte del contratista, del resto de interesados y de los tribunales.

⁵¹⁰ Acuerdo núm. 117/2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 21 de noviembre de 2017, con cita de jurisprudencia europea en materia de excepciones a las normas de adjudicación.

⁵¹¹ Así se pronuncia el Consejo de Estado en su Memoria del año 1990, pp. 155-156.

fin de interés general para el que fue diseñado sin pasar por encima del interés general de protección de la licitación inicial, que es ahora el interés prevalente.

Adviértase que esta resolución del contrato no tiene por qué estar relacionada con el régimen de invalidez de la modificación. Son cuestiones diferentes. Es más, habrá ocasiones en las que la decisión de resolver el contrato se tome antes de modificar el contrato, al comprobar que una modificación legal no es posible. Y a su vez también habrá supuestos en los que la invalidez de la modificación no dé lugar a la resolución porque el contrato se pueda seguir ejecutando sin la modificación.

Esa distinción entre resolución e invalidez también tiene consecuencias en el examen de las responsabilidades de las partes contratantes. La responsabilidad por la resolución deberá buscarse en la parte que ha causado las circunstancias que conducen a la resolución (puede ocurrir que ninguna de las partes sea responsable de las mismas, por ejemplo en el caso de circunstancias imprevisibles donde las partes actuaron diligentemente). Sin embargo, en la responsabilidad por la anulación del contrato derivada de una modificación ilegal, el examen no debe detenerse en las circunstancias que rodearon a la necesidad de modificación sino que debe ir un paso más allá y centrarse en quién aprobó la modificación ilegal y cómo lo hizo. Así, debe existir una presunción de responsabilidad sobre la parte contratante que acordó la modificación (el órgano de contratación si se trata del ejercicio de potestades unilaterales; o ambas partes si se trata de una decisión por mutuo acuerdo). Solo en el caso de una negligencia grosera la responsabilidad debe compartirse.

Con carácter previo a la aprobación de la LES, la resolución del contrato podía ser una consecuencia de su modificación cuando así lo considerasen las partes⁵¹². A partir de la aprobación de esa norma la resolución del contrato no es potestativa, sino que viene impuesta *ex lege*, siendo imperativa tanto para los contratos administrativos (art. 211.g) LCSP) como para los contratos de los poderes adjudicadores no Administración pública (art. 319.2 LCSP). En ambos casos la resolución procede si no es posible seguir ejecutando el contrato en los términos inicialmente pactados.

En el caso de los contratos administrativos, el artículo 211.g LCSP establece que será causa de resolución «[l]a imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modifi-

⁵¹² Esta postura de resolución como opción de las partes sólo se vio cuestionada con la redacción del artículo 54 RCCL. La legislación local indujo a mayor confusión todavía cuando el RCCL 1953 en su artículo 54 afirmaba que se podían modificar las prestaciones «siempre que no se altere, por exceso o por defecto, en más de la quinta parte...». Dicho precepto fue criticado por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *RAP*, 1953, pp. 275-276 al entender que en ningún caso podía aceptarse que el precepto fuese un límite a la modificación. El Tribunal Supremo compartió la interpretación del autor al respecto. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 1985 (ar. 2858); Sentencia del Tribunal Supremo de 31 diciembre 1985, ar. 6408.

car el contrato conforme a los artículos 204 y 205»; o «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»⁵¹³. La aplicación de esta causa de resolución presupone que el órgano de contratación ha comprobado que no es posible modificar el contrato conforme a la LCSP⁵¹⁴.

Este artículo 211.g) LCSP debe aplicarse atendiendo al artículo 212.2 LCSP, que presenta dos escenarios diferentes: **(a)** con carácter obligatorio, darán siempre lugar a la resolución del contrato la imposibilidad de modificarlo en las circunstancias establecidas en los artículos 204 y 205 LCSP; y **(b)** con carácter potestativo la Administración y el contratista podrán instar la resolución ante modificaciones que, cumpliendo con los requisitos del artículo 205 LCSP, impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en cuantía que exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato. Se añade que «[e]n los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a la misma». La norma parece pensar aquí en aquellos casos en que no existiese un mutuo acuerdo de resolver el contrato, no permitiendo instar la resolución a la parte contratante que sea responsable de la misma.

En cuanto a los efectos de la resolución, en el caso de los contratos administrativos los efectos se proyectan en dos planos diferentes.

En lo que respecta a las consecuencias económicas de la resolución, el artículo 213.4 LCSP establece que «*el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205*»⁵¹⁵. Como ocurría con el texto anterior, debe entenderse que este 3 por ciento es una limitación *ex lege* a la indemnización de daños y perjuicios. Ello no obsta a que, en los casos que sea aplicable, la Administración venga obligada a abonar también las inversiones realizadas (arts. 280 y 295 LCSP).

⁵¹³ El segundo apartado citado es una novedad respecto al artículo 223 TRLCSP 2011, que no preveía la resolución si se incrementaba el precio en un 20 por ciento.

⁵¹⁴ Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón núm. 213/2013, de 29 de octubre.

⁵¹⁵ Hasta la introducción de esta nueva causa de resolución, la manera en la que se resolvía un contrato contrario al interés público era el desistimiento unilateral. Cfr. GUERRERO ANKERSMIT, R., 2013, lleva acabo el deslinde entre esta resolución y el desistimiento unilateral; y HORGUE BAENA, C., 1997, p. 128. Esa era la razón por la que se otorgaba el 6 por ciento de lo que quedaba por ejecutar. Es interesante cómo traza la diferencia el Dictamen del Consejo de Estado, 563/2015, de 2 de julio de 2015.

A mi juicio esta limitación porcentual operaría solo en el caso de resolución ante imposibilidad de continuar con la ejecución sin una modificación legal, es decir, en las resoluciones previas a la modificación. Sin embargo, como trataré de argumentar al examinar la invalidez de la modificación, una limitación automática de este tipo podría ser inaplicable en casos en los que el contrato es anulado por una modificación contraria al ordenamiento en la medida en que podría disminuir el efecto útil de las normas europeas que se encuentran tras la regulación de la modificación.

Por otro lado, la decisión de resolver el contrato será por lo general una decisión unilateral de resolución adoptada por el órgano de contratación que deberá incluir todos los efectos de la resolución (entre otros el *quantum* indemnizatorio) y motivarse adecuadamente⁵¹⁶.

En los contratos administrativos ese acto de resolución del contrato deberá contener un pronunciamiento de capital importancia: la responsabilidad del contratista en los hechos que derivan a la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato (a ello obliga el artículo 191 LCSP, aplicable a los contratos administrativos)⁵¹⁷.

Aunque quede al margen del objeto de este trabajo, hay que notar que la declaración de responsabilidad por la resolución puede conllevar una futura exclusión con base en el artículo 71.2.d LCSP (que transpone, endureciéndolo, el artículo 57.4.g de la Directiva 2014/24)⁵¹⁸.

En cualquier caso, la decisión de resolver el contrato será recurrible y, llegado el caso, podría ser anulada. La causa de esa anulación podría ser, por ejemplo, que la decisión esconde en realidad una decisión de desistimiento unilateral, la cual da lugar a una mayor indemnización⁵¹⁹.

Llama la atención que, para los contratos administrativos, parece que existiera una obligación de relicitación. Así, el 203.2 LCSP impone a la Administración la necesidad de volver a licitar el contrato estableciendo que en caso

⁵¹⁶ Cabe también el mutuo acuerdo cuando la causa de resolución no sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato (artículo 212.4 LCSP).

⁵¹⁷ A mi juicio esa declaración de responsabilidad no es posible en el ámbito de los contratos privados, siendo necesario para ello acudir a la jurisdicción civil, que declarará la responsabilidad de una u otra parte.

⁵¹⁸ Sin que frente a tal exclusión quepa alegar que la resolución contractual se encuentra recurrida, tal y como ha establecido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de junio de 2019, C-41/18, asunto Meca.

⁵¹⁹ Ejemplos de ello se ven en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 318/2012, de 19 de abril, y Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid núm. 86/2013: «... *En puridad, el interés público que justifica la resolución contractual se halla constituido por la necesidad de contener el gasto público y el necesario ajuste del presupuesto, dada la situación de crisis económica que se vive, razón que nos lleva a concluir que nos hallamos ante una resolución por desistimiento de la Administración*».

de no poder modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 LCSP, «deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes». El artículo 213.6 LCSP habilita a la Administración para iniciar ese nuevo procedimiento de adjudicación «al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato (...) si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución». Durante este procedimiento, que se puede tramitar de urgencia, el contratista queda obligado a «adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado».

Nada dice la norma acerca de cómo juega la indemnización por resolución y la relicitación del contrato. ¿Qué ocurre si el contratista vuelve a ser adjudicatario en esa licitación posterior? A mi juicio estas dos figuras deben tratarse por separado y nada obsta a que el contratista reciba una indemnización por la resolución del contrato y posteriormente resulte adjudicatario siempre con el límite de no incurrir en enriquecimiento injusto. Ese es precisamente otro de los problemas de establecer un porcentaje fijo de indemnización: no discrimina entre lo que es una compensación por daño emergente y otra por lucro cesante (que sería la que podría provocar un enriquecimiento del contratista-nuevo adjudicatario).

La futura licitación será examinada conforme a las reglas de cualquier otra licitación. Por ello, no será posible establecer condiciones que supongan una ventaja para el contratista (por ejemplo, la de abonar una cuantía económica como medio para compensar el desembolso de la Administración derivada de la resolución anterior).

En el caso de los contratos de los poderes adjudicadores no Administración pública el artículo 319.2 LCSP se limita a señalar que «será en todo caso causa de resolución 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». Habrá que estar, en cuanto a los efectos, a lo que establezca el Derecho civil, por lo que tampoco debe entenderse aplicable el límite indemnizatorio del 3 por ciento ni la ausencia de indemnización por oposición a la modificación que acabamos de describir.

Por último, señalar que la LCSP no dice nada respecto a la garantía otorgada por el contratista. Habrá que estar por tanto al régimen general de devolución según el cual ésta procede cuando la causa de la resolución no es imputable al contratista⁵²⁰.

⁵²⁰ Por todos, Dictamen del Consejo de Estado núm. 195/2015, de 9 de abril de 2015.

Una de las novedades de este precepto en relación a su equivalente en la norma anterior (art. 225 TRLCSP) es que ahora se impone al contratista que, o acepta la modificación del 20 por ciento hasta el límite permitido, o no obtendría la correspondiente indemnización en caso de resolución del contrato. A continuación se reflexiona al respecto.

5.5 LA POTESTAD UNILATERAL COMO ESPECIALIDAD DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Acabamos de exponer el núcleo del régimen general de la modificación (arts. 204 y 205 LCSP), que es aplicable tanto a los contratos administrativos como a los contratos de los poderes adjudicadores no Administración pública. El hecho de que este régimen se encuentre enmarcado dentro de la sección que regula la modificación de los contratos administrativos hace que haya muchas previsiones que son solo aplicables a éstos. La más relevante es, quizá, la de la obligatoriedad.

Tradicionalmente, tal y como está configurado el sistema, el contratista viene obligado a aceptar la modificación aunque se oponga⁵²¹, y no podrá paralizar los trabajos si no se produjese su suspensión expresa⁵²². De hecho, la modificación unilateral ha sido tradicionalmente el modelo seguido por los contratos administrativos. Tanto es así que el llamado *ius variandi* es considerado como un elemento propio del contrato administrativo como figura diferente al contrato civil.

En relación a la obligatoriedad de la modificación, la LCSP no solo mantiene vivo sino que incentiva el régimen de modificación unilateral de los contratos administrativos.

Ahora bien, la modificación unilateral *ex lege* solo es posible en el ámbito de los contratos administrativos. No creo que sea posible sostener que la facultad unilateral de modificar el contrato desborda el ámbito del contrato administrativo y se puede predicar de los contratos privados de la Administración y de los contratos de poderes adjudicadores no Administración pública. La obligatoriedad de las modificaciones se regula en el artículo 190 LCSP y en el artículo 206 LCSP. Estos no son preceptos aplicables a los poderes adjudicadores.

⁵²¹ Un ejemplo de modificación impuesta y no aceptada por el contratista es Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, núm. 242/2012, de 18 de abril de 2012.

⁵²² Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León, núm. 1561/2011, de 19 de enero de 2011.

cadadores no Administración pública⁵²³. Además, el artículo 319 LCSP se remite es a los artículos 203 a 205 CLSP, mientras que la obligatoriedad de la modificación se reconoce en el artículo 206 LCSP. Este precepto, titulado «*Obligatoriedad de las modificaciones del contrato*» queda fuera de esa remisión, pero dentro de la sección que regula «*los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos*».

Aclarado el alcance de la obligatoriedad, examinemos su regulación. El artículo 206 LCSP señala:

«1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.»

La Administración podrá imponer la modificación no prevista del contrato cuando ello suponga una alteración de su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato. Superado ese umbral, la modificación no resulta obligatoria para el contratista por lo que será necesario su conformidad por escrito. Si ésta no se obtiene, el contrato deberá ser resuelto (art. 206.2 y su remisión al 211 LCSP).

No se trata de una novedad, ni mucho menos. En legislaciones anteriores ya se preveía –al menos para el contrato de obra–, la posibilidad de resolver el contrato en caso de desacuerdo. En ese sentido merece la pena rescatar aquí las palabras de Colmeiro, que en el siglo XIX ya decía:

«... sujetarse el Gobierno al proyecto primitivo con tal rigor que en nada pueda alterarlo, sería encerrarse en los límites de un compromiso que responde a necesidades variables, y tal vez despojarse de los medios convenientes a su satisfacción. Obligar al contratista a pasar por cualesquiera alteraciones no se compecede con la justicia. Compensar las diferencias resultantes con un aumento proporcionado de precios se presta al abuso, a siniestras interpretaciones, a desavenencias y litigios. Por otra parte, si las modificaciones salvan cierto límite

⁵²³ En ese mismo sentido se pronuncia Díez SASTRE cuando afirma que «no aplica a los poderes adjudicadores no Administración Pública el artículo 206 LCSP, relativo a la obligatoriedad de las modificaciones del contrato» Díez SASTRE, S., 2018 (b), p. 543. En sentido contrario, HERNÁNDEZ CORCHETE afirma que «el art. 319.1 LCSP contiene un reconocimiento del *ius variandi* en favor de las entidades del sector público que no son Administración Pública» HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., 2018, p. 2140.

razonable burlan los cálculos del capitalista. Lo mejor es concederle el derecho de pedir la rescisión y apelar a nueva subasta.»⁵²⁴

Así pues, si el contratista no acepta la modificación no obligatoria, se produce la resolución del contrato. En ese caso, como acabamos de ver, el contratista no tendría derecho a la indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar (art. 213.3 LCSP).

Es decir, la LCSP ha incorporado dos mecanismos que conducen a influir sobre (cuando no presionar de manera desproporcionada) el contratista que, en caso de no prestar su conformidad verá resuelto el contrato y se habrá quedado sin la indemnización. Ello se ha visto como una muestra de que la LCSP no abandona la óptica de la unilateralidad⁵²⁵; a mi juicio, se puede afirmar que incluso se potencia.

¿Cómo evitar que la modificación unilateral sea mal utilizada por la Administración? Existen dos previsiones que pueden ayudar a modularla. En primer lugar, como ya hemos dicho, la modificación del contrato debe siempre limitarse a «introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria» (art. 205.1 LCSP). Si no se cumple este aspecto, la modificación propuesta/impuesta habrá vulnerado los límites de la modificación.

Por otro lado, la Administración debe justificar que propone/impone la modificación por razones de interés público. Así, el ejercicio de esta potestad debe leerse junto con el artículo 190 LCSP el cual requiere que el ejercicio de la potestad de modificación se lleve a cabo «por razones de interés público». Y en el mismo sentido el artículo 203 LCSP cuando afirma que «los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección [arts. 203 a 207 LCSP]».

Y dado que este concepto estaba ya presente en anteriores normas, para su interpretación es pertinente acudir a jurisprudencia y doctrina anterior.

Con carácter general, el Consejo de Estado señala que el interés público es el presupuesto para ejercer la potestad de modificación⁵²⁶, un interés que debe ser «patente, claro e indubitado»⁵²⁷. Eso sí, para la apreciación de dicho interés, la entidad contratante tiene un amplio margen de discrecionalidad⁵²⁸.

⁵²⁴ COLMEIRO, M., 1865, p. 107.

⁵²⁵ BAÑO LEÓN, J. M., 2018, p. 1346.

⁵²⁶ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 55586, de 10 de enero de 1991; Dictamen del Consejo de Estado, núm. 3092/1998, de 10 de septiembre de 1998.

⁵²⁷ Dictámenes del Consejo de Estado, núm. 42179, de 17 de mayo de 1979; núm. 48473, de 16 de enero de 1986, núm. 55586/1991; núm. 2382/2003 y núm. 2383/2003, de 24 de julio de 2003.

⁵²⁸ Así se manifiesta, por ejemplo, Dictamen del Consejo de Estado, núm. 55586, de 10 de enero de 1991.

Ahora bien, lo que no puede ocurrir es que el interés público esgrimido se convierta en el único requisito de la modificación, como ha ocurrido en numerosas ocasiones en el pasado. No se puede olvidar que además de la existencia de un interés público que motive la modificación es necesario que la modificación cumpla con el conjunto de previsiones de los artículos 204 y 205 LCSP.

5.6 CONSECUENCIAS DE LA MODIFICACIÓN VÁLIDAMENTE CELEBRADA

La modificación del contrato siempre acarreará consecuencias de diversa índole. Está claro que la modificación del contrato tiene consecuencias jurídicas en la medida en que supone modificar un negocio jurídico inicialmente acordado. Ahora bien, la modificación también se refleja en el ámbito material (sobre las prestaciones y el programa de trabajo) y el económico (sobre el régimen económico del contrato).

En ocasiones por simplificar la cuestión se diferencian estos tres planos, olvidando que en la práctica están estrechamente relacionados. Es más, muchos de los problemas y de la litigiosidad a la que se enfrenta la modificación del contrato se deriva precisamente de esa disociación artificial. Por ejemplo, cuando se introducen las modificaciones en el plano jurídico, pero se posterga para más adelante el cálculo de sus repercusiones económicas. O cuando se llevan a cabo las modificaciones en el plano material, pero no se define su impacto en el plano jurídico, quedando inalterado el negocio jurídico inicial, que ya no corresponde con la realidad material ejecutada.

La práctica correcta debe pasar por examinar al mismo tiempo las consecuencias de la modificación en los tres niveles. De otro modo se generarán distorsiones que producirán situaciones injustas cuando no directamente ilegales. En la práctica se observan algunas patologías derivadas de esta disociación:

- i. La existencia de trabajos realizados sin un reconocimiento jurídico y sin que hayan sido abonados. Suele ocurrir cuando el plano material de la modificación se adelanta al jurídico y al económico. A nuestro juicio esta situación es nula de pleno derecho por no existir una base jurídica para la modificación. Examinaremos este escenario al analizar las modificaciones inválidas.
- ii. La existencia de trabajos realizados, sí recogidos en una modificación contractual, pero no abonados al discutirse su valoración una vez que se han ejecutado. La modificación del contrato ha desplegado sus consecuencias

en el plano material y en el jurídico, pero no se ha concretado sus repercusiones en el plano económico. En este caso la modificación sería válida –al menos hasta la entrada en vigor de la LCSP 9/2017- si bien el pago del órgano de contratación deberá producirse con intereses desde el momento en que el contratista realice los trabajos y presente la oportuna factura.

La nueva regulación de la modificación podría paliar parte de este problema en la medida en que se trata de un sistema que se apoya sobre umbrales porcentuales para calibrar si una modificación es jurídicamente viable o no. Así pues, parece que los tres planos deberán ser analizados antes incluso de aprobar la modificación so pena de que la modificación incurra en un vicio sustantivo y de procedimiento.

El contratista tiene derecho a una modificación del contrato que integre sus tres niveles: jurídico, material y económico. Es la única manera de poder ejercer sus derechos de oposición. Una oposición que en ocasiones se ha considerado como requisito previo para formular una reclamación posterior⁵²⁹.

Lo que no parece procedente es que se produzca la modificación del contrato en su plano jurídico y material, pero se niegue al contratista la compensación económica sobre la base de cualquier pretexto. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1987 la Sala considera que «de haberse producido un enriquecimiento por parte de la Administración, la causa habría que buscarla en la propia conducta del apelante, que con la baja ofrecida evitó la adjudicación de la obra a las otras nueve empresas cuyas proposiciones habían sido, también, admitidas al concurso-subasta». E incluso evoca el principio de buena fe:

«Siendo el presupuesto de la contrata de 232.317.574 pesetas (doscientos treinta y dos millones trescientas diecisiete mil quinientas setenta y cuatro pesetas), formular una proposición de 135.905.000 pesetas (ciento treinta y cinco millones novecientas cinco mil pesetas), eliminar mediante una baja del 41,50 por ciento a los demás licitadores, justificar la baja con los argumentos que ya hemos examinado y solicitar luego de la Administración una ampliación del presupuesto de la obra hasta 256.000.000 pesetas (doscientos cincuenta y seis millones de pesetas), son hechos difícilmente encajables, por parte del contratista, en el invocado principio de la buena fe.»⁵³⁰

⁵²⁹ Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de enero de 2014 (EDJ. 3689) señala que «(...) al tratarse de una pretensión indemnizatoria, fundada en la existencia de una modificación contractual decidida por la Administración, el contratista debió acudir a los mecanismos previstos en la legislación de contratos del Estado para oponerse a la modificación; y afirmando que, si no lo hizo así, por haberse aquietado ante la modificación contractual y haber prestado su conformidad, tal modificación no puede servir para fundar esa pretensión indemnizatoria».

⁵³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 13 de mayo de 1987 (Ar. 9115).

La compensación económica, que tantos problemas prácticos genera, puede ser reclamada dentro del plazo que la legislación ofrece para las reclamaciones de carácter contractual. Ello podría conducir a aplicar el plazo de la LGP en lugar de aplicar el más reducido de un año existente en la responsabilidad extracontractual⁵³¹.

Ahora bien, el ejercicio del derecho a ser compensado por las variaciones que sufra el contrato encuentra su límite en el marco temporal del propio contrato y, en concreto, en la liquidación del mismo, debiendo entonces estar a los plazos ordinarios de recurso administrativo o contencioso-administrativo⁵³². En ese sentido se pronuncia el Tribunal Supremo cuando afirma que las pretensiones de naturaleza contractual han de quedar extinguidas a partir de la liquidación del contrato y la aceptación del pago, sin reserva alguna, por la contratista⁵³³. Puede ocurrir que el transcurso de un amplio lapso de tiempo entre la fecha de entrada en servicio de las obras y la fecha de las reclamaciones «*abona la presunción de que la concesionaria finalizó y entregó las obras en la creencia de que por las realizadas no le correspondía ningún derecho a solicitar el restablecimiento del equilibrio financiero de la concesión*»⁵³⁴.

En ocasiones ocurre que, «*a través de un expediente de responsabilidad patrimonial se puede cambiar el presupuesto líquido con arreglo al cual se adjudicó el proyecto adicional o de obras complementarias*»⁵³⁵. Ello a la postre también conlleva una distorsión del mecanismo de adjudicación⁵³⁶. Por este motivo el Tribunal Supremo considera que si lo que se pretende es reclamar perjuicios sufridos por suspensiones durante la vigencia del contrato, debe impugnarse en la liquidación final⁵³⁷.

Se trata de evitar fenómenos patológicos en los que el contratista presenta una reclamación con carácter posterior a la liquidación del contrato⁵³⁸. Por ejemplo, una reclamación de desequilibrio económico por errores geotécnicos del pro-

⁵³¹ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 295/2004, de 25 de marzo de 2004.

⁵³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 22 de mayo de 2012 (La Ley 64529/2012). Esta situación tiene también una consecuencia: que el derecho a reclamar el pago de las certificaciones no prescribe de manera individual, sino que la fecha de prescripción está vinculada a la liquidación de los trabajos (en ese sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 16 de febrero de 2002, rec. 8797/1998).

⁵³³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 20 de julio de 2005 (Ar. 8635).

⁵³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 3 de diciembre de 2012 (Ar. 588).

⁵³⁵ Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 136.

⁵³⁶ Memoria del Consejo de Estado del año 2011, p. 210.

⁵³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 22 de mayo de 2012 (Rec. 1638/2011).

⁵³⁸ Dictamen del Consejo de Estado, 635/2005, de 5 de mayo de 2005 (en este caso se desestima ya que no se produce un grave desequilibrio de la economía del contrato).

yecto de obra relativos a la excavación de los terrenos realizada tres años después de recibir las obras, y dos años después de aprobarse la certificación final⁵³⁹.

Otro ejemplo de esta mala práctica es la reclamación en los casos de fuerza mayor. Para esa situación existe un procedimiento concreto fijado en el artículo 146 RGLCAP, el cual exige la presentación al director de la obra de la oportuna comunicación en un plazo de veinte días desde la fecha final del acontecimiento. Así pues, en lo supuestos de fuerza mayor deberá comprobarse si la reclamación es extemporánea o no. También ocurre que el contratista reclama en plazo esa indemnización y ante la omisión de respuesta por parte de la Administración, el contratista sigue los trabajos. Solo posteriormente –incluso una vez liquidado el contrato–, vuelve a reclamar dicha cuantía⁵⁴⁰. Como señala el Consejo de Estado en su Memoria de 2002, «... *que en el desarrollo de las relaciones entre la Administración y el contratista, por reserva de una y otro, que no ha de enjuiciarse ahora, o por tácita coincidencia de voluntades o de expectativas, se posterga la tramitación y resolución del expediente –aunque en ocasiones no haya acontecido otra cosa que la pérdida de algún documento o el error en alguna actuación–, con vistas a mantener vivas unas posibilidades que, a modo de válvula final, ofrezcan cauce y cobertura para resolver flecos y llegar a las soluciones finales (incluso convenidas o equitativas), de modo que se puedan superar eventuales irregularidades formales*».

El contratista presenta la reclamación y la Administración no contesta, «*de modo que no interfiera o perjudique otras expectativas o pretensiones de superior interés o de éxito más previsible en el normal desenvolvimiento de la relación contractual*»⁵⁴¹. Así, no es raro que se formalicen reclamaciones una vez liquidado el contrato en cuestión⁵⁴².

Ahora bien, pueden existir circunstancias en las que esa reclamación no sea extemporánea. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2012 rechaza la extemporaneidad en un caso en que se presenta la reclamación en abril 2005 y la liquidación se había realizado en diciembre 2003 apoyándose en varios argumentos. Primero, que en diciembre de 2005 la Adminis-

⁵³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 27 de octubre 2014 (Ar. 5638). También en una reclamación dos años después de recibir las obras en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 18 de junio 2012 (Ar. 8876).

⁵⁴⁰ Dice el Consejo de Estado en su Memoria de 2002: «La sorpresa se troca en perplejidad –y hasta con tintes de sospecha– cuando el expediente se tramita tan tardíamente que, al menos al remitirse al Consejo de Estado, han pasado largos años, no sólo desde que se instó la petición indemnizatoria, sino incluso desde que se terminó la ejecución de las obras, desde que fueron éstas recibidas y hasta desde que quedó abonado el saldo previas las operaciones pertinentes para la práctica y aprobación de la liquidación del contrato».

⁵⁴¹ Memoria del Consejo de Estado del año 2002, p. 124.

⁵⁴² Memoria del Consejo de Estado del año 2011, p. 197.

tracción acordó el abono de un exceso que en su día debió dar lugar a un proyecto modificado, pero que no se llevó a cabo como tal. Ese abono supone reconocer efectos al contrato y por ello, no admitir la reclamación iría contra los propios actos de la Administración. Segundo, que junto con ese abono, también supone un argumento a favor de la admisibilidad el hecho de que todavía se esté en plazo de garantía de la obras. Tercero, que el contratista hizo constar su disconformidad en lo relativo a la revisión de precios al firmar la liquidación. Y cuarto, que el abono de la propia liquidación había sido en 2004. Es importante que la Sentencia señale que el pago tardío de la Administración «pone de manifiesto que no habían extinguido los efectos del contrato en el momento en que OHL pidió la compensación»⁵⁴³.

Me detendré a continuación en algunos de los problemas que suelen plantear las reclamaciones ante modificaciones que, en principio –por no haber sido anuladas– han sido válidamente celebradas. En el ámbito de estas reclamaciones, la postura del contratista ante la modificación parece ser un elemento esencial en la decisión de otorgar o no una compensación⁵⁴⁴.

Cierta línea jurisprudencial parece dejar la compensación por la modificación a expensas de que el contratista manifieste su reserva o, incluso, se oponga a su aprobación. Así, cuando el Tribunal Supremo afirma que «*al tratarse de una pretensión indemnizatoria, fundada en la existencia de una modificación contractual decidida por la Administración, el contratista debió acudir a los mecanismos previstos en la legislación de contratos del Estado para oponerse a la modificación; y afirmando que, si no lo hizo así, por haberse aquietado ante la modificación contractual y haber prestado su conformidad, tal modificación no puede servir para fundar esa pretensión indemnizatoria*»⁵⁴⁵. En el mismo sentido, cuando la Audiencia Nacional afirma que «*cabría considerar que el hecho de que el contratista suscribiera el nuevo contrato del proyecto modificado, asumiendo sin reserva ni objeción alguna la cláusula que ampliaba el plazo de ejecución y, por ende, la nueva fecha prevista para*

⁵⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 23 de abril de 2012 (Ar. 6066).

⁵⁴⁴ La importancia de la postura del contratista ya se puso de manifiesto en el siglo XIX. Así, se consideró que el contratista de obras públicas que sufre perjuicios y no los pone inmediatamente en conocimiento de la Administración para que rescinda el contrato o se adopten las medidas convenientes, no tiene derecho a reclamar indemnización (Sentencia de 30 de enero de 1861). O que no tiene derecho a reclamar perjuicios por las variaciones que la Administración haga si, al hacerlas, obró dentro de las condiciones prescritas en la contrata, pues en ese caso a sí propio debe imputarse el no haber calculado mejor antes de aceptarlas, para no exponerse a pérdidas (Sentencia de 2 de marzo de 1874). Cfr. DELGADO MARTÍN, E., y DE ARRIAGA, F., 1899, p. 149.

⁵⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 16 febrero 2001 (Ar. 1821). En sentido similar otras Sentencias posteriores: Sentencias de 1 diciembre 2010 (rec. 889/08), 15 marzo 2013 (rec. 1053/2010), 30 septiembre de 2013 (rec. 1159/2011).

la finalización de las obras, le obligaba. De modo que no podría después ir contra sus propios actos y solicitar se le indemnice por las consecuencias derivadas de esa mayor duración de las obras en relación con el citado modificado, que él aceptó»⁵⁴⁶.

Un paso más allá va la jurisprudencia que considera insuficiente que el contratista se limite a aceptarlas con simples alegaciones o «reservándose» sus derechos, figura que ante los actos administrativos no tiene cabida⁵⁴⁷.

De la misma forma cuando en otro asunto se afirma que «*lejos de acudir el actor a la vía del art. 146 de la Ley de Contratos, al considerar desmedida la cuantía de obras que se vio en la obligación de ejecutar, lo cierto es que consintió en la liquidación definitiva del contrato y una adicional por ejecución de obra*»⁵⁴⁸. Y lo mismo cuando el contratista muestra su conformidad expresa ante el retraso del inicio de las obras, lo cual impide ser resarcido posteriormente por ese motivo⁵⁴⁹. O cuando el contratista no se oponga a las actuaciones complementarias, se recepcione la obra y se

⁵⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 238/2015, de 2 de junio de 2015, que cita otras sentencias de 19 de julio de 2005 (ar. 9082), rec. 1921/2002, de 25 de septiembre de 2007 (ar. 7928), rec. 374/2004, de 14 de julio de 2009 (ar. 7065), rec. 5276/2007, de 15 de febrero de 2012 (ar. 4004), rec. 1419/2009, y de 7 de junio de 2012 (ar. 8249), rec. 2050/2009. La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007, rec. 374/2004, declaraba al respecto lo siguiente: «el consentimiento que la empresa prestó al nuevo contrato y al precio allí estipulado sin formular reserva ni protesta alguna conduce a considerar que no es aquí de aplicación la previsión indemnizatoria del artículo 103.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues si el periodo de suspensión de las obras culmina con una modificación del proyecto al que las partes prestan su entera conformidad mediante un nuevo contrato, no debe luego prosperar -y resulta difícilmente conciliable con el principio de la buena fe contractual- una pretensión indemnizatoria autónoma que se dice formulada para reparar los perjuicios derivados aquella suspensión». También las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 15 marzo 2013 (rec. 1053/2010) y de 30 septiembre de 2013 (rec. 1159/2011).

⁵⁴⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de mayo de 2015 (Ar. 204518).

⁵⁴⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 9 de junio de 2008 (Ar. 347041).

⁵⁴⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 27 de diciembre de 2012 (EDJ. 328008), FJ 5.º: «...» Discrepamos de la alegación del apelante de que al dar su conformidad y aceptar la demora se limitara únicamente a aceptar la decisión del órgano administrativo ya que la otra alternativa -iniciar la prestación- era inviable, pero sin renunciar en ningún caso a la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por el retraso producido, por cuanto que, los términos de la conformidad son claros mostrando su conformidad expresa y aceptando la demora en el inicio de la prestación del servicio, y teniendo otras alternativas, tales como manifestar su discrepancia, solicitar la resolución del contrato ó manifestar en tal momento que ello implicaría la necesidad de que fuera resarcido porque se alteraba el equilibrio económico financiero de la concesión, sin embargo nada de esto hizo sino que mostró su conformidad expresa y aceptó la demora en el inicio de la prestación del servicio cuando el Ayuntamiento le interpeló sobre ello, debiendo de tenerse en cuenta que el comportamiento del contratista mostrando su conformidad con la demora también pudo condicionar la decisión de la Administración de continuar con el contrato tal como fue adjudicado, pudiendo haber sido distinta la decisión de la Administración si el contratista no hubiera

apruebe la liquidación sin constar tampoco oposición alguna⁵⁵⁰. O, por ejemplo, cuando se subraya que no consta que se protestase ante los cambios introducidos, o que «*no hay constancia de que la concesionaria, al finalizar la obra y cumpliendo con lo establecido en el Pliego... realizará un reajuste o solicitará una modificación del plan económico financiero del contrato*»⁵⁵¹.

Lo mismo en el caso de un contrato de obras de un colegio en el que el contratista reclama indemnización por los costes provocados por acelerar la ejecución tras la orden de la Administración para que la obra estuviese preparada para el nuevo curso escolar. Por un lado, no queda constancia de la orden verbal de acelerar los trabajos, pero además, en lo que ahora interesa, no se impugnó la liquidación, a pesar de ser posterior a la reclamación⁵⁵².

En otro asunto, el hecho de que el contratista presente factura detallada de los trabajos supone que acepta éstos y le cierra el camino a posibles reclamaciones posteriores⁵⁵³.

mostrado su conformidad ó hubiera solicitado desde el primer momento un resarcimiento en la cuantía que se está hoy solicitando».

⁵⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 de junio de 2012 (Ar. 8249): «En este punto, debe destacarse que la entidad recurrente dio su conformidad a las modificaciones contractuales, al no existir constancia alguna de que, en el pertinente trámite procedimental a la vista de la propuesta de la dirección facultativa, se opusiera expresamente a las modificaciones producidas. Y concurre incluso la circunstancia de que la modificación originó un saldo adicional de liquidación a favor del contratista, que permitió restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, que establece el artículo 100.1 de la Ley 13/1995 como reconoció la sentencia recurrida».

⁵⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 3 de diciembre de 2012 (Ar. 588).

⁵⁵² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala Contencioso-Administrativo, 28 de septiembre de 2006 (Ar. 251441).

⁵⁵³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Contencioso-administrativo, de 21 de noviembre de 2013 (Ar. 15819): «*Frente a esa inequívoco comportamiento de la demandante, que en definitiva significaba, siquiera en ese momento de entrega de la factura, que estaba aceptando el importe referido como liquidación de los trabajos realizados hasta ese momento, no pueden servir para enervarlo las reclamaciones presentadas con anterioridad, como son los escritos de 20 de diciembre de 2005 - reiterada el 23 de mayo y 6 de septiembre y 12 de octubre de 2006-; como tampoco la alegación de que no estuvo en su momento de acuerdo con el importe de la factura pero que no obstante la emitió por el compromiso de que iban a ser satisfechas inmediatamente. Y es que con la presentación de la factura, con el contenido que ha quedado indicado, la referida contratista, en definitiva, asumió la forma de proceder de la Administración demandada para determinar el importe de la deuda pendiente, quien, interesa también señalarlo, debió seguir un procedimiento específico para el reconocimiento de obligaciones como consecuencia de que se habían ejecutado unos trabajos al margen de los procedimientos que establece la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que es difícil imaginar que aquella desconociera. Debe así jugar el principio de los actos propios, con el que ciertamente no se compadece la reclamación posterior que presentó la mercantil demandante, ya que con la misma, a la postre, se pretende que se le satisfaga un importe superior al que en principio aceptó por la vía de los hechos cuando expidió la factura referida y se le efectuó el abono del importe que había sido ya determinado. Y de este modo se desvanece el argumento recogido en la sentencia de instancia consistente en que*

En ocasiones el argumento para desestimar la reclamación ha sido la doctrina de los actos propios del contratista que prestó su conformidad⁵⁵⁴. O también aquellas situaciones en las que existieron oportunidades previas para reclamar, pero no se hizo⁵⁵⁵.

El automatismo aplicado en algunas resoluciones (que equipara no recurrir el acto a renunciar a toda compensación) se matiza por el Tribunal Supremo, que considera que esta cuestión solo puede tener una «respuesta casuística» ya que debe tenerse en cuenta el contenido del documento de modificación⁵⁵⁶. Si este documento no dice nada, debe entenderse que entra en juego el principio de no indemnidad⁵⁵⁷. Asimismo, habrá que tener en cuenta algunas circunstancias que rodean la ejecución tales como a quién son imputables las paralizaciones o si hay hechos que ponen de manifiesto la voluntad de las partes, en concreto alguna que permita concluir que la contratista renuncia a su derecho a ser indemnizado o que lo establecido ya satisfacía ese derecho.

Y en esa línea de matización también se encuentran los fallos que implícitamente exigen que en la modificación aprobada queden claras las consecuencias económicas como requisito para considerar que el contratista ha dado su consentimiento⁵⁵⁸.

Ahora bien, si esas consecuencias aparecen claras en el acuerdo de modificación, parece difícil que se pueda después reclamar compensación ninguna. Así ocurrió en el siguiente ejemplo, bastante ilustrativo de lo aquí comentado, que se refiere a una modificación de un contrato de obra de un paseo marítimo. Ante la necesidad (¿nueva?) de construir un parking, las partes contratantes formalizan un acuerdo de proyecto modificado por un importe de 0 pesetas. Una vez finalizadas las obras se remitió propuesta de liquidación provisional de las obras en las que se refleja la disconformidad del contratista, que entien-

la conformidad con aquellos actos supone « aceptar por el hecho de «ir cobrando», y prueba del descontento es que presentó su reclamación a continuación»

⁵⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20 de enero de 2014 (EDJ. 3689).

⁵⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 28 de abril de 2015 (Ar. 192625).

⁵⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 1 de octubre de 2014 (EDJ. 182651).

⁵⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 10 de diciembre de 2014 (EDJ. 225869), FJ 3.º: en esta sentencia sin embargo no se consideran acreditados los daños.

⁵⁵⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de junio de 2009 (Ar. 370340): «...el anterior acuerdo prevé las consecuencias económicas del Modificado n.º 1, que fueron aceptadas expresamente por la U. T. E adjudicataria, sin formular objeción alguna a los precios consignados. Consentida la novación contractual y sus efectos económicos, no es de recibo que se solicite indemnización de daños y perjuicios en razón del uso de la potestad de modificación del contrato que la Ley atribuye al órgano de contratación. Conclusión que viene avalada jurisprudencialmente, por todas, STS de 12 de enero de 2004 (recurso de casación 6469/1998), que sigue la línea de la fechada el 16 de febrero de 2001 (recurso de casación 523/1995)».

de que se produjo una dilatación del plazo de las obras que no le son imputables de las que se derivan una serie de costes. Pues bien, el Tribunal acoge el razonamiento del juzgador de instancia cuando afirma que «[si] *el contratista asumió sin reserva ni objeción dicha cláusula, que interpretada de acuerdo con los antecedentes expuestos, implica que el plazo de un mes debe entenderse a partir de la aprobación del modificado no puede ahora ir contra sus propios actos y solicitar se le indemnice por las consecuencias derivadas de esa mayor duración de las obras, que él aceptó. Como también aceptó el resto de los modificados incorporados en el Proyecto por importe 0 pts*». Y el Tribunal Supremo añade que «*el contratista suscribió el contrato de obras del proyecto modificado, con todo lo que ello representa en orden a los efectos derivados de la sucesiva ejecución del contrato*»⁵⁵⁹.

Esta necesidad de recurrir la modificación del contrato se defiende también en otras sentencias del Tribunal Supremo⁵⁶⁰.

Ahora bien, existen algunos precedentes en los que el Alto Tribunal introduce otros elementos de juicio y alcanza una posición contraria. Por ejemplo, cuando afirma:

«Ya en este punto, será de advertir que la situación económica de la empresa tiene su origen, en lo fundamental, en la insuficiencia de las tarifas –aparte el tema de exceso de personal derivado de la transformación técnica consistente en la sustitución de trolebuses por autobuses, que después se examinará. La parte apelante ha venido subrayando que las sucesivas revisiones de las tarifas no fueron recurridas por la concesionaria. Desde luego la vía normal para el supuesto de insuficiencia y retraso en la revisión de las tarifas es justamente la del recurso. Este, aun contando con la duración del proceso, permite obtener una elevación de aquéllas y además, dada la imposibilidad de su aplicación retroactiva, una indemnización al período durante el cual se ha vivido con una tarifa indebidamente baja –así, sentencia de 14 de febrero de 1986.

Sin embargo y en definitiva, es lo cierto que se ha producido la situación de desequilibrio financiero que el Reglamento de Servicios considera supuesto de hecho adecuado para provocar la adopción de medidas de restablecimiento. Sin necesidad de examinar la posibilidad de una impugnación indirecta de las tarifas, los principios de lealtad, buena fe e incluso –así lo señala la sentencia de 14 de marzo de 1985 de equidad que deben inspirar las relaciones de la Administración con su colaborador-concesionario, no permiten ignorar que el resultado final ha sido un desequilibrio. Piénsese que la ya dicha sentencia equipara los supuestos de "ius variandi" y "factum principios" al de error de cálculo.

⁵⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 de noviembre de 2011 (Ar. 2012/1978).

⁵⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 15 de febrero de 2012 (Ar. 4004); Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 21 de marzo de 2012 (Ar. 5081); Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 16 de abril de 2012 (Ar. 5833).

Hay que concluir pues que el hecho de no haber impugnado las revisiones de las tarifas, no puede ser obstáculo para el restablecimiento del equilibrio financiero tendente a asegurar la continuidad del servicio»⁵⁶¹.

En esta línea el Tribunal Supremo ha entendido que no puede partirse de la premisa *«de que la aceptación de un modificado sin protesta equivale a la renuncia de los daños y perjuicios que la parte contratista hubiera sufrido, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1204 CC, para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean del todo punto incompatibles (...)* Es decir, para que la aceptación de un modificado suponga una renuncia a los derechos de resarcimiento de daños sufrido ha de darse la circunstancia de que conste expresamente dicha renuncia o se infiera de una interpretación de los hechos razonable»⁵⁶².

Precisamente, en el voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 junio 2012 (Ar. 8249), José Díaz Delgado y Vicente Conde Martín de Hijas discuten que el hecho de aceptar la modificación sin protesta implique renunciar a cualquier indemnización: para ello debe constar así inequívocamente⁵⁶³.

De manera más reciente el Tribunal Supremo parece haber acogido esta última interpretación quedando consolidada la doctrina según la cual *«para que la aceptación de un modificado suponga una renuncia a los derechos al resarcimiento de daños sufrido ha de darse la circunstancia de que conste expresamente dicha renuncia o se infiera de una interpretación los hechos razonables»*⁵⁶⁴.

Confirmado ya, pues, que es posible reclamar a pesar de haber aceptado la modificación, será necesario acreditar que se trata de circunstancias que *«tienen como motivo directo y determinante el comportamiento de la Administración»* y que *«no estamos ante el riesgo y ventura imputable al contratista por circunstancias ajenas a las partes»*⁵⁶⁵.

En cuanto a los conceptos reclamables, debe regir el principio de indemnidad y deben ser compensados los costes directos y los costes indirectos –ha-

⁵⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 20 de diciembre de 1986 (EDJ 1986/8527).

⁵⁶² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 13 de julio de 2015 (Ar. 3924).

⁵⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 junio 2012 (Ar. 8249).

⁵⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 13 de febrero de 2018, rec. 2832/2015, que cita otras anteriores (*se refiere a «las dictadas los días 13 de julio y 7 de diciembre de 2015 (recursos de casación 1592/2014 y 3271/2014, respectivamente), de 27 de mayo de 2013 (recurso de casación 5159/2010), de 17 de noviembre de 2011 recurso de casación 1640/2008»*).

⁵⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 13 de febrero de 2018, rec. 2832/2015. En ese caso la causa del incremento de costas estuvo en la suspensión y las prórrogas del plazo de ejecución de las obras, ello causando un incremento subsiguiente de los gastos generales, los costes indirectos y los costes de seguridad y salud.

bitualmente acreditados mediante el correspondiente informe pericial. Especial relevancia tiene el concepto de los gastos generales, que suelen ser discutidos por la Administración ante la dificultad de probar su conexión con los hechos que provocan el daño⁵⁶⁶.

Si los costes incurridos derivan de la suspensión del contrato hará que estar al régimen especial contenido en el artículo 208 LCSP –cuyo comentario se recoge en el capítulo 7 de esta obra.

Por último, debe señalarse que la fecha de la reclamación será importante ya que marcará el *dies a quo* del devengo de los intereses legales⁵⁶⁷.

5.7 SUCINTA REFERENCIA A LOS MECANISMOS DE CONTROL: PREVENCIÓN, DETECCIÓN, REACCIÓN, REPRESIÓN Y REPARACIÓN

Una de las facetas más importantes de cualquier sistema regulatorio es establecer cuáles serán los mecanismos de control existentes⁵⁶⁸. La importancia del conjunto de controles es extraordinaria si se tiene en cuenta que la modificación del contrato hasta no hace mucho se consideraba un asunto *inter partes*. Por ello, la existencia de distintos mecanismos de control emerge como un pilar fundamental para solucionar el problema del abuso y mal uso de las modificaciones contractuales.

Los mecanismos de control pueden clasificarse según sus fines en mecanismos de prevención, de detección, de reacción y de represión y reparación de las conductas irregulares⁵⁶⁹.

A continuación se realiza un breve repaso los mecanismos de control y su aplicación a la modificación. Nótese que ya en las notas definidoras del régimen establecido por la LCSP se ha avanzado las principales novedades de la LCSP en cuanto al control de los modificados (publicidad, posibilidad de recurso especial y mejoras en el procedimiento).

El primer conjunto de mecanismos de control se refiere a aquellos que van destinados a la prevención. Cuando hacemos referencia a mecanismos de

⁵⁶⁶ Reconoce la necesidad de compensarlos el Dictamen del Consejo de Estado núm. 894/2014, de 30 de octubre.

⁵⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 13 de febrero de 2018, rec. 2832/2015.

⁵⁶⁸ Respecto a la actividad de control ver SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 2004, pp. 179-214.

⁵⁶⁹ Es discutible que se pueda hablar de control para referirnos a mecanismos de represión y reparación. Sin embargo, los he considerado en el listado porque se trata de un elemento accesorio indispensable respecto al resto de mecanismos de control si se pretende que éstos tengan alguna utilidad.

prevención nos referimos a los controles *ex ante*, es decir, a todos aquéllos que existen antes de que el contrato se modifique.

Tradicionalmente el procedimiento de modificación es el cauce a través del cual se estructuran estos controles. El procedimiento recoge un conjunto de trámites que i) obligan al órgano de contratación a justificar su decisión; ii) someten esa decisión a la opinión de varios órganos informantes antes de que sea aprobada; iii) tienen en cuenta la postura del interesado.

Con el paso del tiempo el procedimiento se fue dotando de mecanismos de supervisión. Por ejemplo, no es extraño observar que las normas sobre modificación del contrato siempre han previsto que sea necesaria la obtención de la autorización correspondiente de la superioridad⁵⁷⁰. Así, ocurre hoy que la modificación, superados ciertos umbrales, debe ser examinada por el Consejo de Estado y, en el caso de los poderes adjudicadores no Administración, deba ser también aprobada por el departamento al que están adscritos (arts. 191 y 319 LCSP).

Además del procedimiento, también se prevén mecanismos de prevención asociados a la propia ejecución del contrato. Se trata de las potestades de vigilancia, dirección y control de la entidad contratante. El Consejo de Estado considera la vigilancia de la ejecución del contrato como un pilar fundamental del sistema de contratación⁵⁷¹.

La LCSP incorpora dos mecanismos de prevención centrados en la ejecución del contrato. Por un lado el responsable del contrato, figura regulada en el artículo 62 LCSP y que será la encargada de supervisar la ejecución del contrato y dictar instrucciones. La definición de su cometido será una de las cuestiones claves para que esta figura sea eficaz⁵⁷².

Por otro lado, se ha creado la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación («OIRESCon») por mandato del artículo 332 LCSP cuya función es la de velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades, en relación con la contratación pública. Será interesante analizar cómo este órgano ejerce su competencia para aprobar instrucciones interpretativas, de carácter vinculante para todas las entidades del sector público, y recomendaciones en materia de modificación de los contratos⁵⁷³.

⁵⁷⁰ Por ejemplo, artículo 6 de los Pliegos Generales de 1846, el art. 11 de los Pliegos Generales de 1900 y 1903.

⁵⁷¹ En esos términos se pronuncia el Consejo de Estado español en su Memoria del año 1992, p. 177.

⁵⁷² En ese sentido MOREO MARROIG, T., 2017, p. 539.

⁵⁷³ Un ejemplo de ello es la Resolución de 6 de marzo de 2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, por la que se publica la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

En segundo lugar, existen mecanismos de control encaminados a la detección de irregularidades. Estos mecanismos pueden ser tanto de carácter interno como externo y de carácter institucionalizado o no institucionalizado.

Entre los mecanismos internos institucionalizados destaca el papel de la Intervención, mientras que de carácter institucionalizado, pero externo, destaca el Tribunal de Cuentas, al que, conforme al artículo 335.2 LCSP, se deben comunicar las modificaciones contractuales⁵⁷⁴. Respecto a este último control, hay que manifestar que muchas veces llega tarde y es incompleto. La detección del Tribunal de Cuentas llega años después de producirse la modificación. Por ejemplo, a finales de 2014 se aprueba el Informe de 2012⁵⁷⁵.

La LGP establece la obligación a todo el sector público estatal de rendir las cuentas al Tribunal de Cuentas (art. 137 LGP). Para ello se debe enviar a la IGAE tanto las cuentas como el informe de auditoría en los siete meses desde el cierre del ejercicio. El IGAE lo remitirá al Tribunal de Cuentas al mes siguiente.

Ahora bien, no se trata de una fiscalización total, sino acotada a unas muestras determinadas. Tampoco se exige la remisión de los contratos menores⁵⁷⁶. El Tribunal de Cuentas destaca que *«son significativos los incumplimientos y demoras respecto al envío de las comunicaciones sobre las incidencias en la ejecución de los contratos, así como sobre la finalización de los mismos»*⁵⁷⁷.

El resultado de la fiscalización del Tribunal de Cuentas puede dar lugar a la redacción de recomendaciones a adoptar. Pero también puede dar lugar a la denuncia ante la autoridad competente cuando se observen responsabilidades penales, disciplinarias o contables.

Un mecanismo de prevención institucionalizado y que ha ido adquiriendo importancia en materia de modificación de los contratos es el papel de control que realiza la oposición política. En particular, en el ámbito local han

⁵⁷⁴ La normativa del Tribunal de Cuentas recoge también la necesidad de remitirle información acerca de modificaciones. Así, la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas en sus artículos 39 y 40).

⁵⁷⁵ Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas relativo a la contratación del sector público estatal fue aprobado por el Pleno del Tribunal en diciembre de 2014, publicado en el BOE de 23 de octubre de 2015, y recoge la contratación de 2012. Del año 2012, se reciben 1.383 expedientes cuyo importe asciende a 2.739.690 miles de euros, de los cuales se fiscalizan 377, lo que supone un 27,3%, cuyo importe asciende a 1.733.364 miles de euros que representa el 63,3 % del importe total de los recibidos. Un 71% son contratos de servicios, un 21% de suministros y un 6% de obras (el resto no alcanza el 2%). Respecto a los procedimientos, un 63% son abiertos y, en el otro extremo, un 34% son negociado sin publicidad.

⁵⁷⁶ Ver presentación del Informe de fiscalización de la contratación del sector público de 2012, publicado en BOE 23 de octubre de 2015.

⁵⁷⁷ Informe del Tribunal de Cuentas, de fiscalización de la contratación del sector público de 2012, BOE 23 octubre 2015, p. 224.

sido varias las ocasiones en las que los concejales han impugnado una modificación contractual⁵⁷⁸. Por ejemplo, la impugnación de un acuerdo de restablecimiento del equilibrio de una concesión sin observar el procedimiento establecido para ello⁵⁷⁹. De la misma manera en el caso de una prórroga de un contrato para la gestión indirecta del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento mediante concesión, que los concejales impugnan por considerar que supera los límites del *ius variandi*, en este caso por su impacto en el principio licitatorio⁵⁸⁰.

También la jurisdicción contable admite que la oposición ponga en conocimiento de la Fiscalía del Tribunal de Cuentas la existencia de presuntas irregularidades en la gestión. En ese caso puede optarse por ejercer la acción pública o tener la mera condición de denunciante⁵⁸¹.

Un control apenas ejercido en España, pero con un potencial margen para ser utilizado, es el control por parte del Parlamento. De manera indirecta el Parlamento controla estas cuestiones a través del Tribunal de Cuentas que es su instrumento para el control económico-presupuestario de la Administración, pero lo cierto es que la acción Parlamentaria podría ser más intensa. Por un lado, encargar expresamente al Tribunal de Cuentas el estudio pormenorizado de casos concretos, una técnica muy utilizada en Reino Unido y Estados Unidos, a través de sus órganos de control externo, v.g los sobrecostes del Parlamento escocés «Holyrrod Inquiry». Por otro, a través de Comisiones parlamentarias cuando se trate de cuestiones políticas más que técnicas.

Antes de cerrar la sección dedicada a la detección merece la pena llamar la atención sobre otro tipo de mecanismo de detección de carácter externo y no institucionalizado: el llevado a cabo por el ciudadano y la sociedad civil en general. Hasta ahora, la falta absoluta de transparencia en la modificación del contrato ceñía las funciones de control preventivo a los órganos administrativos. Sin embargo, la situación puede cambiar gracias a las medidas de trans-

⁵⁷⁸ También admiten esta legitimación los Tribunales de recursos contractuales: Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, núm. 112/2015, 6 de febrero de 2015.

⁵⁷⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), Sala de lo Contencioso-Administrativo, 19 de marzo de 2015 (Ar. 519).

⁵⁸⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 30 de junio de 2011 (Ar. 276620).

⁵⁸¹ Es lo que ocurre en Auto del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, núm. 19/2014 de 28 de octubre (Ar. 24205). En dicho caso las actuaciones estaban prescritas cuando llegaron al Tribunal –archivo solicitado por el Ayuntamiento de Toro y secundado por el Ministerio Fiscal. Se trata de actuaciones realizadas en 2006, con informe de fiscalización del Consejo de Cuentas de Castilla y León de 2008. Ni los escritos del Grupo Municipal opositor, ni dicho informe interrumpen la prescripción. Sí lo interrumpe la actuación fiscalizadora del interventor municipal, también de 2008. Pero poco importa ya que la acción pública se plantea en 2013, habiendo transcurrido más de cinco años desde dicho informe.

parencia. En particular a la obligación de publicar las modificaciones contractuales. Obligación que se contenía ya en el artículo 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno y que ahora se refuerza por las previsiones de publicidad contenidas en la LCSP.

Los mecanismos de prevención y detección son sin duda importantes. Pero de nada servirían sin los adecuados mecanismos de reacción. Es decir, el conjunto de mecanismos que permiten luchar contra la modificación irregular de los contratos.

A pesar de su heterogeneidad, estos mecanismos tienen un elemento en común: hoy por hoy, los mecanismos de reacción se basan en la actitud de los agentes implicados ya que el sistema de controles institucionalizados rara vez sirve como palanca que ponga en marcha los mecanismos de reacción.

Normalmente tiene que ser el propio contratista o un tercero interesado el que reaccione, lo cual tiene ventajas e inconvenientes⁵⁸². La principal ventaja es que los interesados tienen un evidente interés en que el asunto sea estudiado por los órganos de control, por lo que supervisarán el impulso del proceso. El problema radica en que no siempre existirán esos incentivos, por ejemplo cuando el interesado considera que puede perder futuros contratos o si entiende que el pesado trámite de impugnar una decisión tiene un resultado incierto. Asimismo, este control de terceros sobre decisiones de contratación ha sido criticado por el efecto que puede tener en la toma de decisión dado que los agentes sólo se preocuparán de qué es legalmente defendible sin centrarse en otros criterios⁵⁸³.

Entre los mecanismos de reacción habituales tendremos los mecanismos de revisión de actos a disposición de la Administración, los recursos administrativos y contencioso-administrativos a disposición del contratista y de terceros interesados, y, finalmente, la jurisdicción contable.

En cuanto a los mecanismos de represión y reparación, nos referimos a los resortes que tiene el sistema legal tanto para castigar a los responsables de una modificación irregular como para reparar sus efectos.

Los mecanismos punitivos pueden ser de dos tipos: de carácter penal o de carácter administrativo. Por otro lado, los mecanismos de reparación son de carácter patrimonial y pueden derivar de la responsabilidad patrimonial propiamente dicha o de la responsabilidad contable.

⁵⁸² Para un estudio en detalle ver ZHANG, X., *Public Procurement Law Review*, 2007.

⁵⁸³ KELMAN, S., 1990.

Respecto a la responsabilidad disciplinaria, se parte de la disposición adicional vigésima octava de la LCSP:

«2. La infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en la presente Ley por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas dará lugar a responsabilidad disciplinaria, que se exigirá conforme a la normativa específica en la materia.»

Habrà pues que estar a lo dispuesto en las normas disciplinarias aplicables a cada una de las Administraciones.

Respecto a la responsabilidad contable, ésta no es un instrumento punitivo o sancionador, sino reparador, es decir, que se pretende el reintegro de un determinado importe. La doctrina mayoritaria considera que se trata de la responsabilidad civil extracontractual derivada del principio general de obligación de indemnizar daños previstos en el artículo 1902 CC⁵⁸⁴. Esta naturaleza patrimonial implica su compatibilidad con otras responsabilidades.

Para que concurra esta responsabilidad debe existir una actuación u omisión contraria a las leyes presupuestarias o contables, la existencia de dolo o negligencia grave, y el menoscabo de los fondos públicos (art. 49 LFTC).

En la práctica existen dos grandes obstáculos que deben ser salvados. Por un lado, siguiendo la norma general, los daños deben ser probados y cuantificados por la Administración demandante, lo que no siempre es fácil. Por otro, debe probarse la responsabilidad subjetiva, dolo o negligencia grave. En la Sentencia del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, de 28 de mayo de 2008 (Ar. 326569) señala, citando jurisprudencia anterior:

«De acuerdo con la primera [Sentencia 4/06 de 29 de marzo], la culpa o negligencia grave no se elimina siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones legales o reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, siendo preciso lo que se ha venido denominando como "agotar la diligencia".»

La Sentencia del Tribunal de Cuentas n.º 8/2014, de 24 de julio resume de la manera siguiente los puntos que considera relevantes a la hora de considerar la existencia de negligencia grave:

a) Debió prever y evitar el menoscabo originado por los controvertidos pagos y no lo hizo (por todas, Sentencia de esta Sala de Justicia 2/2003, de 26 de febrero). Esta circunstancia resulta especialmente apreciable considerando

⁵⁸⁴ En este sentido y citando jurisprudencia al respecto CUBILLO RODRÍGUEZ, C., 2008, p. 34.

que el recurrente ocupaba, precisamente, el cargo de Director-Gerente cuando ocurrieron los hechos, un puesto de contenido relevante en la gestión de los pagos de la Fundación.

b) Debió encuadrar su actividad gestora en la cualificada diligencia jurídicamente exigida para la gestión de los fondos públicos, requisito que incumplió (por todas, Sentencia de esta Sala 16/04, de 29 de julio).

c) Tampoco ajustó su conducta al «canon del agotamiento de la diligencia» que esta Sala de Justicia considera aplicable a la gestión de caudales públicos en sentencias como la 4/2006, de 29 de marzo.

Además, la jurisprudencia contable tiene dicho que los funcionarios técnicos facultativos no realizan tareas de gestión de caudales públicos por los que, en general, no están sujetos a posible responsabilidad contable. Así se pronuncia el Tribunal de Cuentas cuando señala que *«no incurr en responsabilidad contable aquellos que no tienen ninguna relación con la cuenta a rendir, como ocurre con los arquitectos y demás funcionarios que pudieran estar destinados en el servicio técnico, sin perjuicio de la existencia de otras posibles responsabilidades»*⁵⁸⁵.

Ocurre que no siempre los hechos producidos son constitutivos de alcance o malversación contable. En esos casos la Administración damnificada todavía tiene un mecanismo de reacción: la exigencia de responsabilidades patrimoniales al causante del daño. Responsabilidades que, no olvidemos, no tienen carácter sancionador sino que se trata de responsabilidad civiles de naturaleza extracontractual. La finalidad sancionadora se cubre mediante los mecanismos penales o disciplinarios correspondientes.

Una forma de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial es a través de la acción de regreso o repetición, que tampoco debe confundirse con el mecanismo de responsabilidad disciplinaria.

Sin embargo, y aunque estamos ante un mecanismo de larga tradición histórica *«la cuestión es aplicarla alguna vez»*⁵⁸⁶. Lo mismo reclama Martín Rebollo, que sostiene que en el ámbito de la modificación se debe de poner en marcha este mecanismo de responsabilidad⁵⁸⁷.

La disposición adicional vigésima octava de la LCSP establece que la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas por daños causados a la propia Administración, se

⁵⁸⁵ Sentencia del Tribunal de Cuentas, Sala de Justicia, Sección de Enjuiciamiento, núm. 3/04, de 5 de febrero (Ar. 202206).

⁵⁸⁶ ARIÑO ORTIZ, G., 1984, p. 93.

⁵⁸⁷ MARTÍN REBOLLO, L., 2004, p. 658.

exigirá con arreglo a lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público («Ley 40/2015»).

En la actualidad, el artículo 36 de la Ley 40/2015 recoge este procedimiento de responsabilidad patrimonial, si bien exige dolo, o culpa o negligencia graves en la actuación del encargado.

Por último, en relación a la responsabilidad penal, los tipos que irán normalmente asociados a la modificación de los contratos son el de prevaricación y el de malversación. Sin embargo, según Jareño Leal, el Derecho penal no ha sido una herramienta eficaz en el ámbito de la contratación⁵⁸⁸. Por lo que tampoco puede esperarse que a día de hoy lo sea para luchar contra la modificación de los contratos. Algunos casos recientes como el del Hospital Sant Pau⁵⁸⁹, el del Instituto García Cabrera⁵⁹⁰, el del Palma Arena⁵⁹¹ o el de Acua-med⁵⁹², demuestran que la modificación de los contratos es un ámbito en el que pueden darse los tipos penales asociados a la corrupción.

⁵⁸⁸ En este sentido JAREÑO LEAL, A., 2014, p. 157.

⁵⁸⁹ Véase, por ejemplo, el caso del Hospital Sant Pau. Cfr. Informe 33/2012 de la Sindicatura de Comptes, p. 44-45; y noticia en El País en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/24/catalunya/1337891204_862520.html.

⁵⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, núm. 597/2014, de 30 de julio de 2014 (rec. 20284/2012).

⁵⁹¹ La información está basada en el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3, Palma de Mallorca, de 30 de marzo de 2010 (Autos 2677/2008) que acuerda la prisión provisional del imputado.

⁵⁹² Ver http://politica.elpais.com/politica/2016/01/18/actualidad/1453149811_454509.html.

CAPÍTULO 6

INVALIDEZ DE LA MODIFICACIÓN Y TUTELA DE LOS INTERESADOS

En el presente capítulo se realiza un sucinto análisis del régimen de invalidez de la modificación contenido en la LCSP, observando que la LCSP no recoge tal régimen sino que solo contiene un régimen de invalidez de los contratos (6.1).

Ello conduce necesariamente a un intento de reconstruir el régimen de invalidez de la modificación de los contratos del sector público (6.2) y a analizar la causa de anulabilidad del contrato establecida en la LCSP que se refiere a la modificación que incumpla los artículos 204 y 205 LCSP (6.3).

Hecho lo anterior se analizan los mecanismos de reacción de los que disponen los interesados, incluyendo un breve análisis de los problemas de legitimación que pueden surgir (6.4).

Finalmente se examinan las consecuencias que una modificación irregular puede tener sobre el contrato, sobre el contratista y sobre aquellos terceros que han recurrido una modificación irregular (6.5).

6.1 INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LA MODIFICACIÓN DE LA LCSP

La modificación de un contrato público deberá ser llevada a cabo conforme a lo establecido por la legislación so pena de adolecer de un vicio invalidante. Hasta ahí, nada extraordinario respecto a lo que ocurre con cualquier actuación de la Administración o sus personificaciones, todas ellas sujetas al principio de legalidad constitucionalmente consagrado.

Ahora bien, la primera cuestión que debe abordarse es si la LCSP contiene o no un régimen de invalidez de la modificación. Pues bien, a nuestro juicio la respuesta debe ser negativa.

El régimen de invalidez contenido en los artículos 38 y siguientes de la LCSP se refiere a los contratos, no a las modificaciones. Así, expresamente señala, bajo el rótulo de «Supuestos de invalidez» que «[l]os contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, serán inválidos: a) Cuando concurra en ellos alguna de las causas que los invalidan de conformidad con las disposiciones del derecho civil; b) Cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o del procedimiento de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo a que se refieren los artículos siguientes; c) En aquellos casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado». Así pues, los artículos siguientes (arts. 39 y 40 LCSP) deben entenderse como una relación de causas de nulidad y anulabilidad de los contratos, no de las modificaciones.

En ningún momento se refiere la LCSP a la nulidad o anulabilidad de la modificación. Lo que sí hace la LCSP expresamente es establecer que ciertas modificaciones irregulares son causa de anulabilidad *del contrato adjudicado*. Así lo hace el artículo 40 LCSP, en conexión con el artículo 38, donde se establece que una modificación no conforme con los artículos 204 y 205 LCSP será una causa de anulabilidad del contrato adjudicado.

Frente a esta afirmación sería posible sostener la aplicación analógica del régimen establecido en los artículos 38 a 40 LCSP para los contratos a los supuestos de su modificación. Sin embargo, no parece que esa sea la voluntad del legislador, que cuando ha querido legislar sobre la modificación lo ha hecho expresamente (véase, por ejemplo, como en este mismo ámbito el legislador es muy selectivo a la hora de señalar qué actos son recurribles mediante el recurso especial, *vid.* artículo 44 LCSP).

Lo anterior no es obstáculo para trazar un régimen de invalidez de la modificación contractual. O, mejor dicho, sus varios regímenes, ya que éste dependerá de la entidad que modifica el contrato y del tipo de contrato modificado.

6.2 EL DOBLE RÉGIMEN DE INVALIDEZ DE LA MODIFICACIÓN

Dado que no existe un régimen de invalidez de la modificación específico, habrá que estar a las reglas generales en materia de invalidez. Ello conduce

a una primera distinción: si se trata de la modificación de un contrato adjudicado por una entidad considerada Administración pública a los efectos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («LPAC») o si no lo es.

El artículo 2.3 LPAC establece que, entre otros sujetos, tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas. Por el contrario, la LPAC no incluye como Administración pública a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes. Así pues, puede ocurrir que sean poder adjudicador, pero no se les aplique el régimen de invalidez que se describe a continuación.

Pues bien, las modificaciones de los contratos adjudicados por entidades consideradas Administraciones Públicas por la LPAC les será de aplicación el régimen de nulidades contenido en los artículos 47 y 48 LPAC y el régimen de revisión contenido en los artículos 106 a 111 LPAC. Enseguida se estudiará su aplicación a la modificación.

Por el contrario, las modificaciones de contratos adjudicados por entidades no consideradas Administración Pública por la LPAC se sujetan al régimen privado de invalidez (estas entidades solo pueden adjudicar contratos privados y no pueden imponer modificaciones con fundamento en el ejercicio de una potestad unilateral). Esto quiere decir que, como regla general, las modificaciones adolecerán de un vicio de nulidad de pleno derecho conforme a lo establecido en el artículo 6.3 del Código Civil, que establece que «[l]os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

He ahí la diferencia sustantiva más relevante entre ambos regímenes: el de Derecho administrativo (LPAC) establece como regla general la anulabilidad de los actos contrarios al ordenamiento, quedando la nulidad de pleno derecho reservada para supuestos especiales y tasados. Por el contrario, en el régimen de derecho civil la regla general será la nulidad de pleno derecho.

Puede ocurrir que estas entidades, en sus normas de creación, establezcan la aplicación de la LPAC a su actuación. Entonces sí quedarán sujetas al régimen administrativo de invalidez. Pero si eso no ocurre, si no hay tal remisión, no puede pretenderse aplicársele el régimen de Derecho administrativo. A mi juicio no es posible tampoco acudir directivamente a la LCSP, argumentando que sería de aplicación lo previsto en el artículo 41 LCSP. Ese precepto señala

que «[a] los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley. La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior». Este precepto se refiere únicamente a los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos. De nuevo, el legislador no ha querido incluir aquí la modificación del contrato, para la cual ya ha previsto una consecuencia específica (art. 40 LCSP).

Así pues, la invalidez de las modificaciones de los contratos de poderes adjudicadores que no sean Administración pública a los efectos del artículo 2.3 LPAC se rigen por la norma que establezca su norma de creación y, supletoriamente, por el derecho privado.

Se estudia a continuación el régimen de invalidez contenido en la LPAC, tratando de adaptarlo a la compleja realidad de las modificaciones contractuales.

6.2.1 Las causas de nulidad de pleno derecho de la modificación. Modificaciones contrarias a los artículos 204 y 205 LCSP y reformados anticipados

La modificación de un contrato adjudicado por una entidad considerada Administración Pública por el artículo 2 LPAC (en general, las Administraciones territoriales y su entidades de derecho público vinculadas o dependientes) puede ser considerada nula de pleno derecho si incurre en una de las causas recogidas en la lista cerrada del artículo 47 LPAC⁵⁹⁴. Así, serán nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas:

- «a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

⁵⁹⁴ Recordemos que en el Derecho Administrativo la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos es la excepción, siendo la regla general aplicable la anulabilidad. Vid. BELADÍEZ ROJO, M., «La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación», *Revista de Administración Pública*, núm. 133, 1994, pp. 155 y ss.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.»

No hay duda que muchas de estas causas serán relevantes para la modificación⁵⁹⁵. Ahora bien, la que más importancia práctica tendrá será la contenida en la letra e) de este precepto, esto es, la modificación adoptada «*prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*». Y ello porque (i) seguirá siendo aplicable a las modificaciones que superen las circunstancias y requisitos establecidos en los artículos 204 y 205 LCSP; y porque (ii); es el supuesto aplicable a las irregularidades procedimentales más relevantes. En particular, será el supuesto aplicable a los llamados reformados anticipados.

(A) *Las modificaciones que vulneren los artículos 204 y 205 LCSP*

Como se ha visto, la LCSP no ha incluido un régimen de invalidez específico para las modificaciones que vulneran los artículos 204 y 205 LCSP recordemos que la LCSP se limita a recoger el régimen de invalidez del contrato. Así pues, la situación en ese sentido sigue siendo la misma que antes de la aprobación de la LCSP.

Con carácter previo a la LCSP se dieron algunos pronunciamientos que entendieron que la modificación que no observa los límites impuestos (ahora en los artículos 204 y 205 LCSP) adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho por ser, en realidad, una *nueva adjudicación*. Por tanto, la nueva adjudicación se habría adjudicado prescindiendo totalmente del procedimiento previsto⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ En especial, pueden ser relevantes en la práctica las letras a), c), d), e) y f). Respecto a la letra g), ya hemos visto que la LCSP no establece un régimen de invalidez de la modificación propiamente dicho, sino solo un régimen de invalidez del contrato.

⁵⁹⁶ Informe núm. 18/2013, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 25 septiembre de 2013. en ese sentido también Díez SASTRE, S., 2018 (a), p. 579.

Sí que existe un pequeño matiz que, a mi juicio, no altera esta conclusión sino que incluso la refuerza. Y es que con la nueva LCSP el procedimiento que se habría omitido ante una vulneración de las previsiones de los artículos 204 y 205 LCSP es el de resolución del contrato y nueva licitación y no únicamente el de adjudicación. Así, el artículo 203 LCSP establece que si no es posible modificar el contrato conforme a las reglas del artículo 204 o 205 LCSP, *«deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley»*.

Así pues, la incorporación a un contrato de una modificación que no se pueda subsumir en los artículos 204 y 205 LCSP deberá realizarse a través de un doble procedimiento administrativo: la resolución del contrato y su nueva licitación, tal y como exige el artículo 203 LCSP. No hacerlo de esa manera supone prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

(B) *Las modificaciones que omiten total y absolutamente el procedimiento establecido*

Entre las causas de nulidad de pleno derecho más habituales en la práctica de la modificación se encuentra la que se refiere a las irregularidades de procedimiento sustanciales (recordemos: *«prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados»*). Como señala el Consejo de Estado, *«[l]a modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se constituyen como esenciales, de tal forma que, para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado, primero, y de la novación, después, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente establecido»*⁵⁹⁷.

En este supuesto de nulidad quedan subsumidas las modificaciones que se dicten con omisión de trámites esenciales. Siendo éste un concepto jurídico indeterminado, la jurisprudencia ha entendido que esta omisión debe denotar *«una inobservancia de las normas de procedimiento que afecte en su conjunto*

⁵⁹⁷ Dictamen del Consejo de Estado núm. 454/1996, de 8 de febrero de 1996.

a la sustanciación del mismo, de manera global y no meramente parcial o accidental»⁵⁹⁸.

Pues bien, a mi juicio, dentro de esta categoría deberían incluirse al menos las siguientes modificaciones irregulares:

– La ausencia de Dictamen del Consejo de Estado. En relación a la omisión total del dictamen, el propio Consejo de Estado y el Tribunal Supremo se han pronunciado a favor de la nulidad de pleno Derecho. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1980 (ar. 1869) que entiende que estamos ante un requisito esencial «*cuyo origen y naturaleza le otorgan valor fundamental como garantía del acierto jurídico de las decisiones administrativas y no como pura formalidad que fuere posible sustituir o eliminar*». La consecuencia la apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1980 (ar. 3241) que señala que debe declararse «*la nulidad de lo actuado y de las resoluciones dictadas desde que se prescindió indebidamente del cumplimiento de tal trámite esencial*»⁵⁹⁹.

Sin embargo, la omisión también ha sido declarada por el Tribunal Supremo como causa de vicio de anulabilidad y, por tanto, susceptible de convalidación. Por ejemplo, la Sentencia de 27 de febrero de 2008, señala que aunque se aprobó la modificación sin solicitar informe del Consejo de Estado, sí que se solicitó a posteriori, y como este fue favorable a la modificación en nada hubiera cambiado el resultado final⁶⁰⁰. Por tanto, sólo sería nulidad absoluta si hubiese merecido el parecer negativo del Consejo de Estado⁶⁰¹.

En una aproximación demasiado laxa, la jurisprudencia ha aceptado casos de aprobación condicionada, esto es, cuando la eficacia del acuerdo de aprobación queda condicionada al informe favorable del Consejo de Estado⁶⁰².

– Los reformados anticipados⁶⁰³. Esta figura se refiere a aquellos supuestos en los que se introducen modificaciones «*sin esperar a su aprobación y contraviniendo de forma flagrante el procedimiento legalmente establecido*»⁶⁰⁴.

⁵⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 6 de julio de 2012, rec. 288/2011

⁵⁹⁹ En el mismo sentido el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 328/2013 al entender que se da la nulidad radical e insubsanable ya que el modificado estaba aprobado antes de solicitar el dictamen.

⁶⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 27 de febrero de 2008 (EDJ 2008/13741).

⁶⁰¹ Dictámenes del consejo de Estado núms. 43/2000 y 72/200, que consideran que tan solo es nulidad absoluta si hubiese merecido el parecer negativo del Consejo.

⁶⁰² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 27 de febrero de 2008 (EDJ 2008/13741).

⁶⁰³ Estudiado monográficamente por GONZÁLEZ BOTIJA, F., y RODRÍGUEZ MORILLA, J. A., 2018.

⁶⁰⁴ Dictamen n.º 454/1996, del Consejo de Estado. En ese Dictamen el Consejo de Estado recuerda que en su doctrina «*ha venido recordando de modo reiterado la necesidad de que se cumplan las disposi-*

A mi juicio, la permisividad del Consejo de Estado ante estas situaciones fue la causa principal de que esta práctica se extendiese. En lugar de proceder a informar desfavorablemente, se limita a aceptar la aprobación de la modificación propuesta, aunque apunte a posibles responsabilidades. Tomando como ejemplo el Dictamen n.º 454/1996, este señala:

«Tales anomalías, que contravienen frontalmente las prescripciones legales, han trascendido al aspecto de financiación de la obra pública, pues, como aduce el propio informe de la Intervención General, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la retención del consiguiente crédito presupuestario adecuado y suficiente, acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado expedido por el Jefe de Contabilidad procedente.

Por todo ello, el Consejo de Estado, en el ejercicio de su función garantista, aprecia –por razones de interés público– la conveniencia de formalizar la aprobación de la modificación propuesta, si bien ello no obsta las consideraciones realizadas en torno a las anomalías detectadas, ni releva al Departamento ministerial de la obligación de incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir, por ejecutar obras no autorizadas»⁶⁰⁵.

Es decir, el Consejo de Estado informa favorablemente una modificación que, en sus propias palabras, «*contraviene frontalmente las prescripciones legales*».

– A mi juicio también debe entenderse como merecedora de nulidad de pleno derecho la modificación verbal del contrato que no se recoja por escrito en tanto que es el ejemplo más claro de omisión total y absoluta del procedimiento legal establecido⁶⁰⁶. Otros vicios de forma menos grave habrá que reconducirlos al supuesto de anulabilidad del artículo 48.2 LPAC.

– También es posible argumentar que la omisión de la audiencia del contratista es causa de nulidad de pleno derecho en el ámbito de la modificación de los contratos, por la importancia que tiene la postura de éste en la nueva configuración legal de la modificación.

ciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues como apuntan los dictámenes n.º 1.281/94, de 21 de julio de 1994, y 1.834/95, de 11 de octubre de 1995, «la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública»; sin que puedan conferir virtualidad justificativa alguna al quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, razones de urgencia o de eficiencia económica, como las argüidas en la presente consulta».

⁶⁰⁵ Dictamen del Consejo de Estado núm. 454/1996, de 8 de febrero de 1996.

⁶⁰⁶ Informe núm. 18/2013 Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, 25 de septiembre de 2013. Repárese en que uno de los evaluadores anónimos que valoró esta obra antes de su publicación sostuvo que la modificación verbal del contrato no suponía una infracción procedimental.

Sin embargo, siguiendo la doctrina mayoritaria, incluiremos la omisión del trámite de audiencia como un vicio de anulabilidad, analizando esta cuestión en ese punto.

6.2.2 Las causas de anulabilidad de la modificación

En aquellas ocasiones en las que el vicio invalidante no pueda ser subsumido entre las causas que dan lugar a la nulidad de pleno derecho del acto, habrá que entender que nos encontramos ante un vicio de anulabilidad⁶⁰⁷.

El artículo 48 LPAC establece que serán anulables los actos (y por tanto las modificaciones) que:

(i) Incurran en «*cualquier infracción del ordenamiento jurídico*» que no suponga un vicio comprendido entre los que dan lugar a la nulidad de pleno derecho. La nulidad de pleno derecho aparece así como el supuesto excepcional limitado a unas causas tasadas y de interpretación estricta⁶⁰⁸.

Nótese que, según lo que hemos sostenido en el apartado anterior, una modificación que vulnere los artículos 204 y 205 LCSP será una modificación nula de pleno derecho por suponer una nueva adjudicación que omite por completo los trámites establecidos.

(ii) Defectos de forma cuando el acto (la modificación) carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. No serán actos de modificación anulables los que carezcan de requisitos formales no esenciales. En ese caso serán meras irregularidades no invalidantes.

García Luengo recoge un catálogo ejemplificativo de las principales infracciones formales y procedimentales que podrían subsumirse en este supuesto. Así, incluye vicio de incompetencia, la concurrencia de causas de abstención, el error en la elección del procedimiento, la falta de la debida audiencia a los interesados, la falta de la debida audiencia pública, la ausencia de informes o valoraciones técnicas, las irregularidades que afectan a la forma del acto o las infracciones que afectan a la motivación⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ BELADIEZ ROJO, M., *Revista de Administración Pública*, 1994, p. 158: «... la frontera entre ambas viene delimitada por los supuestos de nulidad...».

⁶⁰⁸ El Consejo de Estado, en su Dictamen n.º 997/2002, de 11 de julio, señala que «según reiterada doctrina de este Consejo de Estado, los vicios de nulidad radical deben ser objeto de una interpretación estricta, de manera que, dentro de la teoría de la invalidez, la anulabilidad se erige en la regla general frente a la excepción que es la nulidad radical o de pleno derecho».

⁶⁰⁹ Sobre las infracciones formales GARCÍA LUENGO, J., 2016, pp. 125 a 188.

En este apartado se encontraría la infracción consistente en la omisión del trámite de audiencia al contratista⁶¹⁰. Así, con carácter general, en procedimientos que no tienen carácter sancionador, los Tribunales vienen entendiendo que la omisión del trámite de audiencia sólo produce la invalidez cuando existe indefensión y que dicha invalidez consistiría en la nulidad relativa del acto. Resume la cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2012 (rec. 6469/2012) citando otras previas:

«la omisión del trámite de audiencia en procedimientos no sancionadores no constituye en sí misma o por sí sola ninguna de las dos causas de nulidad de pleno derecho previstas en las letras a) y e) del número 1 del artículo 62 de la Ley 30/1992, sino que queda regida por la previsión del número 2 del artículo 63 de la misma Ley, de suerte que sólo determinará la anulabilidad del acto dictado en el procedimiento en que se omitió si dio lugar a una indefensión real y efectiva del interesado (...) han de valorarse las circunstancias singulares de cada caso en concreto, incluidas las posibilidades de defensa que haya podido proporcionar el propio procedimiento administrativo en que se omitió aquel trámite, el recurso administrativo, si lo hubiere, y el mismo recurso jurisdiccional.»

Es decir, no se produce indefensión cuando el interesado «*ha tenido ocasión de alegar en vía administrativa todo lo que considerase oportuno, aunque sea a través del recurso de reposición, y en ésta del recurso jurisdiccional*»⁶¹¹.

En esa línea, el Consejo de Estado en Dictamen núm. 40/1994, de 21 de abril, considera que no se requiere audiencia cuando el contratista es el que ha instado la modificación y ésta se lleva a cabo según los datos suministrados por aquél⁶¹².

En el caso de la modificación del contrato debiera producirse una matización de dicha doctrina, sin que sea procedente trasladar al administrado la carga de probar que una irregularidad administrativa grosera le ha causado indefensión.

En primer lugar, por el marco contractual en el que se lleva a cabo la modificación (el ejercicio de la *potestas variandi* desfigura ese marco, pero no puede suponer una completa supresión del mismo). No es aceptable que la Administración «se olvide» de recabar la opinión de su contraparte contractual respecto de un acto que va a tener un impacto directo en la relación jurídica bilateral y frente al que, además, el contratista tiene derecho a manifestar su oposición (oposición que en ciertas ocasiones le situará en una posición jurídica más beneficiosa).

⁶¹⁰ Este apartado se modifica, matizándolo y ampliándolo, a raíz de los comentarios de uno de los evaluadores anónimos.

⁶¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 17 de marzo de 1989 (Ar.2234). En sentido contrario la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 3 de julio de 2015 (rec. 3841/2013) entendiendo que no cabe subsanar el defecto de falta de audiencia del interesado en la fase de recurso. Ésta no es, ni mucho menos, una cuestión pacífica.

⁶¹² Dictamen del Consejo de Estado, núm. 40/1994, de 21 de abril de 1994.

En segundo lugar, por el hecho de que, tal y como ha quedado configurada la modificación contractual, el trámite de audiencia se convierte en un trámite esencial no sólo como garantía del contratista, sino también de la Administración, que goza de gran margen de apreciación en el ejercicio de la potestad de modificación contractual. No puede perderse de vista que una modificación sustantiva podría incluso llegar a ser causa de resolución contractual. Así pues, la audiencia del interesado permite a la Administración contar con el punto de vista del contratista en el ejercicio de una potestad de marcado carácter discrecional.

Además, la audiencia debe producirse cuando ya se disponen de todos los elementos de juicio necesarios para el contratista. En ese sentido, el Consejo Consultivo de Madrid implícitamente señala que en caso de que los informes jurídicos y de intervención se emitiesen con posterioridad al trámite de audiencia podrían causar indefensión si introducen algún nuevo elemento⁶¹³.

También como defecto de forma causantes de anulabilidad suelen tratarse los vicios relacionados con la motivación del acto. Además de las causas habituales (no justificación de la necesidad de ejercer una potestad administrativa) en el caso de las modificaciones puede tener un papel importante los supuestos de aprobación de una modificación donde no se informe al contratista del cálculo (aunque sea estimado) de su magnitud tanto en términos absolutos como porcentuales respecto del precio inicial.

Puede argumentarse que si el órgano de contratación, que es el encargado de realizar ese cálculo, lo omite o, sin omitirlo, incluye una cifra del todo alejada de la realidad, la modificación del contrato debiera reputarse inválida⁶¹⁴. No puede perderse de vista que el sistema normativo de la modificación sitúa la magnitud de ésta en términos cuantitativos no solo como elemento esencial del propio modificado (cuestión de fondo), sino también como factor que determina el procedimien-

⁶¹³ Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, núm. 417/12, de 4 de julio de 2012.

⁶¹⁴ En la versión inicial de este escrito se sostuvo que este vicio podría ser calificado de un vicio de nulidad radical (por inobservancia de un trámite esencial), por omitirse un elemento (la cuantificación de la magnitud) determinante del procedimiento que debe seguir la modificación e, incluso, de la posibilidad misma de llevar a cabo la modificación. Sin embargo, a raíz de un comentario de uno de los evaluadores anónimos, ese planteamiento se ha modificado reconduciendo la cuestión hacia una cuestión de anulabilidad. En concreto, la omisión de la cuantificación de la modificación se incorpora aquí como un defecto de motivación y no como una infracción procedimental esencial.

La consecuencia jurídica más relevante en la práctica es la teórica posibilidad de subsanación que tendrá la Administración si consideramos que se trata de un vicio de anulabilidad. En ese sentido es interesante traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 2 de noviembre de 2017 (rec. 2708/2015) recordando que el vicio de motivación defectuosa no puede ser subsanado mediante la elaboración por la Administración de nuevos informes en vía de recurso administrativo.

to que debe seguirse y el tratamiento jurídico de la propia modificación (qué dictamen se requiere, qué posibilidades de oposición tiene el contratista, etc).

Lo que a mi juicio ya no es admisible es la práctica de aprobar la modificación sin cuantificarla previamente. Antes eso era posible porque, de acuerdo con la visión dominante, la modificación afectaba exclusivamente al contratista. Ahora, con la aproximación licito-céntrica impuesta, la cuantificación de la modificación es un elemento de protección del propio sistema y, en particular, de la licitación inicial.

(iii) Incurran en desviación de poder. Esta figura podría jugar un papel importante a la hora de combatir modificaciones unilaterales del contrato⁶¹⁵. Dado que la mayoría de las modificaciones se llevan a cabo a través de la potestad de modificación (*ius variandi*) el campo de aplicación de la desviación de poder es grande. Por ejemplo, que se acuerde la modificación sin que exista un interés público detrás de ello, sino sólo el interés de compensar por una oferta extremadamente baja. Así, se utiliza una potestad (modificar unilateralmente el contrato) para un fin distinto (compensar al contratista) no perseguido en la norma habilitante del ejercicio de la potestad.

Sin embargo, la jurisprudencia suele exigir «un ánimo predeterminado» en el funcionario que ejerce la potestad con otro fin que no es el que determina la ley. Como señala la profesora Chinchilla, «*si la Administración no persigue ese apartamiento, pero de hecho se produce, el acto será ilegítimo, pero entonces ya no estaremos ante una desviación de poder, sino ante un error de hecho o de derecho, cuya técnica de fiscalización será el control de los hechos determinantes*»⁶¹⁶. Así, se eleva un muro muchas veces insalvable que convierte a la figura de la desviación de poder en un instrumento escasamente utilizado⁶¹⁷.

Un ejemplo de desviación de poder en un caso de modificación contractual se puede encontrar en una modificación cuya finalidad real fue «*solucionar un problema económico que tenía pendiente el ayuntamiento, por sus propios errores, al haber paralizado el aparcamiento ante diversas protestas, al haber dejado que el Clínico ocupase su parcela con unos depósitos y al no*

⁶¹⁵ La desviación de poder no es más que el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Sobre la desviación de poder, el ya clásico CHINCHILLA MARÍN, M. C., 2004.

⁶¹⁶ CHINCHILLA MARÍN, M. C., 2004, p. 127.

⁶¹⁷ En este sentido, han surgido voces que defienden una objetivización en la aplicación de la desviación de poder (Cfr. DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, 1999). Esa objetivización pasa porque no sea necesario probar la conducta o intención sino sencillamente el hecho de que se ha producido una desviación. De hecho, cierta jurisprudencia parece adoptar una postura menos rígida respecto a la prueba sobre la intención de los actos. Ahora se exige prueba del vicio meramente suficiente (un resumen en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 23 de octubre de 2010 (rec 2970/2006).

haber reaccionado tampoco dando alternativas eficaces, al tiempo que la propia EPSA eludía sus propias responsabilidades»⁶¹⁸.

A diferencia de las modificaciones nulas, las modificaciones anulables son ineficaces con carácter *ex nunc* y por tanto sí son válidos los efectos desplegados hasta el momento de la declaración de anulabilidad. Además, existirán cuatro años de plazo para llevar a cabo su revisión.

También habrá que tener en cuenta la posibilidad de que una modificación que se declare anulable se convalide mediante la aprobación de una nueva modificación que no incurra en los vicios de la declarada anulable (artículo 52 LPAC). Esta convalidación no siempre será posible. Por un lado, Fernández Farreres recuerda que la convalidación solo se puede dar cuando se trata de vicios procedimentales y formales⁶¹⁹. Pero, además, tampoco será posible convalidar la modificación irregular cuando físicamente sea imposible remover las consecuencias de una modificación anulable, v.g. obras ya ejecutadas fundamentales para la ejecución del contrato.

6.3 LA ANULABILIDAD DEL CONTRATO ANTE UNA MODIFICACIÓN CONTRARIA A LOS ARTÍCULOS 204 Y 205 LCSP

El artículo 40 LCSP establece, entre las causas de anulabilidad de los contratos de los poderes adjudicadores, lo siguiente:

«Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En particular, se incluyen entre las causas de anulabilidad a las que se refiere el párrafo anterior, las siguientes:

a) El incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos en los artículos 204 y 205.

(...).»

El alcance de este precepto debe entenderse reducido a los contratos de los poderes adjudicadores. Esta causa de anulabilidad del contrato no afectará,

⁶¹⁸ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Zaragoza, de 16 de marzo de 2012, núm. 93/2012 (Ar. 276)

⁶¹⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, G., 2018, p. 822.

por tanto, a los contratos de las entidades del sector público que no son poder adjudicador, a los que se aplicará el régimen de derecho privado (recordemos que a estos contratos no le son aplicables las reglas sobre la modificación).

El precepto establece que una modificación que vulnere las «*circunstancias y requisitos*» de los artículos 204 y 205 LCSP traerá consigo la anulabilidad del contrato. Este será el caso de las modificaciones que superen los umbrales fijados o que apliquen de manera incorrecta las circunstancias habilitantes previstas⁶²⁰.

La tacha de invalidez se predica del contrato y no de la modificación, lo cual es de la máxima relevancia práctica. Al no existir un régimen de invalidez de la modificación en la LCSP se hace necesario articular el régimen de la modificación (arriba descrito) y el régimen de anulabilidad del contrato aquí apuntado. Pues bien, a mi juicio, la manera de articularlo es a través de un doble análisis que, por el principio de eficacia, debiera llevarse a cabo en el marco del mismo procedimiento.

Primero se examina la modificación y se determina el vicio del que adolece. Hecho lo cual se estará ante uno de los siguientes escenarios:

a) Si el vicio de la modificación, por la que se anula ésta, no consiste en haber vulnerado los artículos 204 y 205 LCSP entonces habrá que examinar si el contrato seguirá subsistiendo sin dicha modificación. De ser así, el contrato seguiría ejecutándose como hasta el momento anterior a ser modificado. Si no es posible, entonces habrá que resolver el contrato -sin que éste sea calificado de inválido. Sencillamente se habría hecho imposible su ejecución en los términos inicialmente pactados (artículo 211 LCSP).

b) Si el vicio de la modificación es la vulneración de los artículos 204 y 205 LCSP, entonces el contrato inicial adolece del vicio de invalidez del artículo 40 LCSP y será, por tanto, anulable. Ya no es necesario un posterior análisis de los efectos de la modificación en el contrato como en el caso anterior. Aquí la LCSP prevé un castigo más severo, incluyendo expresamente el supuesto de anulabilidad del contrato basado en esta vulneración. Es más, aquí no cabe la mera resolución del contrato y la aplicación de sus efectos: la solución legislativa elegida es la anulación del contrato.

Esta configuración de la LCSP conduce a un castigo verdaderamente severo en caso de modificaciones que vulnere los artículos 204 y 205 LCSP. Así, podría ocurrir que una modificación que apenas sobrepasase los umbrales

⁶²⁰ Durante el trámite parlamentario se trató de incluir este apartado entre las causas de nulidad de pleno derecho del contrato (enmienda 1.048 del Grupo Parlamentario Vasco). Sin embargo, ello no acabó en el texto final y la invalidez de estos casos ha quedado ceñida a una causa de anulabilidad.

fijados en los artículos 203 y 204 LCSP tuviese un efecto devastador sobre la relación contractual. Claro está que ello incentivará a las partes contratantes a ser más prudentes con la modificación, pero el diseño es, a mi juicio, totalmente desproporcionado y ajeno a la realidad práctica de la contratación.

Creo que es posible realizar una interpretación de este precepto que contribuya a limitar los efectos que tendría en el contrato la declaración de nulidad de una modificación derivada de su vulneración de los artículos 204 y 205 LCSP, modulando el dogma licito-céntrico con la finalidad de preservar la relación contractual y proteger los intereses públicos por ella perseguidos.

Pues bien, considero que son varios los elementos que permiten examinar caso por caso estas modificaciones. En primer lugar, los principios de conservación del contrato, de seguridad jurídica y de proporcionalidad deberían ser tomados en cuenta en el análisis de la situación. En segundo lugar, considero que alguna relevancia debe tener la clasificación de este vicio como un vicio de nulidad relativa y no absoluta. Puede ser éste un buen ámbito donde aplicar la posibilidad de sanación del vicio que la teoría general de las nulidades atribuye a la anulabilidad (y niega a la nulidad de pleno derecho). Ello permitiría que, una vez declarado el vicio de la modificación se pudiera examinar si el contrato puede seguir subsistiendo sin ella. Se equipararían así los dos escenarios (a) y (b) descritos más arriba, lo cual además encajaría de manera más lógica y natural con las categorías jurídicas del derecho español y con la realidad práctica de la contratación pública.

Al margen de todo lo anterior, tal y como queda configurado el sistema cabe preguntarse si se trata de un supuesto de invalidez sobrevenida o si, por el contrario, debe entenderse como un supuesto de invalidez en el origen.

Afirmar que se trata de un vicio de origen tiene sentido si se atiende al espíritu licitocéntrico que impera en la norma y del que venimos dando cuenta. En efecto, lo que subyace a esta decisión del legislador es la idea de que, si se ha tenido que hacer una modificación tan sustancial del contrato adjudicado es, en realidad, porque tal contrato no estuvo bien diseñado *ab initio* y por ello la licitación mediante la que se adjudicó no reflejó la realidad y las necesidades del órgano de contratación.

Si nos desprendemos de ese condicionante licitocéntrico, entonces parece que estaríamos ante un supuesto en el que, un contrato que nace sin tacha de invalidez alguna, es posteriormente modificado de manera contraria al ordenamiento. Así entendido parece que la norma ha diseñado un supuesto de invalidez sobrevenida en el sentido en que la describe el profesor Cano Campos:

«Como he señalado en otro lugar, no veo ningún obstáculo dogmático a la posibilidad de que un acto administrativo que cuando se dicta es plenamente

conforme a Derecho devenga antijurídico y, por ello, inválido como consecuencia de un cambio en las circunstancias de hecho o de Derecho que se tomaron como base o fundamento cuando se dictó. Cuando cambian o se alteran los presupuestos de hecho o de Derecho que sirvieron de base para dictar el acto, la valoración que la Administración realizó al dictarlo no se vuelve errónea, pero, debido al desarrollo de las circunstancias, el acto presenta ahora un contenido que ya no se adecua al Derecho actualmente en vigor.»⁶²¹

El contrato, válidamente preparado y adjudicado, sobreviene anulable debido a su modificación irregular. Esa modificación empuja al contrato mismo fuera del ordenamiento. En cierta medida se puede afirmar que la invalidez de la modificación (que se rige por las categorías generales de la invalidez) contamina al propio contrato, que adolecerá entonces de un vicio de anulabilidad. Es decir, el vicio, entendido como «*desajuste estructural real entre el acto y el ordenamiento jurídico*»⁶²², aparece en un momento dado de la vida del contrato que está muy alejado de su nacimiento.

La calificación de este vicio como causa de anulabilidad tiene efectos sobre todo en el ámbito de los mecanismos de reacción frente a esta irregularidad, que serán los propios de los vicios de anulabilidad (plazo para reaccionar contra el mismo, procedimiento de revisión consistente en la declaración de lesividad, etc.).

En ese sentido sí quiere llamarse la atención sobre la posible incompatibilidad de esta elección legislativa con el Derecho de la Unión Europea.

Así, podría argumentarse que la elección del legislador por un régimen de anulabilidad del contrato en estos supuestos es contrario al Derecho de la Unión Europea en la medida en que supone limitar sus efectos. Y ello porque, al tratarse como causa de anulabilidad se está limitando en el tiempo la posibilidad de depurar este vicio: pasados cuatro años, no existe un mecanismo nacional que permita depurar un contrato modificado vulnerando las Directivas. Así ocurriría, por ejemplo, si se produce una modificación sustancial no conforme con los artículos 204 y 205 LCSP, pero transcurren cuatro años desde su adopción. Entonces no será posible su revisión, consolidándose una situación contraria al ordenamiento europeo. La única manera de salvaguardar la conformidad con el Derecho europeo será si se procede a resolver el contrato.

Una posible solución, aunque creo que no satisfactoria, es acudir al artículo 47.1 LCSP, que introduce una novedad interesante derivada de la europeización de esta materia. La letra g) de dicho precepto considera nulo de

⁶²¹ CANO CAMPOS, T., 2017, p. 40.

⁶²² Seguimos aquí la idea de invalidez utilizada por ALONSO IBÁÑEZ, M. R., 2017, p. 7.

pleno derecho el contrato en el que se produzca «[el] incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

El precepto se refiere al recurso por incumplimiento previsto en los artículos 258 y siguientes del TFUE. Imaginemos que en el ámbito de una concesión a largo plazo y ante una modificación sustancial de la misma, la Comisión Europea impulsa un procedimiento de infracción. Tras ese procedimiento, si la Comisión no queda satisfecha, interpondrá una acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia.

6.4 MECANISMOS DE REACCIÓN DE LOS INTERESADOS

Tras analizar el régimen de invalidez de las modificaciones es momento de estudiar qué mecanismos tienen a su disposición los distintos interesados. En concreto se estudiará el régimen de revisión y el régimen de recursos, específicamente el recurso especial en materia de contratación.

6.4.1 La revisión del acto por los órganos de contratación

El mecanismo del que disponen los órganos de contratación para tratar de depurar un vicio derivado de una modificación es la revisión de los actos inválidos.

En ese sentido hay que diferenciar entre la revisión *del contrato* motivada por la concurrencia de una causa de anulabilidad (art. 40 LCSP) y la revisión *de la modificación* en sí misma.

Respecto a la revisión del contrato, éste es un mecanismo disponible para todas las entidades del sector público aunque no sean Administración Pública. El artículo 41.1 LCSP establece que «[a] los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley». De esta manera es razonable sostener que el precepto estaría extendiendo el régimen de revisión a las entidades del sector público. Así pues, la causa de anulabilidad del contrato contenida en el ar-

título 40 LCSP puede fundar la revisión del contrato por parte de todos los órganos de contratación.

Al ser un vicio de anulabilidad, la revisión del contrato cuando se haya incurrido en una vulneración de los artículos 204 y 205 LCSP se producirá mediante la declaración de lesividad. Su regulación se contiene en el artículo 107 LPAC y, como es sabido, incluye un doble trámite: la declaración de lesividad del acto y su posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁶²³.

El artículo 42 de la LCSP establece que la sentencia que resuelva este procedimiento de revisión puede declarar: (i) la anulación del contrato; (ii) su posible liquidación; (iii) restitución de prestaciones entre las partes o devolución de su valor; (iv) posible indemnización de daños y perjuicios si hubiese una parte culpable de la situación; (v) posible continuación de los efectos del contrato en caso de que de su anulación produjese un grave trastorno al servicio público.

Cuestión distinta –y más compleja– es la revisión de las modificaciones y no de los contratos. Si con anterioridad se ha apuntado que la LCSP no contiene un régimen de invalidez de la modificación (solo se refiere a la invalidez del contrato), tampoco contiene la LCSP un régimen de revisión de las modificaciones⁶²⁴.

Por tanto, la revisión de la modificación deberá atender al régimen general. Ello tiene como consecuencia que la LPAC solo será de aplicación a las Administraciones públicas y entidades de derecho público vinculadas o dependientes (art. 2 LPAC), sin que sea de aplicación aquí la remisión del artículo 41 LCSP para los supuestos de invalidez del contrato.

El resto de poderes adjudicadores deberán acudir a los procedimientos que en cada caso le sean de aplicación –habitualmente la norma de creación lo

⁶²³ Interesa destacar el apartado segundo y tercero de ese precepto:

2. *La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 82.*

Sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso, si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos.

3. *Transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo.*

⁶²⁴ Nótese que el apartado primero del artículo 41 LCSP se refiere exclusivamente a la revisión «de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos». Y el apartado tercero del mismo artículo vuelve a mencionar la declaración de nulidad o lesividad «de los actos a que se refieren los apartados anteriores».

específica o recoge un procedimiento propio y, de no hacerlo, habrá que estar a las normas de derecho privado.

En todo caso, a mi juicio, cualquier entidad del sector público debe poder revisar por razones de legalidad sus decisiones previas.

Las entidades consideradas Administración Pública según la LPAC acudirán directamente a los mecanismos de la revisión de oficio de actos nulos o a la declaración de lesividad de los actos anulables cuyo régimen se encuentra en los artículos 106 y 107 LPAC, respectivamente, con los límites determinados en el artículo 110 LPAC. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de una modificación por la que se elevó el precio del contrato, al entender que hubo un error al redactar los pliegos. Tiempo después se revisó de oficio esa modificación, algo que el Consejo de Estado aprueba por ser el único mecanismo «*aplicable por razón del tiempo*»⁶²⁵.

En cuanto a la declaración de lesividad, el Tribunal Supremo aborda un caso en que el Gobierno de Cantabria había puesto en marcha el procedimiento de declaración de lesividad y posterior contencioso frente a un Acuerdo por el que se modificaba el contrato de concesión de obra pública de puerto pesquero con el fin de mantener la tasa interna de retorno de la inversión (se aumentaba el número de amarres de 540 a 859, se incrementaban tarifas un 15% y el plazo concesiona hasta los 49 años). El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y confirma la sentencia de instancia, que había afirmado lo siguiente:

«La antedicha alteración sustancial del contrato, basada esencialmente en las circunstancias imprevisibles que la profundidad de la crisis económica ha supuesto para la financiación externa de obras públicas, implica la vulneración de los principios de igualdad y concurrencia, previstos en los arts. 11 y 230.2 del TRLCAP, pues actuando sobre una materia de derecho dispositivo (las medidas que se pueden adoptar para obtener el reequilibrio económico del contrato), ha incidido de tal manera sobre la financiación de las obras (garantía y cobertura de la misma, subvención indirecta y préstamo participativo) que no ha permitido a los licitadores intervinientes y a otros potenciales presentar ofertas con pleno conocimiento de causa. Las referidas medidas han supuesto, además y en dicho contexto, una vulneración de lo dispuesto en el art. 230 del TRLCAP en relación con las Cláusulas 3 y 31.bis del PCAP.»⁶²⁶

Otro ejemplo de revisión es el de la ampliación del plazo de la concesión de la terminal pública de contenedores del Puerto de Tenerife. En 2005, tras la declaración de lesividad de diciembre de 2004, se planteó demanda de lesivi-

⁶²⁵ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 1409/1992, de 4 de marzo de 1993.

⁶²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 8 de octubre de 2014 (EDJ 2014/180814).

dad. En primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia estima el recurso, anulando el acto impugnado de ampliación. Ante ello se interpone recurso de casación, que es desestimado, señalando el Tribunal Supremo que esa ampliación es contraria al principio de concurrencia, criterio esencial de las normas de contratación⁶²⁷.

En sentido similar la modificación de una concesión de obra pública a través de la aprobación en 2011 de una nueva interpretación de los límites retributivos del PCAP que suponían un aumento de remuneración para el concesionario. Ante esa situación, la Administración declara en 2014 la lesividad de ese acto por considerarlo contrario a los intereses generales. La Sala juzgadora estima la postura de la Administración, y señala que:

«Y también debemos estimar que la interpretación efectuada en la Resolución de 1 de junio de 2011 es contraria al principio de igualdad de trato que la Administración ha de dispensar a todos los licitantes, en tanto que esa interpretación supuso una modificación de facto de las cláusulas particulares que rigen el contrato concesional, de forma que con tal interpretación se dispensa a la concesionaria y se producen unos efectos distintos de los establecidos en el contrato y Pliego de Condiciones para el resto de licitantes, lo cual carece de total justificación.

Y nótese que es precisamente esa interpretación la que produce ese trato diferenciado motivo por el cual tiene todo su alcance y sentido la declaración de lesividad efectuada por la Administración contra esa Resolución de 1 de junio de 2011.

Llegados a este punto cumple estimar el recurso y anulamos la Resolución del Conseller de Vivenda y Obres Públiques de 1 de junio de 2011, que aprobaba los criterios interpretativos de los límites retributivos del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares de la «Concesión de la obra pública desdoblamiento de la carretera Ibiza-San Antonio.»⁶²⁸

En definitiva la revisión de las modificaciones por la propia Administración es una cuestión que se ha venido produciendo con naturalidad.

En cualquier caso, siempre debe partirse de la excepcionalidad de esta potestad de revisión. El Tribunal Supremo recuerda que *«la doctrina sentada por este Tribunal configura dicho procedimiento como un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con*

⁶²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 8 de marzo de 2011 (Ar.2275).

⁶²⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, Sala Contencioso-Administrativo, de 7 de octubre de 2015 (Ar.242133).

el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva»⁶²⁹.

Así, la revisión por la Administración de sus propios actos se configura en nuestro ordenamiento como una potestad que tiene su fundamento en la más general autotutela decisoria de la Administración⁶³⁰. Tanto es así que el Tribunal Supremo ha calificado esta potestad de revisión como «*manifestación extrema de la autotutela administrativa*»⁶³¹. En el caso de la revisión de los actos viciados, la autotutela administrativa se pone al servicio del principio de legalidad. Es decir, se trata de un mecanismo que permite a la Administración dar cumplimiento –tardío, pero cumplimiento al fin y al cabo–, a su obligación constitucional de «*sometimiento pleno a la ley y al Derecho*» (artículo 103.1 CE).

Ahora bien, además de manifestación extrema de la autotutela administrativa, el Tribunal Supremo también ha calificado a la revisión de los actos como «*facultad excepcional*»⁶³². Esta excepcionalidad de la revisión tiene su origen en el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 CE. La principal consecuencia de esta excepcionalidad de la revisión es la necesidad de su aplicación restrictiva. Así, al plantear la posible revisión de un acto existen «*importantes límites y condicionantes*»⁶³³.

Todo lo anterior muestra una constante que acompaña el estudio de la revisión: el choque entre el principio de legalidad, que persigue una depuración de los actos ilegales, y el principio de seguridad jurídica, que vendría a obstaculizar esa depuración en aras de mayor certeza⁶³⁴.

⁶²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 19 de julio de 2013 (rec. 822/2011).

⁶³⁰ BOCANEGRA SIERRA, R. *Lecciones sobre el acto administrativo*, 4.ª ed., Civitas, 2012, p. 215.

⁶³¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 18 de mayo de 2010 (rec. 3238/2007).

⁶³² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 18 de mayo de 2010 (rec. 3238/2007). La excepcionalidad de la revisión se afirma de nuevo en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 17 de octubre de 2014 (rec. 492372011): «*Procede pues dar la razón a la sentencia impugnada y desestimar el motivo de recurso, al no apreciarse la vulneración de los preceptos que se alegan, pues el Ayuntamiento acudió a una vía excepcional cual es la prevista en el art. 102.1 de la Ley 30/92, instando la nulidad de unos Acuerdos del Jurado, que habían ya sido objeto de impugnación en vía contencioso administrativa, en cuyo cauce no cuestionó en ningún momento la clasificación del suelo expropiado como urbano (...)*».

⁶³³ Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera, de 17 de octubre de 2014, (rec. 4923/2011) que cita a su vez su Sentencia de 5 de diciembre de 2011, rec. 5080/2008.

⁶³⁴ Cabe hablar de la existencia de un principio de revocabilidad de los actos públicos en aras del principio de legalidad, siempre sometido a una «tensión innata» con el principio de seguridad jurídica. En ese sentido son muy gráficas las palabras contenidas en las Conclusiones del Abogado General Campos Sánchez-Bordona presentadas en el asunto Repower/EUIPO, C-281/18 P, EU: C:2019:426: «33. *Al hacer uso de su potestad de revocación por motivos de ilegalidad, el poder público sacrifica una porción de la seguridad jurídica del ciudadano en aras del interés general, que demanda una actuación administrativa jurídicamente depurada de vicios. De ahí las necesarias cautelas cuando sea preciso incidir de modo negativo en la esfera jurídica de quien previamente ha resultado beneficiado por un acto favorable de la propia Administración, que le ha reconocido un derecho subjetivo*».

El Tribunal Supremo en su jurisprudencia también lo plantea en esos términos de confrontación de principios:

«La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no pueda ser alterada en el futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto.

La única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros.»⁶³⁵

Es precisamente de ese choque del que brotan los límites a la revisión como mecanismo que sirven para alcanzar un resultado óptimo en cada caso. Los límites son, pues, una manifestación positivizada del ejercicio de ponderación que debe presidir todo choque de principios jurídicos.

Un vez revisada la modificación del contrato, y anulada ésta, debe examinarse su impacto en el contrato y ver si éste puede subsistir sin dicha modificación. Si no es el caso, habrá que resolver el contrato. Si la modificación anulada lo ha sido por vulnerar los artículos 204 y 205 LCSP, entonces la anulabilidad del contrato parece una exigencia de la norma conforme al artículo 40 LCSP (véase al respecto el examen de las causas de invalidez realizado en este mismo capítulo).

⁶³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2006, rec. 776/2001 (La Ley 5244/2006), que recoge una breve descripción de la evolución normativa: «Así, de acuerdo con la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, la Administración sólo podía revocar los actos nulos, conforme al art. 109, en ciertos casos, y previo dictamen vinculante del Consejo de Estado, sin plazo temporal alguno, y los actos anulables favorables a los particulares, si infringían manifiestamente el ordenamiento jurídico, también previo dictamen vinculante del Consejo de Estado, dentro del plazo de cuatro años y, en los demás casos, si no había una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, no era posible la revocación sino que era necesaria la declaración de lesividad en el plazo máximo de cuatro años y la posterior impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. La posterior Ley 30/1992, en su primera redacción, no cambió el régimen de revisión de los actos nulos, pero sí el de los actos anulables, en cuanto que seguía admitiendo la revisión en el plazo de cuatro años, pero el dictamen del Consejo de Estado no era ya vinculante, manteniendo, finalmente, la reforma de 1999 la revisión de los actos nulos, pero sin que la Administración pueda ya revisar los actos anulables que sean favorables a los particulares, al venir ahora obligada a recurrir a los Tribunales previa declaración de lesividad».

6.4.2 El régimen de recursos administrativos

En el ámbito de la modificación, los recursos administrativos han sido muy escasos y se han centrado, sobre todo, en discutir si los trabajos realizados estaban incluidos en el contrato original, o sobre la compensación de esos trabajos. Estos casos suelen limitarse a la aportación de periciales por ambas partes, siendo un campo enormemente casuístico. Y como observa Horgué Baena, apenas hay sentencias que traten términos como «interés público», «necesidades nuevas» o «causas imprevistas»⁶³⁶.

Sin embargo, el enfoque licito-céntrico adoptado por la regulación está cambiando la situación y comienzan a darse otros escenarios como que los licitadores apartados impugnen modificaciones del contrato original.

En España se parte de un doble régimen de tutela muy diferenciado según se trate de contratos que tengan acceso al régimen de recurso especial y los que no lo tienen. Si se sitúan en la primera categoría tendrán acceso a un procedimiento mucho más rápido y eficaz, resuelto además por un órgano independiente. Por el contrario, si se trata de contratos englobados en el segundo grupo, entonces sólo pueden acceder a los recursos administrativos ordinarios, más lentos, poco eficaces y resueltos por la propia Administración concedente⁶³⁷.

El recurso administrativo especial se incorporó a la normativa española para dar cumplimiento a la exigencia de «recurso rápido y eficaz» de la Directiva 89/665 de recursos. Este recurso especial se configuró como un recurso de carácter precontractual lo cual llevó a la conclusión, no sin un interesante debate doctrinal de por medio, que la modificación contractual no podía ser atacada por esta vía⁶³⁸.

Ese debate ha quedado hoy resuelto. De hecho, una de las novedades más relevantes de la nueva LCSP es la inclusión de la decisión de modificar el contrato dentro de las actuaciones recurribles mediante recurso especial en materia de contratación cuando se trata de determinadas modificaciones y en determinados tipos de contratos.

⁶³⁶ HORGUE BAENA, C., 1997, p. 78.

⁶³⁷ Sobre el doble régimen de tutela ver DÍEZ SASTRE, S., 2012. En este sentido también MARÍN ALBARRÁN, E. *Revista de Estudios Locales*, 2013., p. 496; en ese artículo se lleva a cabo una comparación entre el control tradicional y el ejercido en base a los nuevos recursos.

⁶³⁸ Ejemplo de ello es la Resolución núm. 1074/2015, de 20 de noviembre de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que inadmite el recurso contra la modificación. Sí que incluye la modificación dentro de los actos que podían ser objeto de recurso especial el Acuerdo núm. 117/2017, de 21 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, con cita de jurisprudencia europea y su interpretación del concepto «decisión» a efectos de recurso.

En el plano doctrinal a favor de incluir modificación en el recurso especial J. M. BAÑO LEÓN, *Anuario del Gobierno Local*, 2012., p. 150 M. A. BERNAL BLAY, *EP & PPPLReview*, 2013, p. 127 cuestiona que el recurso especial no pueda ser utilizado; GALLEGO CÓRCOLES, I., *Contratación Administrativa Práctica*, 2011. J. M. GIMENO FELIÚ, *Observatorio de contratos públicos 2010*, 2011., p. 241; En contra: S. DÍEZ SASTRE, *Revista de estudios locales. Cunal*, 2013, cit., p. 110.

Ahora bien, la reforma se ha quedado corta en ciertos aspectos. Desde el punto de vista subjetivo, este recurso especial solo estará disponible frente a modificaciones de contratos adjudicados por entidades que sean poder adjudicador. Ello, que es fruto de su origen europeo, deja fuera a las modificaciones de los contratos de las entidades del sector público no poder adjudicador.

Desde el punto de vista objetivo, este recurso especial no está disponible para todas las modificaciones, sino solo aquellas que, a juicio del recurrente, hayan incumplido lo establecido en los artículos 204 y 205 LCSP. Una modificación que incumpla otros preceptos queda relegada al recurso ordinario. A mi juicio, si se trata de incumplimientos mixtos debería optarse por el recurso especial, que por su especialidad ejerce una *vis atractiva*.

Además, la LCSP establece que solo cabe recurso frente a las modificaciones de aquellos contratos celebrados por poderes adjudicadores identificados en el artículo 44 LCSP, esto es:

i) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros.

ii) Contratos de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

iii) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

iv) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

v) Contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

vi) Contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la LCSP.

vii) Los encargos cuando por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios.

En cualquier caso, y a pesar de estas limitaciones, esta novedad supone corregir una de las grandes deficiencias de la anterior legislación, que expresamente negaba la posibilidad de recurso especial frente a los acuerdos de modificación (artículo 40 TRLCSP 2011)⁶³⁹.

⁶³⁹ No obstante esa negativa expresa, algunos tribunales de recursos contractuales habían aceptado recursos frente a modificaciones del contrato. Por ejemplo, Acuerdo 117/2017, del Tribunal. Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 21 de noviembre de 2017.

Algunas notas características de este recurso, y que merece la pena ahora destacar, son las siguientes ⁶⁴⁰:

- El recurso especial en materia de contratación es exclusivo (no cabe optar por otro recurso administrativo) y tiene carácter potestativo y gratuito.
- Este recurso debe ser interpuesto en el plazo de quince días hábiles desde la publicación de la modificación en el perfil de contratante (art. 50.1.e LCSP) ⁶⁴¹.

Para que comience a correr el plazo, la notificación debe tener un contenido suficiente, que permita conocer al interesado si la modificación supera los límites permitidos. De lo contrario, el plazo de recurso no comenzará a correr. En esos casos, la inadmisión de un recurso por extemporáneo vulneraría el derecho a la tutela judicial ⁶⁴².

Los licitadores no adjudicatarios –a los que se debe notificar la modificación como interesados en el procedimiento– deberían poder interponer el recurso especial en un plazo cuyo *dies a quo* fuese el día siguiente a la notificación, al margen de que la publicación del acuerdo de modificación sea previa ⁶⁴³. Sin embargo, bajo la nueva normativa del recurso especial, el plazo siempre se contará desde la publicación de la modificación (artículo 50 LCSP), que deberá realizarse dentro de los cinco días después de aprobarse la modificación (artículo 207 LCSP).

- La interposición del recurso especial no suspenderá automáticamente la formalización de la modificación ya que el artículo 53 LCSP solo prevé los efectos suspensivos para el caso del procedimiento de adjudicación del contrato.

- Las resoluciones de estos recursos pueden impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que es competente cuando se trate de la modificación de contratos administrativos y de contratos de poderes adjudicatarios no Administración pública (en los casos que establece el art. 27.1.c LCSP).

Si la modificación del contrato que se pretende impugnar no queda bajo el alcance del régimen de recurso especial habrá que acudir a la vía ordinaria de recurso, más lenta y menos eficaz.

⁶⁴⁰ Al respecto FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Contratación administrativa práctica*, 2018, pp. 148-158.

⁶⁴¹ A mi juicio no es posible adoptar como fecha de referencia la fecha de adopción del acuerdo de modificación. Así lo hace la Resolución n.º 1088/2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 17 de noviembre de 2017.

⁶⁴² En materia de contratación el Tribunal de Justicia ya ha vinculado el derecho a la tutela judicial contenido en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con la necesidad de conocer la decisión (o poder haberlo hecho) y que esta tenga el suficiente detalle. Cfr. Auto del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2019, Cooperativa Animazione Valdocco, C-54/18, EU: C:2019:118.

⁶⁴³ Ver a título de ejemplo el Gobierno de Aragón en Acuerdo núm. 11/2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 6 de febrero de 2017, pp. 2 y 3.

Un aspecto interesante en lo que respecta a los recursos administrativos es el de la carga de la prueba. Como punto de partida debe tenerse en cuenta que tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como en los órganos nacionales de recurso, la regla general sobre la carga de la prueba de la necesidad de utilización de procedimientos que excepcionan el principio licitatorio recae sobre el órgano de contratación⁶⁴⁴. Esa misma regla es aplicable al objeto de estudio de este trabajo, recayendo sobre el órgano de contratación «*la carga de la prueba a la hora de demostrar que la modificación no altera el sistema general de la licitación*»⁶⁴⁵. Por tanto, el contratista podrá esgrimir una insuficiente motivación cuando el acuerdo de modificación no cumpla con esa obligación.

Si el acuerdo de modificación cumple ese estándar de motivación, entonces será carga del recurrente probar que la modificación vulnera el ordenamiento.

6.4.3 En particular, la legitimación de los recurrentes

Con independencia del recurso que se formule, surgirá el problema de determinar su legitimación activa. La respuesta no será la misma para todos los operadores y puede variar según se trate del contratista, de un licitador apartado o de un tercero, sea o no un operador interesado.

Con carácter preliminar señalar que rige aquí el concepto tradicional de legitimación, por lo que el recurrente deberá acreditar que la modificación del contrato perjudica o afecta a sus derechos o intereses legítimos, de manera directa o indirecta, cuestión ésta que no siempre será fácil⁶⁴⁶. No es posible, pues, reconocer automáticamente a grupos de recurrentes (a todos los licitadores, o a todos los potenciales licitadores), como si de una legitimación privilegiada se tratase.

Las normas vigentes (la Directiva y la LCSP –ambas leídas a la luz de la Directiva de recursos–) dan cobertura a una interpretación amplia del concepto de interés legítimo y por ende de legitimación activa ante la modificación de un contrato público. En el Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2007/66 introdujo una formulación amplia de la legitimación, imponiendo a los Estados miembros que velasen para que «*los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en*

⁶⁴⁴ En ese sentido el Acuerdo núm. 14/2019, del Tribunal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 16 de enero de 2019.

⁶⁴⁵ Acuerdo núm. 117/2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 21 de noviembre de 2017 con cita de jurisprudencia europea en materia de excepciones a las normas de adjudicación contenidas en las Directivas.

⁶⁴⁶ GALLEGO CORCOLES, I., *Contratación Administrativa Práctica*, 2008.

obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción» (artículo 1.3 de la Directiva 89/665).

En el mismo sentido el artículo 48 LCSP establece que «[p]odrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso».

Respecto al contratista, parece claro que tendrá legitimación para interponer los recursos administrativos ordinarios. Algo más problemático ha sido su legitimación para formular el recurso especial en materia de contratación, existiendo resoluciones que le negaban la posibilidad de acudir a esta vía ⁶⁴⁷. Sin embargo, considero que esa posición no puede ser sostenida en la medida en que un contratista puede verse afectado por una modificación irregular del contrato (por ejemplo, ante una modificación irregular termine siendo causa de anulabilidad del contrato por vulnerar los artículos 204 y 205 LCSP).

Respecto a los licitadores no adjudicatarios, la concepción amplia descrita hace que sea habitual que el Tribunal de Justicia reconozca las impugnaciones de un licitador no adjudicatario, tanto en un recurso de casación (asunto *Succhi di Frutta* ⁶⁴⁸) como en cuestiones prejudiciales (asunto *Wall* ⁶⁴⁹ o asunto *Idrodinamica* ⁶⁵⁰). Lo mismo ocurre en el ámbito nacional, donde al licitador no adjudicatario debe reconocérsele la legitimación para recurrir la modificación. ⁶⁵¹

La óptica licito-céntrica no impide plantear determinados argumentos habituales en el análisis de la legitimación de quien recurre la adjudicación. Así, cabe plantearse si un licitador que fue excluido de la licitación podría recurrir una modificación ⁶⁵². La doctrina mayoritaria de los Tribunales de recurso, en el ámbito de la adjudicación del contrato, niega la legitimación de los licitadores que fueron excluidos antes de la adjudicación ⁶⁵³ o que no obtendrían el

⁶⁴⁷ Acuerdo núm. 3/2013, de 16 de enero de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁶⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU: C:2004:236, ap. 62.

⁶⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de abril de 2010, caso C-91/08 *Wall AG contra La ville de Francfort-sur-le-Main y otros*, ECLI: EU: C:2010:182

⁶⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2014, caso C-161/13 *Idrodinamica Spurgo Velox srl y otros contra Acquedotto Pugliese SpA*, ECLI: EU: C:2014:307

⁶⁵¹ Ver a título de ejemplo el Gobierno de Aragón en Acuerdo núm. 11/2017, de 6 de febrero de 2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

⁶⁵² La posibilidad de negar la legitimación a quien fue excluido del procedimiento ha sido considerada compatible con el Derecho de la Unión en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de diciembre de 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, EU: C:2016:988

⁶⁵³ Resolución núm. 37/2015, de 14 de enero del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

contrato en todo caso⁶⁵⁴. Esta restrictiva doctrina aplicada a la modificación supondrá que la parte actora deberá probar que de haber conocido la licitación hubiese podido obtener el contrato en la licitación pasada.

Mayores problemas plantea el reconocimiento de la legitimación a las empresas que no participaron en la licitación. En España la regla tradicional niega la legitimación a quien no participó en la adjudicación del contrato. En el ámbito de la modificación se llega a reprochar a la parte actora que *«tendría que haber podido –y querido– comparecer en el proceso contractual y formulado en él sus ofertas»*. Algo imposible si se tiene en cuenta que en ese supuesto la empresa recurrente se constituyó diez años después del procedimiento de contratación⁶⁵⁵.

Pues bien, a mi juicio esa aproximación estricta ya no tiene cabida, habiéndose dictado algunas resoluciones más flexibles en la materia⁶⁵⁶. Por un lado, en el Derecho europeo la cuestión parece haber evolucionado desde una posición de negación de la legitimación (*vid.* Succhi di Fruta donde se negó la legitimación a un productor que no participó en la licitación⁶⁵⁷) hacia posturas más flexibles como la del asunto Pressetext.

⁶⁵⁴ Resolución núm. 442/2015, Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 14 de mayo. Por ejemplo, se niega la legitimación al tercer candidato en un procedimiento de licitación en la Resolución núm. 565/2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 8 de junio de 2018 (esta Resolución realiza un repaso interesante de la jurisprudencia sobre la legitimación).

⁶⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 5 de julio de 2013 (EDJ.120969) acoge argumentación de la instancia.

⁶⁵⁶ Resolución n.º 374/2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 13 de abril de 2018, que cita su Resolución n.º 306/2017 de 31 de Marzo de 2017: «B) A este respecto, debemos recordar que la LCSE no confiere una acción popular en materia contractual, sino que, antes bien, la subordina a que la decisión perjudique o pueda afectar a derechos o intereses legítimos del reclamante (cfr.: artículo 102 LCSE), derechos o intereses legítimos que, tratándose de una licitación, no pueden identificarse con algo distinto que la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato (cfr.: Resoluciones 57/2012, 119/2013, 278/2013 –confirmada esta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Roj SAN 2315/2014– y 37/2015, entre otras). (...) Por ello, la regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato. (...) D) Llegados a este punto, estamos en condiciones de abordar si, efectivamente, cabe reconocer a la reclamante un interés legítimo para impugnar el Pliego rector de una licitación en la que no ha tomado parte. A nuestro juicio, se impone una respuesta afirmativa. En efecto, tratándose de una profesional dedicada al transporte de mercancías por carretera y a la mensajería (según se deduce del alta en el IAE correspondiente a tales epígrafes, acreditada mediante certificación de la AEAT que se aporta) que reclama la nulidad del procedimiento de licitación por entender, a grandes líneas, que la configuración de la prestación que resulta del Pliego es perjudicial para ella y que existen infracciones en el procedimiento que se pretende seguir, no puede negarse la presencia de un interés legítimo en el sentido del artículo 102 LCSE. Desde otra perspectiva, exigir que hubiera participado en dicha licitación a quien considera que la misma está trufada de irregularidades sería una carga excesiva y desproporcionada, difícilmente conciliable con el principio «pro actione», máxime cuando el propio órgano de contratación no ha cuestionado la legitimación de la impugnante. Se impone, pues, un juicio favorable a la legitimación de la reclamante»

⁶⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU: C:2004:236, ap. 60.

Por otro, la norma española parece admitir la legitimación de terceros interesados que no participaron en la licitación inicial, pero que i) lo hubiesen hecho si llegan a conocer las condiciones del contrato una vez modificado; ii) lo harían si se convocase una nueva licitación. El artículo 48 LCSP establece una formulación amplia de la legitimación para interponer el recurso especial, señalando que lo podrán hacer quienes «*se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*».

A ello se le suma la manera en la que ha quedado redactado el artículo 205 LCSP (cuyo origen es el artículo 72 de la Directiva). Así, la legitimación del recurrente en estos casos se ve reforzada por el tenor de la regulación de la modificación. El artículo 205 LCSP recoge bien el espíritu de esa nueva concepción licitocéntrica que debe arrastrar a un reconocimiento más amplio de la legitimación de los terceros. Ese precepto señala que una modificación será sustancial cuando «*introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación*». Parece, pues, que un tercero que hipotéticamente hubiese sido seleccionado como candidato, hubiese sido aceptado como licitador o, en general, hubiese sido atraído por el procedimiento, debe reconocérsele su legitimación⁶⁵⁸. La dificultad en estos casos estará en acreditar, mediante elementos objetivos, que la empresa hubiese estado interesada en ese procedimiento de licitación.

En el caso de los contratos administrativos, el artículo 203 LCSP parece imponer la obligación de proceder a una nueva licitación del contrato en caso de modificaciones que no cumplan con el artículo 204 y 205 LCSP. Recordemos la literalidad del párrafo:

«2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

(...) En cualesquiera otros 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, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6

⁶⁵⁸ Parece reconocerse la legitimación en esos casos en el Acuerdo núm. 7/2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 18 de enero de 2016, pp. 6 y 7. Este Acuerdo lleva a cabo un repaso bastante completo de la cuestión de la legitimación.

del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.»

De confirmarse que existe la obligación de re-licitar como se ha expuesto en el capítulo anterior deberá admitirse la legitimación del operador que podría presentarse a la nueva licitación. Por ejemplo, cuando una empresa que había participado en la licitación interpone recurso frente al Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Benidorm que aprueba la modificación del contrato de gestión de servicio público de la estación de autobuses al entender que éste se produce «*amparándose en la falaz interpretación de que concurrían causas imprevistas, entra de lleno en el fraude ley, pues las supuestas causas imprevistas fueron perfectamente conocidas antes de la adjudicación del contrato al ser puestas de manifiesto por la Dirección General de Transportes de la Generalitat Valenciana, así como por la propia actora*»⁶⁵⁹. La parte demandada opone causa de inadmisibilidad por falta de legitimación. Sin embargo, la Sala considera que una sentencia estimatoria podría beneficiar a la actora, ya que, como ella misma asegura, la resolución del contrato original daría lugar a una nueva licitación.

Tras la entrada en vigor de la LCSP, la legitimación de potenciales licitadores parece haberse reconocido sin excesivos problemas⁶⁶⁰.

Ahora bien, a esta cuestión se le puede dar otra vuelta de tuerca. Y es que, si se admite la legitimación por el hecho de ser potenciales licitadores, podría negársela cuando la anulación de la modificación no resultase en la anulación del contrato. Es decir, podría afirmarse que estos recurrentes solo tendrían legitimación para recurrir modificaciones cuyo vicio diera lugar a la resolución del contrato. Eso ocurrirá siempre que la anulación de la modificación se deba a la infracción de los artículos 204 y 205 LCSP, pero no tiene por qué ser así en el caso de anulación de la modificación por otras causas. Si eso es así, puede argumentarse que un tercero no podría interponer un recurso administrativo ordinario frente a modificaciones que adolezcan de otro vicio que no sea el incumplir los artículos 204 y 205 LCSP en la medida en que *a priori* no existiría una causa de anulabilidad del contrato ni una obligación de resolver éste.

En último lugar, debe estudiarse si tienen legitimación suficiente los terceros que no son licitadores pasados o potenciales, sino que presentan otro tipo de interés, de carácter supraindividual⁶⁶¹. Es el caso de las asociaciones profe-

⁶⁵⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de octubre de 2007 (Ar. 78422).

⁶⁶⁰ Por ejemplo, el Acuerdo núm. 18/2019, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 23 de enero de 2019.

⁶⁶¹ En términos de FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «*Contratación administrativa práctica*, 2018, p. 154.

sionales⁶⁶², concejales⁶⁶³, grupos políticos⁶⁶⁴, la Federación de Municipios⁶⁶⁵, o incluso la Diputación provincial⁶⁶⁶ a los que se reconoce la legitimación. Por el contrario, no se reconoce la legitimación de un particular sin conexión alguna con el contrato⁶⁶⁷.

Incluso se admite la legitimación del operador que, sin tener nada que ver con la licitación pasada, ni estar interesado en una eventual licitación futura, sí se ve afectado por el alcance de la modificación. Así ocurre en la impugnación de un acuerdo de modificación de concesión de un parking⁶⁶⁸, donde la parte demandada alega falta de legitimación de la parte actora en la medida en que no fue licitadora del contrato original, apoyándose en determinada jurisprudencia en este sentido. Sin embargo, el Juzgado entiende que, a pesar de que ese es el criterio general en materia de contratación, en este caso debe reconocer la legitimación ya que la parte actora había iniciado los trámites para la construcción de un parking cercano, y consideran que la modificación que ahora se realiza es en verdad un nuevo contrato (cambio de emplazamiento, modificación de diseño, modificación de régimen de funcionamiento, cambio en urbanización de la planta de superficie, se aumenta el presupuesto, etc). El

⁶⁶² Acuerdo 76/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 20 de julio de 2015.

⁶⁶³ Acuerdo núm. 117/2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 21 de noviembre de 2017. La Resolución núm. 900/2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 4 de noviembre de 2016, afirma que los concejales «... tienen reconocida dicha legitimación, respecto de los acuerdos adoptados por los distintos órganos de la Corporación, por su condición de interesados en el correcto funcionamiento de aquella en virtud del mandato representativo que ostentan, salvo en el caso de que formaran parte del órgano colegiado que hubiera adoptado el acuerdo impugnado y no hubieran votado en contra del mismo (por todas, Resoluciones núm. 548/2015, 280/2015 o 53/2013)». También sobre legitimación de concejales Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 27 de febrero de 2008 (EDJ 2008/13741), Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 25 de mayo de 2006 (EDJ 2006/83915), Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 4 de mayo de 2005 (EJ. 71616). También un concejal en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20/10/2008 (EDJ.292130).

⁶⁶⁴ Por ejemplo, Esquerra Unida del País Valencià y la Asociación de Ecologistas en Acción en el asunto Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 14 enero 2013 (rec. 214/2010).

⁶⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 30 de abril de 2001 (EDJ 2001/28576).

⁶⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2003 (EDJ 2003/111247).

⁶⁶⁷ Resolución n.º 1088/2017, de 17 de noviembre de 2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: «Como alega el órgano de contratación en su informe, el recurrente no ha sido licitador en el procedimiento, ni acredita actuar en nombre de un sindicato o colectivo cuya esfera de interés se pueda ver afectado por el acto impugnado ni prueba que la anulación del mismo pueda reportarle beneficio alguno. Como hemos declarado en numerosas resoluciones anteriores (valga como referencia la n.º 504/2017, de 8 de junio), el interés legítimo al que se refiere el artículo 42 del TRLCSP ha de ser propio y requiere que la resolución impugnada pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, en la correspondiente esfera jurídica del que recurre. Por tanto, el recurrente carece del interés legítimo al que se refiere el artículo 42 del TRLCSP para impugnar la adjudicación o modificación del contrato».

⁶⁶⁸ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Zaragoza, de 16 de marzo de 2012, núm. 93/2012 (Ar. 276).

Juzgado entiende que la parte actora no impugnó las bases de la convocatoria ni participó en la misma porque se habían redactado en *«términos deliberadamente imprecisos con el fin de ocultar la verdadera intención de la Administración, que no era otra que evitar la participación de empresas distintas de la que, a la postre, resultó adjudicataria»*. Por tanto, la falta de impugnación en el procedimiento inicial se debió a la propia actuación administrativa⁶⁶⁹.

Si se adopta esta visión amplia de la legitimación, entendiéndose que existen interesados que podrían ser potenciales beneficiarios de la anulación de una modificación, podría ocurrir que fuese necesario que la Administración tuviese que identificarles y darles un trámite de audiencia sin que sea suficiente limitarse a otorgárselo al adjudicatario del contrato como defensor de la legalidad del modificado.

6.5 CONSECUENCIAS DE UNA MODIFICACIÓN DECLARADA INVÁLIDA: EFECTOS SOBRE EL CONTRATO Y COMPENSACIÓN DE LOS INTERESADOS

Hasta el momento se han examinado los vicios que pueden afectar a la modificación y los mecanismos de reacción frente a ellos. Ahora se hace lo propio con cuáles son las consecuencias derivadas del régimen de invalidez descrito. Para ello analizamos qué sucede con el contrato y, después, cómo se restablece la situación jurídica individual de los interesados.

6.5.1 El contrato ante la modificación irregular

Con carácter previo es necesario recordar que existen diferencias entre la resolución del contrato y la anulación de una modificación, que no siempre irán de la mano. Una vez que se ha declarado la invalidez de una modificación será necesario analizar cómo impacta ésta en el contrato.

Son dos los escenarios posibles, según se trate de (A) una modificación inválida por vulnerar los artículos 204 y 205 LCSP o bien (B) una modificación que adolezca de otro tipo de vicio, lo cual a su vez podría provocar la re-

⁶⁶⁹ Se apoya en lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 119/2008, de 13 de octubre, FJ.º 5.

solución del contrato por no poder seguir ejecutándose éste sin la modificación prevista. Veamos:

A. Como se expuso al analizar el régimen de invalidez, a la vista del tenor literal de la norma parece posible sostener que la LCSP en el artículo 40 LCSP recoge un régimen especialmente riguroso mediante el que una modificación que vulnera los artículos 204 a 205 LCSP conduce a la anulación del contrato. En ese supuesto las consecuencias para el contrato aparecen definidas en la LCSP, que contiene un régimen de invalidez de los contratos que prevé las consecuencias de esta anulación.

Cuando la anulación del contrato deriva de una declaración de lesividad, el artículo 42.4 LCSP establece que los efectos sobre el contrato anulable (o lesivo) deben ser acordados por sentencia. Esta sentencia deberá establecer si el contrato entra en liquidación y, en ese caso, deberá fijar si las partes se restituyen las prestaciones o, si eso no fuese posible, se devuelven su valor (art. 42.1 LCSP). Además, la sentencia que estime la lesividad deberá obligar a la parte que resulte culpable a indemnizar a la contraria por los daños y perjuicios sufridos (art. 42.1 LCSP). En estos casos será también aplicable la previsión del artículo 42.3 LCSP, que, con la finalidad de evitar un grave trastorno al servicio público, permite que se disponga la continuación del contrato «hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio».

Cuestión distinta parece que ocurriría si se trata del recurso especial interpuesto por un recurrente. El artículo 57 LCSP establece que «[la] resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimarás las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado».

En lo que a nuestro trabajo se refiere, parece que la petición del recurrente solo puede ser la de solicitar la anulación del contrato por haber incurrido éste en causa de anulabilidad consistente en haber excedido la modificación de lo previsto en los artículos 204 y 205 LCSP. Así pues, es el contrato el que queda viciado cuando se produce una modificación que vulnera estos preceptos (y, recordemos, solo este tipo de modificaciones son las que se pueden recurrir mediante la vía de recurso especial).

No parece posible que bajo este régimen el tribunal de recurso pueda declarar únicamente la nulidad de la modificación, sin mencionar el contrato inicial. Eso era precisamente lo que ocurría con anterioridad⁶⁷⁰. Bajo el régi-

⁶⁷⁰ Por ejemplo, el Acuerdo núm. 117/2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de 21 de noviembre de 2017, que señala: «En consecuencia, no se cumplen los requisitos para poder admitir como válida la modificación del contrato objeto de impugnación, por lo que, de conformi-

men diseñado por el legislador en la vigente LCSP, la decisión del órgano de recurso debe ser doble: decidir sobre la legalidad de la modificación y de las consecuencias de ello en el contrato inicial.

Respecto a las consecuencias de una modificación que vulnere los artículos 204 y 205 LCSP, los artículos 211 y 212 LCSP dejan poco margen de apreciación al órgano de contratación. Así, el artículo 212 LCSP establece que *«las modificaciones del contrato en los casos en que no se den las circunstancias establecidas en los artículos 204 y 205, darán siempre lugar a la resolución del contrato»*. Este precepto, leído junto con el artículo 40 LCSP, que establece que las modificaciones invalidantes son causa de anulabilidad del contrato, parecen conducir a que una modificación que vulnere los artículos 204 y 205 LCSP será siempre causa de invalidez y traerá consigo la resolución del contrato. O, en otras palabras, parece que en estos casos la resolución debe incluir un pronunciamiento de condena a resolver el contrato y celebrar una nueva adjudicación.

A mi juicio esta solución que parece pergeñar el legislador (la resolución del contrato vinculada a su anulabilidad) es desproporcionada en la medida en que impediría que el órgano de contratación pudiese tratar de convalidar el vicio de anulabilidad del que adolece el contrato, derivado de la modificación, garantizando así su continuidad. Por ejemplo, podría restablecer la legalidad de la situación mediante la reposición de la situación al momento previo a la comisión de la ilegalidad⁶⁷¹. En nuestro caso, ese momento será el momento anterior a la aprobación de la modificación.

Puede ocurrir que una modificación de tal magnitud sea necesaria pero no se haya producido todavía. En ese caso, la consecuencia no será la anulabilidad del contrato, pero sí su resolución y nueva convocatoria de una licitación. Así queda definida por el artículo 203 LCSP cuando establece:

«En cualesquiera otros 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, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de con-

dad a la doctrina fijada por la citada STJUE de 29 de abril de 2004, Succhi di frutta, resultaría obligada en este caso una nueva licitación. Procede, por todo lo argumentado, declarar, ex artículo 32 TRLCSP, la nulidad de pleno derecho de la modificación del contrato (...), por infracción del procedimiento legalmente establecido, en tanto supone una adjudicación directa ilegal (STJUE 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau) y por conceder de forma directa una ventaja a la empresa contratista. Asimismo, de conformidad con el artículo 35 TRLCSP, el contrato indebidamente perfeccionado con motivo de esta modificación debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo».

⁶⁷¹ Ese restablecimiento de la legalidad y de la posición jurídica vulnerada es el efecto inmediato de la invalidez tal y como observa DÍEZ SASTRE, S., 2018 (a), p. 583.

formidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.»

En ambos casos (203 y 212 LCSP) la causa de resolución viene amparada por el artículo 211.1.g) LCSP establece como causa de resolución «[1]a imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205».

Esa causa de resolución también es aplicable a los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas en la medida en que el 26.2 LCSP establece que a estos contratos les será aplicable «la causa de resolución del contrato referida a 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».

A su vez, estos preceptos están dando contenido a lo previsto en la Directiva 2014/24, aplicable a todos los poderes adjudicadores, que señala que habrá que iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación en caso de requerirse modificaciones distintas de las recogidas en el artículo 72 (artículo 72.5 de la Directiva) y, además, los Estados miembros deberán prever que los poderes adjudicadores puedan «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» (artículo 73 de la Directiva).

B. En el segundo de los escenarios descritos, esto es, cuando la modificación sea declarada nula por causa distinta a la vulneración de los artículos 204 y 205 LCSP su régimen de invalidez no está expresamente previsto en la LCSP, ni se redirige necesariamente hacia la anulabilidad del contrato. Deben aplicarse, pues, las categorías generales de la invalidez.

Como regla general, la resolución que anule la modificación será mero declarativa a no ser que incluya una condena expresa a la Administración que la obligue a resolver el contrato. Esa sentencia mero declarativa quedará ejecutada sin necesidad de resolver el contrato. No parece que exista una obligación de resolución *ex lege* como la existente para los casos de modificación que vulnere los artículos 204 y 205 LCSP.

Así pues, parece que debe iniciarse un segundo procedimiento donde se analice la posibilidad de ejecutar el contrato sin la modificación anulada. Para evitar este doble procedimiento lo aconsejable sería que la Administración (en revisión) o el recurrente (en su recurso) incluyera el examen del contrato.

En ese supuesto, donde la sentencia no dispone la resolución del contrato, sino que solo declara la nulidad o anulabilidad de la modificación, será la Administración la que deba apreciar qué medidas adoptar. Así, en esos casos, una vez declarada la nulidad o la anulabilidad de la modificación deberá preguntarse (i) si es posible su convalidación; y (ii) de no ser posible ésta, ver si es posible continuar ejecutando el contrato sin la modificación anulada, haciendo desaparecer los efectos de ésta.

Ejemplo de ello es el caso del autobús turístico de Madrid. En 2000 se adjudica el contrato, pero en 2003 se modifican de manera sustancial algunos elementos que fueron clave en la adjudicación, tales como la longitud total de las rutas, el número de autobuses por itinerario, las tarifas a satisfacer por los usuarios, el canon a recibir por el Ayuntamiento y las características ecológicas de algunos de los vehículos. Tampoco la UTE adjudicataria dedicó la flota comprometida en su oferta. Uno de los licitadores decidió interponer recurso contencioso iniciando la vía judicial que finalizaría en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de diciembre de 2012, que estimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 3 de septiembre de 2010 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 11 de Madrid, acordando su revocación y anulando la Resolución de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid de fecha 30 de diciembre de 2003, que modificó el contrato que había sido adjudicado a la UTE B para la prestación del servicio de transporte turístico con itinerario fijo en el término municipal de Madrid. El demandante tuvo que instar su ejecución forzosa. El Juzgado de instancia consideró *«la imposibilidad material o legal de cumplimiento de la Sentencia de 17 de Diciembre de 2.012 (...) por tratarse de una sentencia meramente declarativa sin que haya efectuado pronunciamiento alguno sobre reconocimiento de situación jurídica individualizada»*, dando *«por enteramente ejecutada tal sentencia»*. Es decir, que la sentencia se limitaba a anular la modificación del contrato, y en el mismo sentido se pronuncia la Sala de apelación⁶⁷².

⁶⁷² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de julio de 2014 (rec. 244/2014): *«Pues bien, sobre la base de lo expuesto se deduce razonablemente que la Sentencia de 17 de diciembre de 2.012 no contiene ningún otro razonamiento ni pronunciamiento más allá de la sola anulación de la resolución municipal sobre modificación del contrato de referencia a excepción del incremento de las tarifas y del canon, aspectos éstos que sí se convalidan, desestimándose expresamente los demás pedimentos contenidos en el suplico de la demanda y en el recurso de apelación, de mane-*

6.5.2 El contratista ante la invalidez de la modificación: supuestos posibles y compensación

En relación al contratista, y siguiendo el esquema del apartado anterior, son dos los escenarios más habituales: (A) la declaración de anulación del contrato derivada de la ejecución de una modificación que vulnera los artículos 204 y 205 LCSP y su resolución; (B) la anulación de la modificación por un vicio no relacionado con los artículos 204 y 205 LCSP. Dentro de este último escenario encontraríamos el caso de que el contrato no puede ejecutarse sin dicha modificación y por tanto, aunque no sea inválido, debe ser resuelto. Al hilo del examen de este segundo escenario analizaremos qué sucede, tras la anulación de la modificación, con los trabajos ya realizados.

A. La anulación del contrato derivada de una modificación contraria a los artículos 204 y 205 LCSP tiene su propio régimen establecido en el artículo 42 LCSP, que debe leerse junto con lo previsto en el artículo 212 LCSP (y en el artículo 26.2 LCSP para los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública).

La principal consecuencia de la anulación del contrato por esta causa será la necesaria resolución del contrato (artículo 212 y 26.2) y su entrada en fase de liquidación (artículo 42). Esta liquidación comprenderá dos grandes bloques basados en la tutela restitutoria y la tutela resarcitoria. En relación a la primera, las partes contratantes se restituirán recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor (artículo 42 LCSP). Aunque se trata de una solución pensada para casos de nulidad absoluta, lo cierto es que el artículo 42.4 LCSP la extiende también a los supuestos de anulabilidad del contrato.

Y en relación a la tutela resarcitoria, caben dos interpretaciones: o bien es de aplicación el criterio general del artículo 42 LCSP según el cual «[I]a parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido». O bien es de aplicación – solo para el caso de los contratos administrativos –, el régimen especial contenido en el artículo 213 LCSP según el cual el contratista «tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea

ra que, efectivamente, los efectos de aquella sentencia se agotan con su declaración de anulación parcial de la modificación contractual a que remite, no reconociendo, ni siquiera implícitamente, ninguna situación jurídica individualizada a favor de la mercantil contratista que pudiera habilitar, en trámite de ejecución de la sentencia, una pretensión indemnizatoria como la que articula con motivo de su presente apelación frente al Auto de 26 de noviembre de 2.013 dictado en incidente de ejecución de aquella sentencia (...)»

imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205».

Si se acogiese la segunda opción, la tutela resarcitoria de los daños y perjuicios del contratista por una modificación del contrato administrativo contraria a los artículos 204 y 205 LCSP quedaría limitada a un 3 por ciento de la prestación dejada de realizar. Es decir, que la legislación española limita la indemnización en ciertos supuestos.

A mi juicio esta es una opción que podría ser contraria al Derecho de la Unión Europea, al menos cuando la vulneración de los artículos 204 y 205 LCSP sea también una vulneración del artículo 72 de la Directiva (no siempre será así ya que, como se ha visto, el régimen español es algo más estricto). En esos casos, una modificación aprobada vulnerando estos preceptos –sea unilateralmente o por mutuo acuerdo– es una modificación contraria al Derecho de la Unión Europea.

Pues bien, resulta del artículo 213 LCSP que, en el caso de los contratos administrativos, la reparación que puede obtener el contratista por los daños y perjuicios que le genera la resolución del contrato derivada de este incumplimiento del Derecho de la Unión, estaría limitada. O, en otras palabras, el derecho del particular a obtener una reparación por una violación del Derecho de la Unión estaría limitado por la norma nacional.

En la práctica ese límite puede afectar al efecto útil de las reglas europeas sobre modificación. Y ello en la medida en que el contratista, ante la posibilidad de recibir solo un 3 por ciento de indemnización, decida aceptar una modificación contraria al ordenamiento y asumir el riesgo de una posterior impugnación por un tercero. El porcentaje limitador reduce los incentivos del contratista a combatir modificaciones contrarias al ordenamiento.

Una interpretación de la LCSP conforme al Derecho de la Unión Europea nos conduce a que, en casos de resolución del contrato por invalidez de la modificación, el límite del 3 por ciento no sea aplicable, debiendo aplicarse el criterio general del artículo 42 LCSP.

Si se entiende que este límite a la indemnización de daños y perjuicios no es aplicable, habrá entonces que indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante que le provoca la resolución al contratista. De hecho, la regulación del recurso especial, ahora aplicable a la modificación de algunos contratos, así lo establece. El artículo 58 LCSP establece que se podrá imponer la obligación *«de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación.*

La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público».

B. El segundo escenario descrito consiste en que la invalidez de la modificación se deba a causas distintas a la vulneración de los artículos 204 y 205 LCSP. En esos casos la LCSP no recoge una solución específica por lo que habrá que estar a las categorías generales.

El examen debe partir de entender que la anulación de la modificación no trae consigo automáticamente ni la anulación del contrato (reservado a vulneraciones los artículos 204 y 205 LCSP) ni el derecho a la indemnización (en ese sentido, el artículo 32.1 LRJSP).

Parece claro que el poder adjudicador deberá compensar al contratista por los trabajos realizados aunque queden al margen de la cobertura jurídica del contrato inicial. Más problemas conlleva la posibilidad de ser indemnizado por los trabajos que se dejan de realizar en caso de que el contrato se resuelva. Y es que dentro de este escenario también podría ocurrir que el contrato debiera ser resuelto por no poder ejecutarse sin la modificación ilegal (ilegalidad que no derivaría de la vulneración de los artículos 204 y 205 LCSP).

En el supuesto de los contratos administrativos es perfectamente aplicable la causa de resolución del artículo 211.1g) LCSP de resolución por imposibilidad de seguir ejecutando el contrato y, por tanto, la limitación de daños y perjuicios del artículo 213 LCSP a la que ya nos hemos referido más arriba⁶⁷³. En el supuesto de los contratos privados, las consecuencias económicas de la nulidad y la indemnización por causa de la resolución deben regirse por el Derecho civil –no será extraño ver que los Pliegos se remiten al régimen de la LCSP, si bien en ese caso es una aplicación convencional.

En relación a los trabajos ya realizados, tradicionalmente se acude a la figura de la prohibición del enriquecimiento injusto como fundamento único de la reclamación de compensación de los trabajos realizados⁶⁷⁴. Ello permitía abonar prestaciones realizadas, pero carentes de cobertura jurídica justificándose en la prohibición del enriquecimiento sin causa y mediante un mero expediente de convalidación del gasto (y reconocimiento extrajudicial de créditos).

Sin embargo esta fórmula planteaba un problema de base: implicaba en la práctica la convalidación de actos nulos de pleno derecho en tanto que las

⁶⁷³ En este caso la resolución no viene motivada por un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

⁶⁷⁴ Al respecto es muy completo el artículo de GARCÍA MOLINERO, A., *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 2019, pp. 80-94.

prestaciones carecían de toda cobertura, esto es, no se había seguido procedimiento alguno. De ahí que se hayan endurecido las condiciones para compensar al contratista en estos casos⁶⁷⁵.

Según señala el Consejo de Estado, la LCSP habría instituido un mecanismo específico para solucionar estas situaciones. Este mecanismo sería la aplicación del precepto que regula las liquidaciones del contrato en caso de invalidez (art. 42.1 LCSP y 35 TRLCSP) junto con la previa revisión de oficio del contrato⁶⁷⁶.

Ahora bien, esta solución no acaba de ser del todo satisfactoria. Es cierto que la mera convalidación del gasto no es la solución para todos los casos y, como señala la Audiencia Nacional, «[s]ólo los actos anulables son convalidables (artículo 67 Ley 30/92, y artículo 52 Ley 39/2015), no así los actos nulos de pleno derecho en los que sólo cabe la revisión de oficio para declarar su nulidad radical»⁶⁷⁷.

Pero en los casos de nulidad de pleno derecho esa revisión de oficio no puede ir acompañada de un procedimiento ordinario de liquidación contractual sino que habrá que buscar otros fundamentos para la compensación, siendo en ese supuesto plenamente aplicable el enriquecimiento sin causa. Es clarificadora al respecto la Audiencia Nacional al señalar que cuando se trate de prestaciones carentes de toda cobertura jurídica no será posible acudir al artículo 42.1 LCSP (*ex* 35 TRLCSP) ya que «[a]nte la inexistencia de contratación alguna (...) sólo cabe examinar la posible compensación a la recurrente a consecuencia de una prestación sin contraprestación, y ello al margen del régimen de invalidez de la legislación de contratos administrativos puesto que ni siquiera consta la iniciación de expediente de contratación». Y concluye que «para regularizar las facturas presentadas al pago por un prestador de

⁶⁷⁵ Recoge esta evolución VALERO ESCRIBANO, J. I., *Revista Española de Control Externo*, 2015, pp. 149-179. Un ejemplo de esta nueva aproximación a la materia es la Instrucción 2/2012, de 12 de marzo, de la Interventora General y de la Directora de la Abogacía de las Islas Baleares.

⁶⁷⁶ Así, el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011 señala que «...para proceder a compensar conforme a lo específicamente regulado ahora en ese artículo 35, hay que decidir previamente si la adjudicación es o no nula de pleno derecho y para ello es necesario seguir el procedimiento específicamente previsto para ello en el ordenamiento». Y añade que «(...) ello no obstante, nada impide, por economía procesal, acumular la declaración de nulidad a la compensación o indemnización que obviamente debe estimarse y aplicarse según los propios criterios ahora descritos en el artículo 35.1 de la Ley de Contratos (sin necesidad de invocar en abstracto el enriquecimiento injusto como principio general del derecho subsumible en un procedimiento de responsabilidad extracontractual) para tramitar simultáneamente el procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación del contrato por ser nula de pleno derecho con la compensación por los trabajos realizados prevista en ese mismo artículo para el supuesto de nulidad de pleno derecho de la misma».

⁶⁷⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala Contencioso-administrativo, 19 septiembre de 2018 (rec. 247/2017).

servicios, cuando no se pueden atender por falta del título correspondiente, la Administración sólo puede acudir al procedimiento de convalidación de gastos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria por omisión de la fiscalización, siempre que sea posible la convalidación por no concurrir supuesto de nulidad de pleno derecho, o revisar de oficio las actuaciones acudiendo al enriquecimiento injusto que en otro caso se produciría como compensación del beneficio económico recibido, pues el enriquecimiento sin causa es fuente de las obligaciones (artículo 1089 CC y artículo 20 de la LGP)»⁶⁷⁸.

Y es entonces cuando la Audiencia Nacional distingue los siguientes planos:

- «a) la cuestión relativa al abono al contratista de las prestaciones realizadas, bien como responsabilidad extracontractual o contractual o por reconocimiento extrajudicial de créditos en evitación de un enriquecimiento injusto;
- b) la revisión de oficio del acto nulo o anulable, en su caso, conforme a los artículos 102 y 103 de la Ley 30/92 (106 y 107 de la Ley 39/2015), en relación a los arts. 28, 32.a) y c) y 34 del TRLCSP;
- c) la exigencia de responsabilidades disciplinarias al titular del órgano o funcionario responsable que ha procedido a la contratación irregular conforme a los artículos 34 y Disposición adicional decimonovena del TRLCSP, en relación al artículo al artículo 145 de la Ley 30/92 (36 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público) y artículos 175 y 176 de la Ley General Presupuestaria;
- d) la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento del expediente de gestión económico-financiero, conforme al artículo 28. c) o d) y siguientes de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.»⁶⁷⁹

Así pues, en los casos de nulidad de pleno derecho deberá ponerse en marcha siempre la revisión de oficio y no utilizar simplemente la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos, ya que ello utiliza un mecanismo del plano presupuestario para solucionar un problema del plano administrativo contractual. Tampoco será adecuada la vía de la reclamación de responsabilidad⁶⁸⁰.

Así pues, la doctrina del enriquecimiento seguirá siendo plenamente aplicable sea en el marco de la revisión de oficio o en el de la convalidación siem-

⁶⁷⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala Contencioso-administrativo, 19 septiembre de 2018 (rec. 247/2017).

⁶⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala Contencioso-administrativo, 19 septiembre de 2018 (rec. 247/2017).

⁶⁸⁰ Dictamen del Consejo de Estado núm. 1008/2008, de 11 de septiembre de 2008.

pre que se cumplan los requisitos por ella exigidos (recordemos: el aumento del patrimonio de una de las partes, el empobrecimiento de la otra, el nexo causal entre ambos sucesos y la ausencia de causa)⁶⁸¹.

A la hora de valorar si existe un derecho de compensación por los trabajos realizados podría argumentarse que la actitud del contratista debilitase el nexo causal y por tanto la responsabilidad de la nulidad deba ser compartida⁶⁸². En ese caso sería necesario delimitar qué se entiende por «diligencia» a la hora de modificar el contrato. Parece claro que el estándar mínimo de exigencia es alto dada la experiencia del contratista en el sector, acreditada durante la fase de licitación. Es decir, que en caso de una invalidez de la modificación derivada de una irregularidad manifiesta y grosera podría ocurrir que se negase la indemnización al contratista, en aplicación de ese estándar cualificado al que acabamos de referirnos⁶⁸³.

Ahora bien, de contrario se podría argumentar que el enriquecimiento sin causa no exige el estudio de las culpas de cada una de las partes ya que se trata de una prohibición de carácter objetivo⁶⁸⁴. El núcleo del análisis, pues, se

⁶⁸¹ El análisis por excelencia sobre la doctrina es el de REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

⁶⁸² En sentido similar L. MARTÍN REBOLLO, «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», cit.

⁶⁸³ En ese sentido el Voto Particular del Dictamen 4/2014 del Consejo Consultivo de Andalucía en el que parece considerar la coparticipación del contratista: «...el dictamen debería haber seguido la misma línea que han seguido, entre otros, el dictamen 358/2009 en relación con la detracción del beneficio industrial, y que por ser suficientemente ilustrativa me limito a reproducir: «como este Consejo Consultivo ha expuesto en diferentes ocasiones (por todos, dictamen 18/1995), «no sólo la Administración debe recibir el reproche por su irregular proceder sino que también cabe reputar a la entidad contratista como cocausante de la nulidad», pues resulta altamente improbable que la empresa que contrató con la Administración desconociera el fraccionamiento indebido del objeto del contrato para eludir los requisitos formales de la contratación cuando, como se ha señalado con anterioridad, las obras se efectuaron prácticamente simultáneamente y por la misma empresa. Así pues, «el contratista que consiente una irregular actuación administrativa, prestando por su parte unos servicios sin la necesaria cobertura jurídica sin oposición alguna, se constituye en copartícipe de los vicios de que el contrato pueda adolecer», sin que, por tanto, proceda indemnizarle a consecuencia de una previsible declaración de nulidad. En esta dirección se mueve correctamente la propuesta dictaminada, que se considera ajustada a Derecho, teniendo en cuenta que el Servicio de Contratación y Convenios justifica la liquidación y abono al contratista de los servicios prestados, detráido el beneficio industrial».

⁶⁸⁴ Esta solución no debería verse modificada cuando el contratista acude a la vía de la responsabilidad extracontractual, que recordemos que en teoría es una responsabilidad de carácter objetivo. Sin embargo, en la práctica los elementos de subjetivización de la responsabilidad patrimonial son muy visibles. Un ejemplo es el asunto que trata la declaración de nulidad de un acuerdo del Consejo de la Autoridad Portuaria por el que se modificaba el plazo de una concesión. Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias (Tenerife) de 9 de julio de 2015. La Sala, tras poner de manifiesto lo sustancial de las modificaciones, niega la indemnización al entender que la contratista «pretende dar plenos efectos a un convenio, negocio o ampliación del plazo concesional que es manifiestamente nulo y así ha sido declarado judicialmente, lo que se interesa es que se abonen los resultados que habría obtenido [la Concesionaria] si la ampliación concesional hubiera sido legal». La Sala afirma que la

centra en la existencia de enriquecimiento y solo de manera extraordinaria debe subjetivarse el análisis. Y ello por varios motivos:

i. Un motivo de Derecho público: todo análisis debe partir de situar al poder público como sujeto central encargado de velar por la legalidad del procedimiento. Es el protagonista principal de dar cumplimiento al principio de legalidad, y para ello puede acudir a los órganos técnicos a su servicio, además de someterse a los órganos de control pertinentes.

ii. Un motivo contractual: el poder público es quien tiene la decisión última respecto a la modificación del contrato ya sea porque puede imponer la modificación o porque puede no acordarla. Además, en el caso de los contratos administrativos las previsiones de la LCSP han creado incentivos para que el contratista no muestre oposición a la modificación del contrato (v.g. artículo 213 LCSP).

iii. Un motivo de práctica administrativa y seguridad jurídica: no compensar a los contratistas por los trabajos realizados incentivaría a que el poder público realizase modificaciones irregulares y después negase la compensación de los trabajos sobre la base de una posible nulidad de dicha modificación. En el pleito que se entablaría entonces, el poder público esgrimiría que la nulidad es tan grosera que denota falta de diligencia del contratista y, por tanto, ruptura del nexo causal.

En definitiva, es necesario objetivizar la aplicación del enriquecimiento sin causa y evitar traer a colación consideraciones subjetivas sobre la actitud de las partes. De hecho, solo extraordinariamente se ha considerado que el contratista debía conocer que no se daban los requisitos para acometer los trabajos y aun así lo hizo⁶⁸⁵.

El debate podría haber quedado zanjado si nos atenemos a la Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, Sala Tercera de 28 de enero de 2016 (ECLI: ES: TS:2016:166), que casa una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que sí había considerado la actitud del recurrente para negar la aplicación de la doctrina del enriquecimiento. Los hechos son sencillos y en esencia se refieren a la contratación de un curso de *e-learning*, que se contrata como contrato menor y que acaba modificándose hasta alcanzar la cifra de 150.000 euros. La Sala de instancia considera que la pretensión

nulidad del acto era manifiesta, algo que la concesionaria no podía desconocer: *«La actuación de una entidad mercantil dedicada al ámbito de las concesiones administrativas y al servicio público de estiba y desestiba no podía desconocer en modo alguno la patente nulidad del acuerdo alcanzado»*.

⁶⁸⁵ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 8 marzo 1991 (Ar. 2137) o de 26 febrero 2001 (Ar. 1831).

no puede ser atendida ya que *«la aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa requiere la existencia de buena fe en el empobrecido que actúa y se empobrece, como mínimo, siguiendo órdenes de quien en la Administración tenga apariencia de tener legitimación para contratar y obligar con sus actos a la Administración»*. Pues bien, en este caso *«la recurrente, contratista habitual de la Administración, tenía que conocer que los contratos han de ser adjudicados por el órgano legalmente facultado para ello tras la tramitación del correspondiente expediente y que no podían introducirse modificaciones en el contrato que supusieran un incremento del gasto aprobado, por lo que sí aceptó modificaciones que pudieran resultarle económicamente más onerosas lo hizo a su cuenta y riesgo sin tener derecho de reclamación frente a la Administración»*⁶⁸⁶.

El Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, casa la sentencia afirmando que *«...de lo que se trata es de determinar sin la Administración puede beneficiarse de los vicios originados por ella misma, aceptando los servicios prestados por el contratista en exceso, a solicitud de la propia Administración, que exige los mismos, aunque no los formalice conforme a derecho. Esta actuación, en efecto como se dice en las sentencias de contraste, supone un enriquecimiento injusto por parte de la Administración que ha de ser debidamente resarcido, máxime si por funcionarios de la propia Administración se acredita la existencia del gasto en la cuantía solicitada por la recurrente»*⁶⁸⁷.

Por último, señalar que una de las consecuencias que puede tener la modificación irregular para el contratista es la necesidad de devolver aquellos importes recibidos si se considerase que la modificación supone una ayuda de Estado en los términos del artículo 107 TFUE⁶⁸⁸.

6.5.3 Los terceros interesados: el licitador no seleccionado y el tercero interesado en una eventual licitación

Una de las posibles soluciones que se han apuntado como medio para contribuir a la superación del problema del abuso y mal uso de la modificación es la que hace referencia al papel de terceros interesados como mecanis-

⁶⁸⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 30 de marzo de 2015 (Ar. 148611).

⁶⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 28 enero de 2016 (ECLI: ES: TS:2016:166).

⁶⁸⁸ Acuerdo núm. 117/2017, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de 21 de noviembre de 2017, p. 26.

mo de control de las modificaciones irregulares. Ese papel, en el ámbito de la modificación, ha sido tradicionalmente inexistente y solo recientemente excepcional⁶⁸⁹. Sin embargo, ello cambiará gracias a dos circunstancias que caminan de la mano. Por un lado, el incremento de los requisitos de transparencia tanto por la normativa europea como por la nacional. Por otro, la extensión de la legitimación a otros operadores interesados. Ambas cuestiones han sido ya analizadas. Esta sección examina el contenido de la reclamación de los terceros interesados.

En relación al *petitum* del recurso de un tercero ante una modificación sustancial, dependerá de quién sea ese tercero. La mayoría de terceros interesados solo podrán solicitar que se anule la modificación sustancial y que, en su caso, los trabajos sean de nuevo licitados en los términos en los que se vienen ejecutando tras la licitación.

Sin embargo, en los contratos en los que no sea posible formular recurso especial, el lento funcionamiento de la justicia y el reducido alcance de la justicia cautelar, provocarán que la indemnización de los daños y perjuicios sea muchas veces la única recompensa para la parte actora. La propia mecánica del sistema hace que se tarde años en alcanzar una solución por lo que muchas veces el contrato y sus modificaciones se encuentran ya ejecutados.

Respecto al alcance de la indemnización, ésta debe cumplir con el principio de indemnidad, es decir, cubrir la totalidad de los daños y perjuicios causados ya se trate de daño emergente o lucro cesante.

Respecto al daño emergente, el mínimo que cubrirá la indemnización si se estiman sus pretensiones será los gastos incurridos por participar en la licitación. Así se pronuncia el artículo 58 LCSP, aplicable al recurso especial. Ahora bien, si el actor es un tercero interesado, pero no participante en la adjudicación, entonces no podrá optar a dicha cuantía, quedando su *petitum* limitado a una solicitud de anulación del modificado y –eventualmente– anulación del contrato o resolución, según lo que proceda. Por ejemplo, un potencial licitador que no participó en la licitación inicial, pero que en caso de nueva licitación podría obtener el contrato.

Respecto a la indemnización del lucro emergente del tercero interesado, se trata de una cuestión compleja. En el ámbito de la adjudicación irregular de contratos ocurre que, en el mejor de los casos, el demandante logra demostrar que de no haberse cometido la irregularidad hubiese sido el adjudicatario. En

⁶⁸⁹ Nótese que no se aborda en esta sección un análisis de la posición jurídica del tercero interesado y su función de control en general, sino que se limita a esbozar unas ideas sobre la realidad cada vez más habitual a la que nos conduce el enfoque licito-céntrico de la modificación.

ocasiones ello le da derecho a una indemnización por lucro cesante, que es el beneficio industrial dejado de percibir, si bien no siempre es así⁶⁹⁰.

En el caso de la modificación es difícil deducir que de haberse conocido el modificado en el momento de la adjudicación el resultado de la licitación hubiese sido otro. Un ejemplo de esta dificultad es un supuesto donde, tras la anulación de un modificado, se formula una reclamación de responsabilidad patrimonial por uno de los terceros interesados⁶⁹¹.

Así, la actora presentó reclamación patrimonial, antes de que transcurriera un año desde la sentencia que anuló la modificación del contrato, en la que pretende que se reconozca su derecho a percibir una indemnización por la anulación de la modificación del contrato primitivo, la cual valoraba en 5.394.794,29 €, con el siguiente desglose: - 19.795 € por gastos procesales; - 16.500 € por preparación del concurso; - 132.200 € por desinstalación; - 5.126.299,29 €, correspondientes al «6% del margen de negocio obtenido durante los ocho años posteriores a que el contrato fuera ilegalmente modificado»; - 100.000 € por daño moral. Ello es estudiado por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, bajo los parámetros de la responsabilidad patrimonial.

Como punto de partida, el Consejo Consultivo recuerda que la anulación de un acto o disposición no presupone derecho a la indemnización, sino que habrá que probar la concurrencia de todos los requisitos de la responsabilidad patrimonial. Pues bien, el Consejo Consultivo niega la existencia de nexo causal en contraste con otros supuestos más claros:

«En el caso que nos ocupa, a pesar del esfuerzo argumentativo de la interesada, no es posible establecer la relación causal que pretende, en cuanto que, si bien es cierto que la anulación judicial de la modificación del contrato hubiera obligado a la Administración a su resolución, lo que no resulta en modo alguno admisible, es aceptar las consecuencias que de ello intenta extraer la entidad re-

⁶⁹⁰ Lo hasta ahora dicho se observa con claridad en la adjudicación ilegal de los contratos. Por ejemplo, en el caso de la adjudicación directa de varios contratos por parte de RTVE prescindiendo de todo procedimiento, los cuales son impugnados, el Tribunal Supremo confirma la nulidad de los contratos adjudicados sin licitación, pero a la vez niega indemnización alguna en base a lo siguiente: «*En este sentido, debe recordar que según consolidada jurisprudencia, para que la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial sea procedente no basta con que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración Pública (en el caso de autos la celebración por el Ente Público RTVE de un contrato nulo de pleno derecho), sino que es necesario que el particular que formula la reclamación haya sufrido una lesión en sus bienes, derechos o intereses patrimoniales legítimos, que no se ha producido, desde el momento que no hay razón válida alguna para concluir que si se hubiese convocado el concurso, éste hubiese tenido que ser adjudicado conforme a derecho necesariamente al Sr. Carlos*». De esta manera, aunque el Tribunal Supremo dé la razón a la parte actora y declare nula de pleno derecho la adjudicación no concederá daños y perjuicios por lucro cesante (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 8 de marzo de 2005 (EDJ 23919)).

⁶⁹¹ Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid, 335/2015, de 24 de junio de 2015.

clamante: que el Ayuntamiento convocaría nuevo concurso, que el adjudicado era de una clara inviabilidad económica, que la interesada habría podido hacerse con la nueva adjudicación, y que no pudo licitar en el concurso que se realizó en condiciones de igualdad, ya que no se exigió al adjudicatario que cumpliera con su prestación, mientras que luego se modificó el contrato en sus elementos claves.

Tal razonamiento no deja de constituir un criterio teórico-práctico, en nada equiparable a la necesaria existencia de una conexión directa causa-efecto, entre la actividad administrativa y el daño que se alega, ni tampoco, entendemos, alcanza a atribuir el carácter de indemnizable a la privación de las expectativas de la entidad reclamante.

Así, frente a una hipotética resolución del contrato, el Ayuntamiento podría licitar nuevamente el servicio o no hacerlo, ya que no se trata de un servicio municipal esencial ni obligatorio.

En adición a ello, no es admisible estimar, como se pretende, que, de haberse convocado el concurso con las mismas exigencias técnicas de la modificación del contrato, la interesada habría podido resultar adjudicataria; (...)

En el caso presente, como ha quedado expuesto, nos encontramos con un concurso licitado y adjudicado, válido y no recurrido o impugnado, cuyo servicio se prestó durante tres años, transcurridos los cuales se instó una modificación contractual que «parcialmente» se declaró nula por Sentencia. Entra de lleno en el terreno de la hipótesis, el que la Administración, tras dicha nulidad de la modificación, convocaría un nuevo concurso, una vez resuelto el modificado irregularmente, así como las condiciones técnicas en las que, en su caso, dicho concurso se licitara, de modo que no se puede apreciar relación causal entre la modificación anulada y las expectativas de la entidad reclamante a resultar adjudicataria del concurso.»

Una posible solución sería a través de la doctrina de la pérdida de la oportunidad, evitando que la cuestión se convierta en un todo o nada ⁶⁹².

⁶⁹² Sobre la teoría de la pérdida de oportunidad MEDINA ALCOZ, L., 2007.

CAPÍTULO 7

SUPUESTOS ESPECIALES DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

En un capítulo anterior de esta obra se ha examinado el régimen general de la modificación de los contratos del sector público, que pivota sobre la regulación contenida en las Directivas y la regulación de la modificación del contrato administrativo. En cada apartado se han ido especificando las especialidades de los contratos privados adjudicados por los poderes adjudicadores que no son Administración pública y, en algunos puntos, también los contratos privados de la Administración pública y de las entidades del sector público no poder adjudicador, si bien estos últimos se rigen por derecho privado⁶⁹³.

Es momento ahora de examinar de manera sucinta algunos supuestos de modificación del contrato que tienen una regulación específica. Adviértase que el capítulo no ofrece un examen de todos los supuestos especiales de modificación ni pretende realizar un examen en profundidad de ellos. Ello desbordaría el objeto de esta monografía. De hecho, se recogen aquí figuras que, por su especialidad, podrían ser objeto de un trabajo separado. Se pretende tan solo mostrar que, bajo un concepto jurídico extenso (la modificación del contrato en sentido amplio) se recogen regímenes jurídicos diferenciados.

⁶⁹³ En ese sentido, no sería extraño observar como en base a la doctrina de las obligaciones positivas se acaba extendiendo la obligación de publicación a todos los casos de modificación y no sólo a los que la Directiva establece. No hay que olvidar que la regulación de la modificación descansa en los principios de igualdad de trato y transparencia, los cuales son, según dicha doctrina, derivados también del Tratado. Un ejemplo de ello es el asunto Wall, en el que se aplica *Presstext* a un caso de concesiones, entonces no cubiertas por las Directivas.

7.1 ESPECIALIDADES DE LA MODIFICACIÓN SEGÚN SU OBJETO

7.1.1 La modificación de los contratos de obra

La modificación de los contratos de obra –calificados así según las normas del artículo 13 LCSP– debe observar las reglas que conforman el régimen general. Ahora bien, en el caso de los contratos administrativos de obra debe también estarse a las especialidades contenidas en el artículo 242 LCSP⁶⁹⁴.

En primer lugar, hay dos situaciones que la propia norma excluye del concepto legislativo de modificación del contrato y, por tanto, quedan fuera del alcance del régimen general descrito. Así, el artículo 242.4 LCSP señala que no serán modificaciones contractuales los siguientes dos supuestos de modificación del proyecto:

i. El exceso de mediciones, que la norma define como *«la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto»*. Para no ser tomadas en cuenta como modificaciones deben representar, en su conjunto, un incremento del gasto no superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial⁶⁹⁵.

La norma impone que dicho exceso de mediciones sea recogido en la certificación final de la obra, además, claro, de que se puedan recoger en las certificaciones ordinarias como ha sido habitual en la práctica.

Según la doctrina previa a la aprobación de la LCSP, ese porcentaje será independiente del porcentaje fijado como límite para la modificación⁶⁹⁶, y será fijado según el saldo global, esto es, la diferencia entre los aumentos y las disminuciones⁶⁹⁷.

ii. La inclusión de precios nuevos: estos precios serán fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo. Para no ser tomadas en cuenta como modificaciones tienen que cumplir dos condiciones: que *«no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo»*.

⁶⁹⁴ Al respecto ver VÁZQUEZ MATILLA, J., *Contratación administrativa práctica*, 2018, pp. 64-71.

⁶⁹⁵ Informe núm. 27/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 14 de diciembre de 2012.

⁶⁹⁶ Informe núm. 23/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, de 12 de septiembre.

⁶⁹⁷ Informe núm. 16/06, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 30 de octubre de 2006.

A mi juicio, la previsión de estos dos supuestos por el legislador nacional es directamente contraria al Derecho de la Unión Europea. Y ello en la medida en que está estableciendo una exclusión automática de la aplicación de un precepto cuyo origen es la Directiva 2014/24. Y, además, lo está haciendo mediante una técnica cuestionable: decidir qué debe ser considerado una modificación del contrato, esto es, operando sobre un concepto jurídico que ya es un concepto europeo.

En el resto de supuestos será de aplicación el régimen general con las especialidades del artículo 242 LCSP. Cabe destacar las siguientes:

(i) Si se reducen o suprimen unidades de obra, «el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna».

(ii) Si se introducen unidades de obras no previstas o de características diferentes, deberá iniciarse un procedimiento contradictorio de fijación de precios (art. 242.2 LCSP). Ese procedimiento será resuelto por la Administración que, si bien no podrá imponer los precios al contratista, sí podrá contratar esas unidades con un tercero, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 LCSP⁶⁹⁸.

(iii) En caso de unidades de obra que queden ocultas en la ejecución de los trabajos existe un régimen de comprobación temprana de la inversión llevado a cabo por la Intervención correspondiente.

(iv) El procedimiento de modificación es ligeramente distinto cuando tiene su origen en una modificación del proyecto planteada por el director facultativo de la obra (nótese que el artículo 242.4 expresamente indica «modificación del proyecto» y no del «contrato»). En esos casos, el director facultativo debe recabar una autorización previa para iniciar el expediente de modificación del proyecto.

(v) Se recoge la figura de la continuación provisional de los trabajos para aquellos casos en los que, siendo necesaria la suspensión temporal de la ejecución, ésta puede causar graves perjuicios (art. 242.5 LCSP). A tal fin debe seguirse un procedimiento específico que, en el caso de la Administración General del Estado se regula en este precepto.

Las principales cautelas que se exigen en este supuesto son que: la modificación no puede superar el 20 por ciento del precio inicial, es necesaria propuesta técnica del director de obra, debe constar la conformidad del órgano de

⁶⁹⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., 2018, p. 1407, considera que estas opciones serán raramente ejecutadas ya que es previsible que el contratista acepte los precios propuestos.

contratación y, en algunos supuestos, debe evacuarse informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos.

Una vez obtenida la autorización provisional se pueden ejecutar los trabajos, que serán abonados en concepto de pagos a cuenta mientras que se tramita la modificación del proyecto (en un plazo máximo de seis meses) y el procedimiento de modificación (en un plazo de ocho meses).

7.1.2 La modificación de las concesiones de obras y de servicios

Al estudiar las causas de la modificación se ha dicho que la complejidad y el plazo de los contratos son factores que la hacen más necesaria⁶⁹⁹. La propia Comisión reconoce que en las relaciones de colaboración público-privada «*al referirse a una prestación duradera, han de poder evolucionar para adaptarse a los cambios del entorno macroeconómico o tecnológico, así como a las necesidades del interés general*»⁷⁰⁰.

Pues bien, en los contratos de concesión de obra, concesión de servicios concurren ambas circunstancias. Y, sin embargo, el régimen jurídico vigente reconoce de manera muy limitada esa especialidad. Por un lado, el Derecho europeo establece el mismo régimen que para los contratos clásicos, el cual es más estricto que el aplicado a los contratos de sectores especiales, donde no operan límites porcentuales. Por otro lado, el Derecho español ha hecho una transposición restrictiva de los supuestos de la Directiva.

El régimen de modificación de las concesiones vigente está compuesto por la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (la «Directiva de concesiones») y la LCSP, que transpone también esa norma.

El artículo 43 de la Directiva establece el régimen de modificación de los contratos de concesión (obra o servicios) muy similar al régimen general. Así, establece un sistema de lista que fija los supuestos en que se puede modificar la concesión. Estos supuestos coinciden con los de la Directiva 2014/24: i) modi-

⁶⁹⁹ M. BURNETT, *EP & PPPLReview*, 2008., p. 53.

⁷⁰⁰ COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, COM (2004) 327 p. 47. Ene se mismo Libro Verde se afirma que «49. En general, las modificaciones que tienen lugar durante la ejecución de una CPP, cuando no se contemplan en los documentos contractuales, suelen dar como resultado que se ponga en duda el principio de igualdad de trato de los operadores económicos. Dichas modificaciones no contempladas sólo son aceptables cuando un acontecimiento imprevisible las hace necesarias o cuando están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas. Además, toda modificación sustancial, relativa al objeto mismo del contrato, deberá asimilarse a la firma de un nuevo contrato, lo que implica una nueva convocatoria de concurso».

ficaciones previstas; ii) trabajos adicionales; iii) circunstancias imprevisibles; iv) no sean sustanciales en los términos fijados por el test *Presstext*; v) modificaciones menores. De esta manera, aplicando el mismo régimen no se está reconociendo la especialidad que pueden tener las concesiones en términos de contratos complejos y a largo plazo.

Además de las normas sobre modificación, la Directiva de concesiones trae consigo dos previsiones adicionales que tienen efecto sobre aquéllas. Se trata de la regulación de los plazos de duración de las concesiones (art. 18) y la exigencia de una transferencia del riesgo operativo al concesionario (artículo 5). Con la nueva regulación sobre distribución de riesgos y la definición de concesión no parece posible una modificación encaminada a asegurar saldos positivos a la concesionaria, tal como ocurría hasta ahora ⁷⁰¹.

La Directiva 2014/23 fue transpuesta al ordenamiento por la LCSP que, como ya se ha dicho, establece un régimen de modificación más estricto que el de la norma europea (me remito aquí a lo ya dicho en los capítulos 3 a 5 de este libro) lo cual ha sido visto como una pérdida de oportunidad de mayor flexibilidad que ofrecía la Directiva y, también, como una posible vulneración del Derecho de la Unión ⁷⁰².

En la LCSP se contienen algunas especialidades interesantes en el régimen de la modificación de las concesiones de obras (definidas en el artículo 14 LCSP) y las concesiones de servicios (definidas en el artículo 15 LCSP).

De nuevo insistir en que el régimen general de la modificación es plenamente aplicable, sin perjuicio de las especialidades aplicables a los contratos administrativos de concesión contenidas en los artículos 255 y 262 LCSP para la concesión de obras, y el artículo 290 LCSP para la concesión de servicios. A continuación se estudian cada uno de estos regímenes. La figura del mantenimiento del equilibrio económico del contrato se examina como último apartado de esta sección por las similitudes que tiene en ambos tipos de concesiones.

⁷⁰¹ Ver, por ejemplo, Dictamen del Consejo de Estado, 512/2006, de 30 de marzo de 2006: «La primera de las citadas cláusulas asegura al concesionario en todo caso un saldo de compensación positivo en el periodo concesional. Dicha previsión comporta, *de facto*, la exclusión del riesgo y ventura que prevé, como principio rector, para las concesiones de autopistas la Ley 8/1972, de 10 de mayo. En cuanto medida de fomento, el aseguramiento de un saldo positivo en la explotación de la obra pública puede encontrar acomodo en la regulación contenida en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para las concesiones de obra pública. Ahora bien, considera este Consejo que previsiones de tal índole no deber ser objeto de generalización por cuanto comportan la desnaturalización de la institución concesional. Solo razones singulares y acreditadas pueden justificar el establecimiento de previsiones como la proyectada. En el caso presente, el Consejo no puede asumirlas por cuanto no están ni debidamente justificadas, ni acreditadas en el expediente remitido en consulta. No obstante, este Cuerpo Consultivo considera que no procede objetarlas desde la estricta legalidad y que las razones de oportunidad que las amparan han sido ponderadas por los servicios preinformantes y están bajo su garantía técnica.»

⁷⁰² En ese sentido CALATAYUD PRATS, I., *La Administración al día*, 2018.

No se entra aquí en el estudio de la resolución de las concesiones si bien habrá que tener en cuenta sus especialidades en caso de tener que resolver un contrato por la imposibilidad de seguir ejecutándolo sin posibilidad de una modificación válida. Sí debe destacarse que la resolución a causa de una modificación irregular podría subsumirse en los supuestos de causa imputable a la Administración cuando se trate de un acuerdo de ésta (artículo 279 letra e, y artículo 294 letra e LCSP). En esos casos, el concesionario tendrá derecho al importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión, atendiendo a su grado de amortización, así como a los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, cuantificados conforme a lo establecido en la letra a) del apartado 3 del artículo 280 y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta de su grado de amortización.

(A) *La modificación de la concesión de obras*

En el caso de la concesión de obra pública, la LCSP mantiene el confuso régimen que se refiere a la modificación del proyecto (artículo 255 LCSP), la modificación de la obra (artículo 262 LCSP), la modificación del contrato (artículo 261 LCSP) y la modificación de la explotación de la obra (artículo 258 LCSP).

En la fase de construcción puede ocurrir que el órgano de contratación requiera modificar el proyecto de la obra. En ese caso, conforme al artículo 255 LCSP, solo será posible modificar el proyecto si se cumple con el régimen general de modificaciones (artículos 203 a 207 LCSP) y se trata de una modificación exigida por el interés público. Sí que se prevé un mandato expreso de modificación del plan económico-financiero en caso de que sea necesario realizar ajustes.

Ya sea en la fase de construcción o en la fase de explotación, el artículo 262 LCSP establece que el órgano de contratación podrá acordar la modificación de las obras o su ampliación siempre que el interés público lo exija y se cumpla con el régimen general de modificaciones (artículos 203 a 207 LCSP). De nuevo, se prevé un mandato expreso de revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias.

A la vista de lo dicho hasta ahora, es razonable afirmar que tanto la modificación del proyecto como la modificación de las obras no suponen una gran especialidad respecto al régimen general de modificación de los contratos pú-

blicos. El único aspecto relevante es ese mandato de revisión del plan económico-financiero.

Si el plan económico financiero resulta afectado, será necesario en todo caso proceder al reequilibrio del contrato de concesión, y ello con independencia de cómo han quedado formulados los artículos 255 y 262 LCSP. Esto es así porque el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión es un derecho legal expresamente reconocido al concesionario en el artículo 257 letra b LCSP, el cual se remite a las normas recogidas en el artículo 270 LCSP.

Por esa razón considero que no es necesario añadir, como hace el artículo 262.2 LCSP referido a la modificación de las obras (y no de los proyectos) que «*[t]oda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por las normas generales de modificación y por lo dispuesto en el artículo 270 de la presente Ley*». Ello ya viene impuesto para toda modificación del contrato de concesión por el artículo 257 LCSP.

O, visto desde la óptica del artículo 255 LCSP, llama la atención que éste no se remita al artículo 270 LCSP. ¿Qué ocurre entonces en el caso de una modificación de proyecto que altere el plan económico-financiero? A mi juicio ocurre lo mismo que en el caso de modificación de obras en sentido estricto: la necesidad de, llegado el caso, reequilibrar la concesión como establece el artículo 270 LCSP. Y es que no se puede perder de vista que una modificación del proyecto es una modificación del contrato inicialmente suscrito. En la práctica no veo cómo puede no ser así dado que el proyecto se integra como un documento contractual más (así, el contrato suele referirse al proyecto al definir su objeto, e incluso es habitual que traiga incorporado el propio proyecto como anexo).

Además de estas previsiones, el artículo 261 LCSP, cuando enumera las prerrogativas de la Administración incluye la de «*[m]odificar unilateralmente los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en esta Ley*». Es decir, que debe seguirse el régimen general así como lo previsto en los preceptos aquí citados.

En estrecha relación con ese precepto, el artículo 258 LCSP establece entre las obligaciones del concesionario la de «*[e]xplotar las obras, asumiendo el riesgo operacional de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación*». Es decir, que el concesionario viene obligado a acatar las órdenes del órgano de contratación, las cuales pueden o no dar lugar a la modificación del contrato según sea su sentido e intensidad. Ahora bien, lo que no puede ocurrir es que al socaire de las órdenes de la Administración se esté produciendo una modificación encubierta que no llegue a formalizarse.

■ LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Como se puede observar, el conjunto de modificaciones aquí descritas se refieren siempre a modificaciones cuya necesidad es apreciada por el órgano de contratación, el cual puede imponerlas al contratista. No habla del origen de las mismas.

(B) *La modificación de la concesión de servicios*

De manera menos confusa que en el caso de la concesión de obra pública, la LCSP regula la modificación del contrato de concesión de servicios y el mantenimiento de su equilibrio en un solo precepto, el artículo 290 LCSP. La regulación es también más directa:

– La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en el régimen general de modificación (artículos 204 y 205 LCSP).

– Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. Adviértase que no se exige una ruptura sustancial del equilibrio económico.

(C) *El equilibrio económico financiero en ambos supuestos*

En la actual LCSP la figura del mantenimiento del equilibrio económico se recoge expresamente tanto para la concesión de obras como para la concesión de servicios. En el caso de la concesión de obras aparece recogida como derecho del contratista (art. 257 LCSP) y como deber de las partes (art. 270 LCSP). En el caso de la concesión de servicios solo aparece en esa segunda faceta de deber (art. 290 LCSP).

Adviértase que el artículo 270 y el 290 LCSP recogen los supuestos en los que se debe proceder al reequilibrio. Lo que no queda claro es si se trata de causas tasadas que impiden que las partes lleguen a un acuerdo de reequilibrio en otras circunstancias. A mi juicio esta debe ser una opción posible. El principio general de libertad de pactos que inspira la contratación (recogido en el artículo 34 LCSP) me lleva a mantener una interpretación según la cual estos preceptos solo imponen un deber de reequilibrio fuera del cual ninguna de las

partes podrá reclamar el reequilibrio a la otra –no se olvide que la regla del reequilibrio es bidireccional–. Ello no impide que decidan alcanzarlos por mutuo acuerdo si un interés mayor así lo aconseja.

Así, puede ocurrir que la Administración, sin estar obligado a ello porque no se den las causas de los artículos 270 y 290 LCSP, prefiera reequilibrar el contrato para garantizar su correcta ejecución (por ejemplo evitando la quiebra del contratista)⁷⁰³.

La propia norma parece apuntar en esa dirección. En efecto, es significativo el tratamiento que le dan los artículos 270 y 290 LCSP a las desviaciones de demanda. Por un lado, niegan que sea una causa que haga nacer el derecho al restablecimiento, pero por otro incluyen estos supuestos como los típicos en los que se podrá ampliar el plazo de la concesión⁷⁰⁴.

En cualquier caso, ambos preceptos contienen una lista muy similar, imponiendo un deber de modificación:

a) Cuando la Administración realice determinadas modificaciones de la concesión.

Se trataría aquí de las modificaciones unilaterales que hemos descrito en los apartados anteriores. Adviértase que no se exige una ruptura sustancial del equilibrio económico.

Ahora bien, tanto el artículo 270 LCSP (para la concesión de obras) como el 290 LCSP (para la concesión de servicios) limitan este supuesto de reequilibrio a unos supuestos determinados.

En el contrato de concesión de obra pública surge sin embargo una cuestión relevante desde el punto de vista práctico. Y es que el artículo 270 LCSP, que reconoce el deber al mantenimiento del equilibrio económico, en su

⁷⁰³ Este argumento fue sostenido ya por CALATAYUD PRATS, I., *La Administración al día*, 2018: «Es decir, por ejemplo, en la nueva LCSP el acaecimiento de un supuesto considerado como riesgo imprevisible o un *factum principis* generado por una Administración no concedente no habilita o no atribuye un derecho al concesionario para solicitar el equilibrio y una correlativa obligación de la Administración a aceptarlo, sino que, por el contrario, estos supuestos se tornan en una prerrogativa de la Administración que podrá ejercitar, o no, discrecionalmente, en caso de que acaezcan, la modificación que, en caso de que se ejercite, generará un reequilibrio del contrato».

En definitiva, la Administración podrá modificar el contrato en aquellos supuestos en que acaezcan circunstancias imprevisibles como, por ejemplo, avances técnicos, factum principis generados por una Administración no concedente y supuestos de riesgo imprevisible, en cuyo caso y solo si modifica el contrato, nace el derecho del concesionario al reequilibrio. Lo que, por el contrario, desaparece es el derecho del concesionario a exigir el reequilibrio, con la consiguiente obligación de la Administración de modificar el contrato, en supuestos de avances técnicos, factum principis generados por una Administración no concedente y supuestos de riesgo imprevisible».

⁷⁰⁴ En sentido contrario parece pronunciarse LAZO VITORIA, X., 2018, p. 2610. La autora sostiene que el tenor literal de la norma («en todo caso, no existirá derecho al restablecimiento... por incumplimiento de las previsiones de la demanda») es un límite expreso a restablecimiento.

apartado 2 letra a) recoge expresamente que existe un deber de reequilibrio «[c]uando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262».

Ese precepto se refiere, pues, a la modificación o ampliación de las obras, que es lo que regula el artículo 262 LCSP. No cubre las modificaciones en el plan de explotación.

Ello podría entenderse de manera que la LCSP está excluyendo del reequilibrio todas las modificaciones que no se subsuman en el artículo 262 LCSP⁷⁰⁵. Parecería que el reequilibrio se refiere exclusivamente a la fase de construcción. Sin embargo, a mi juicio, la LCSP no está excluyendo la posibilidad de reequilibrio en caso de modificaciones del plan de explotación, sino que las está relegando al 270.2.b) LCSP, e incluyéndolas en el apartado más genérico de «actuaciones» de la Administración. Ello tiene como consecuencia que su reequilibrio solo opera si la modificación causa una ruptura sustancial del equilibrio⁷⁰⁶.

En el caso del contrato de servicios, el artículo 290 LCSP limita el deber de reequilibrar la concesión bajo este supuesto a aquellas modificaciones que se lleven a cabo en las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios. El resto de modificaciones harán nacer el deber de reequilibrio cuando supongan una ruptura sustancial de la ecuación económica.

b) El segundo supuesto recogido por los artículos 270 y 290 LCSP se refiere al deber de reequilibrio 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.

Estos preceptos no definen qué debe entenderse por «actuaciones», ni tampoco establecen qué debe entenderse por «ruptura sustancial». La utilización de conceptos excesivamente indeterminados condena a los operadores jurídicos –Administración y contratistas– a una alta litigiosidad.

Nótese que las «actuaciones» de otra Administración no se recogen expresamente como causa que pueda justificar el reequilibrio. Ello parece implicar que el *factum principis* cuyo origen es otra Administración distinta de la concedente ya no es una causa que justifique el restablecimiento⁷⁰⁷. Esa situación obliga al contratista a (i) explorar la vía de la responsabilidad patrimonial fren-

⁷⁰⁵ CALATAYUD PRATS, I., *La Administración al día*, 2018.

⁷⁰⁶ Tampoco entiende que el restablecimiento se limite a la fase de construcción de las obras LAVILLA RUBIRA, J. J., 2018, p. 1429.

⁷⁰⁷ Sí lo sería en caso de que la concedente y la Administración causante de las alteraciones tuviesen una relación de dependencia, tal y como observa LAVILLA RUBIRA, J. J., 2018, p. 1430.

te a la Administración actuante, extremo que será difícil de lograr; o bien (ii) instar a la Administración concedente a modificar el contrato para adaptarlo a la nueva situación fáctica o jurídica. La solución dependerá de qué tipo de alteración provoca la medida aprobada en el contrato que está siendo ejecutado.

Para paliar en parte la situación, la LCSP establece en estos preceptos que el concesionario tendrá derecho al desistimiento del contrato si éste resulta extraordinariamente oneroso debido a una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato o bien cuando venga obligado a incorporar a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato⁷⁰⁸.

c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato (la fuerza mayor aparece regulada en el artículo 239 LCSP)⁷⁰⁹.

En relación a los mecanismos que pueden ser utilizados, tanto el artículo 270 LCSP como el 290 LCSP señalan que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de *las medidas que en cada caso procedan*. Y, acto seguido y sin carácter exhaustivo, se listan algunos mecanismos que pueden ser utilizados para alcanzar el reequilibrio⁷¹⁰. Así, estos preceptos prevén la posibilidad de:

- (i) modificar las tarifas que abonan los usuarios;
- (ii) la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente;
- (iii) la reducción del plazo concesional;

⁷⁰⁸ Los artículos 270 y 290 LCSP establecen que «*Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.*

Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes».

⁷⁰⁹ El concepto de fuerza mayor no está recogido en las Directivas. En el ámbito del Derecho europeo sí aparece definido en el apartado 34 de las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto RF/Comisión, C-660/17 P, EU:C:2019:67, donde lo diferencia del caso fortuito.

⁷¹⁰ A estos mecanismos de reequilibrio hay que sumarle los mecanismos específicos aprobados por una norma que pretende dar respuesta a supuestos concretos. Por ejemplo, el mecanismo de préstamos participativos del Estado por los sobrecostes expropiatorios previsto en las disposiciones adicionales 41.^a y 42.^a de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 para determinadas concesiones de autopistas.

(iv) cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato; y

(v) la ampliación del plazo concesional en un 15 por ciento siempre que se trate de desequilibrio por actuaciones de la Administración Pública concedente o de un incumplimiento de las previsiones de la demanda (en el caso de las concesiones de obras para que se pueda utilizar este mecanismo se exige que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios). En este sentido adviértase que la utilización de la prórroga como mecanismo de compensación en ocasiones ha sido laxa⁷¹¹ y en otras, más estricta⁷¹².

Todas suponen en una modificación del contrato en sentido amplio. Ahora bien, a mi juicio esta modificación que deriva del mantenimiento del equilibrio económico, no se rige por las normas generales de la modificación contractual sino que obedece al régimen específico diseñado por los artículos 270 y 290 LCSP. De hecho, esos artículos prevén modificaciones (por ejemplo las que se refieren a modificación del régimen económico o del modelo de retribución) cuya compatibilidad con los artículos 204 y 205 LCSP sería cuestionable.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo cuando analiza la resolución de la autopista Madrid-Toledo (AP-41) solicitada por la concesionaria al entender ésta que el reequilibrio económico al que obligaba una previa sentencia del propio Tribunal era una modificación jurídicamente inviable:

«Pues bien esta Sala comparte el criterio de la Abogacía del Estado, aquí no nos encontramos ante una modificación de la concesión, sino ante un reequilibrio económico producido como consecuencia de la no realización de una obra distinta, la Autovía Toledo a Córdoba, pero la autovía de Madrid a Toledo de la que es concesionaria la recurrente no ha sido alterada en sus términos sustanciales, como sostiene la recurrente. Y es posible que, de no haberse producido la reciente crisis económica, pese a la no ejecución de la obra prevista que uniría por Autovía las Ciudades de Toledo y Córdoba, la explotación de la concesionaria recurrente fuera rentable.

(...) Sin embargo compartimos el criterio de la Administración que no es necesario, como sostiene la recurrente proteger al principio de libre concurrencia y a terceros posibles licitadores, fundamento de las resoluciones del TJUE citadas sobre este tema- porque los términos en que se celebró el contrato primitivo permanecen inalterados en su esencia; se había producido un desequilibrio en los derechos y obligaciones existentes en el momento de celebración del contrato pero el mismo ha sido

⁷¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 30 de abril de 2001 (EDJ 2001/28576); Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2003 (EDJ 2003/111247). Fue necesario modificación de ley para permitir prórroga: Ley 13/1996 art. 157 que adiciona art. 25 bis a Ley 8/1972. Así se pronuncia el Informe núm. 12/06 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 24 marzo, al considerar que debe ser interpretación estricta.

⁷¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 25 de mayo de 2006 (EDJ 2006/83915).

(y, en su caso, continuará siendo) restaurado a través de las medidas de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión. Por ello, tampoco procede plantear cuestión prejudicial al respecto ante el TJUE. En efecto, lo que ha ocurrido es un hecho posterior a la formalización del contrato, relacionado con el mismo pero ajeno a su contenido, un "factum principii", siquiera temporal, que ha ocasionado unos perjuicios a la recurrente que han sido compensados mediante el reequilibrio económico solicitado por la misma, sin alteración de las condiciones del contrato»⁷¹³.

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia está redactada de manera tan general que puede ser perfectamente aplicable a otros supuestos. De manera clara viene a confirmar que los modificados derivados del reequilibrio económico financiero no deben estar sometidos a los límites del régimen general de la modificación contenido en la LCSP.

Hay que tener en cuenta que los artículos 204 y 205 LCSP tienen por objeto proteger la licitación inicial, mientras que en el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato la modificación tiene por objeto una vuelta a la situación inicial. De hecho se refiere a circunstancias que habrían afectado a todos los candidatos por igual de haber sido ellos los adjudicatarios. Es voluntad del legislador darle a estos supuestos un tratamiento diferenciado.

Ahora bien, sí considero que el límite de las modificaciones por reequilibrio es doble. Por un lado, habrá que observar los límites establecidos en los artículos 270 y 290 LCSP. Por otro, habrá que tener en cuenta los límites a la modificación que se contienen en las Directivas. Y es que el Derecho europeo es ajeno a la opción del legislador nacional de establecer un régimen específico para estos supuestos. En su caso todas las modificaciones del contrato, sea cual sea el supuesto, deben someterse a los límites por él previstos.

Respecto a los mecanismos de reequilibrio interesa señalar algunas cuestiones. En primer lugar, como señala el Tribunal Supremo, dada *«la amplitud y el rigor con que aparece establecida en esa regulación general la exigencia de mantenimiento de la ecuación económica del contrato impide aceptar limitaciones no expresamente establecidas sobre las fórmulas de compensación económica al concesionario (...) si la modificación contractual afecta a uno de los elementos del contrato, el equilibrio podrá lograrse alterando cualquier otro elemento de la misma índole económica»*⁷¹⁴.

En segundo lugar, los mecanismos fijados en los pliegos deben ser de aplicación preferente, no siendo posible acudir a otros que puedan tener impacto en el principio licitatorio⁷¹⁵, ya se trate de la licitación inicial como de una eventual licita-

⁷¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 2 de junio de 2016 (rec. 827/2014).

⁷¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2003 (EDJ 2003/111247).

⁷¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 8 de octubre de 2014 (EDJ 2014/180814).

ción futura. En este sentido se ha criticado a la prórroga como técnica de reequilibrio y por esa razón aparece limitada esta posibilidad a supuestos muy específicos. Así, el Tribunal Supremo considera que la compensación del incremento de costes derivados de una modificación unilateral que amplía el servicio no puede ser la prórroga del contrato si ello no se ha establecido así en los pliegos ya que ello «*llevaría consigo que la Administración impidiese que al concluir el contrato se volviese a licitar el mismo, conculcando de ese modo el derecho de los particulares o sociedades que legítimamente aspirasen a ser adjudicatarios del servicio a la conclusión del mismo, haciendo así ilusoria la libre concurrencia en la contratación pública*»⁷¹⁶.

Más claro parece el supuesto en el que mediante la alteración de un contrato de gestión de servicios se pretende pasar de gestionar 90 postes de señalización a 200, a cambio de aumentar el plazo del contrato, cuando el propio documento contiene una cláusula que explícitamente considera el plazo improrrogable⁷¹⁷.

Por último, señalar que la técnica de reequilibrio a aplicar no puede ser impuesta por la jurisdicción. Y ello porque es a la Administración a la que le corresponde la adopción de las medidas, de entre las posibles, que considere más conveniente⁷¹⁸.

En ese sentido, el Tribunal Supremo ha considerado que si una técnica de reequilibrio (como la revisión de precios) estuviese explícitamente excluida en los pliegos no es posible acudir a otros mecanismos de reequilibrio con similares efectos sobre el contrato⁷¹⁹. A mi juicio esta postura, que no está consolidada, no tiene en cuenta que el reequilibrio se configura en la normativa vigente como un derecho del concesionario cuya exclusión de plano por los pliegos es cuestionable y, en todo caso, debe interpretarse estrictamente. Así pues, prohibir un mecanismo no puede impedir acudir a otros.

7.1.3 La modificación de los contratos adjudicados en los sectores especiales o excluidos

Tanto el legislador europeo como el legislador nacional han regulado la contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en ocasiones llamados sectores especiales o sectores excluidos) me-

⁷¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 25 de mayo de 2006 (EDJ 2006/83915).

⁷¹⁷ Informe núm. 47/98 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 17 de marzo de 1999.

⁷¹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 19 de marzo de 2015 (Ar. 518).

⁷¹⁹ Sentencia Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 8 de abril de 2013 (rec. 534/2011).

diante normas que son más flexibles y menos densas jurídicamente que la normativa de contratación clásica⁷²⁰.

Actualmente está en vigor la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (la «Directiva 2014/25») y, en España, la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (la «LCSE») a la espera de que se apruebe la norma que debe transponer la citada Directiva.

En el plano europeo, la Directiva 2014/25 regula la modificación de los contratos en su artículo 89. Este precepto sigue la misma línea que el artículo 72 de la Directiva 2014/24. El precepto recoge los mismos supuestos (modificaciones previstas, trabajos adicionales, circunstancias imprevisibles, no sustancialidad y modificaciones menores). Sin embargo, esta Directiva no incorpora el límite porcentual del 50 por ciento que la directiva clásica impone a la modificación en caso de trabajos adicionales y circunstancias imprevisibles. Ello no obsta para que no se apliquen los demás límites que esos mismos supuestos imponen (límites que coinciden con la directiva clásica).

En la normativa española vigente, la LCSE de 2007, nada se dice acerca de las modificaciones. Sin embargo, hay dos circunstancias que nos llevan a abogar por una aplicación directa del artículo 89 de la Directiva o, al menos, de algunos de sus apartados. Por un lado, porque entre la LCSE y la Directiva hay una identidad de objeto. Es decir, que el legislador opta por establecer para la LCSE el alcance subjetivo y objetivo que le impone el Derecho de la Unión, sin ir más allá como sí ocurre con la LCSP. De ahí se deriva que la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia en la materia sea de plena aplicación a la LCSE.

Por otro lado, porque es razonable sostener que muchos apartados del artículo 89 de la Directiva, tal y como queda redactado, tienen efecto directo que se despliega desde el momento en que el Reino de España debió haber transpuesto la Directiva (18 de abril de 2016)⁷²¹. En todo caso, esta situación quedará resuelta cuando sea aprobada la nueva LCSE⁷²².

⁷²⁰ Al respecto ver ARROWSMITH, S., *Public Procurement Law Review*, 2012, pp. 71-82.

⁷²¹ Sobre el efecto directo de las directivas de contratación es útil el Documento de Estudio elaborado por los Tribunales Administrativos De Contratación Pública, sobre los Efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público, de 1 de marzo de 2016. Sostiene el efecto directo del precepto equivalente de la modificación de concesiones CALATAYUD PRATS, I., *La Administración al día*, 2018.

⁷²² Se hace eco del incumplimiento del Reino de España el profesor MORENO MOLINA, J. A., *Observatorio de la Contratación Pública*, 2019.

7.2 MODIFICACIONES DEL CONTRATO CON UN RÉGIMEN ESPECIAL EN LA LCSP

El concepto de «modificación del contrato» utilizado en este trabajo es más amplio que el concepto legal utilizado por el legislador español. Por esa razón se incluyen aquí una breve referencia a ese conjunto de «modificaciones» del contrato que sí son modificaciones conforme a la definición inicial, pero que el legislador español ha dejado fuera del régimen de la modificación de los contratos del sector público.

Así, en este capítulo se abordarán las que considero más relevantes en la práctica: la suspensión del contrato, la ampliación del plazo, la prórroga no prevista del contrato (ya se ha examinado el régimen de la prórroga prevista al analizar las figuras afines a la modificación) y la cesión del contrato (que supone una modificación del elemento subjetivo del contrato).

7.2.1 La suspensión del contrato

En el Derecho español la suspensión se ha tratado siempre de la mano de la modificación del contrato⁷²³. Ya la LCE situaba juntos el precepto dedicado a la modificación (art. 48 LCE) y el de la suspensión (art. 49 LCE). El propio Tribunal Supremo ha llegado a considerar la suspensión como una expresión del poder de modificación del contrato⁷²⁴. De hecho, aunque la suspensión del contrato no tiene por qué implicar un aumento en el plazo de ejecución, sí produce una alteración del programa de trabajo inicialmente previsto por lo que debe entenderse que estamos ante una modificación del contrato⁷²⁵.

El legislador español ha dotado de un régimen jurídico diferenciado a la suspensión del contrato. En la LCSP la suspensión se recoge por primera vez como una prerrogativa de la Administración aplicable en todos los contratos administrativos (art. 190 LCSP), siendo su régimen fijado en el artículo 208 LCSP.

⁷²³ Sobre accesividad de la suspensión respecto de la modificación ver BARRERO RODRÍGUEZ, C., *Revista de Administración Pública*, 1997, que lleva a cabo un examen de la suspensión de la LCE y la posterior LCAP.

⁷²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1981 (Ar. 1840); Sentencia del Tribunal Supremo de 23 junio 1989, (Ar. 4472). ARIÑO cuando considera que se trataría en ocasiones de «una especialidad» de la potestad de modificar el contrato (Cfr. ARIÑO ORTIZ, G., 1984, p. 96).

⁷²⁵ En el trabajo original se argumentó que la suspensión debía ser tratada como una figura diferenciada de la modificación por lo que se incluyó en el apartado de delimitación de «figuras afines». Tras los comentarios del Tribunal se decide ahora tratarla como un supuesto especial de modificación.

Ese precepto recoge dos supuestos de suspensión: que sea por voluntad de la Administración o que sea por voluntad del contratista en caso de demora en el pago superior a los cuatro meses.

El artículo 208 LCSP le otorga un importante papel al acta de suspensión⁷²⁶. Así, en cualquier caso es necesario que la Administración eleve un acta de la suspensión, sin la cual no será posible reclamar indemnización alguna. Si, tras la solicitud del contratista, la Administración no elevase tal acta, se entenderá que la suspensión se inició en la fecha señalada en la solicitud del contratista (art. 208.2.b LCSP, que no fija un plazo determinado para la aprobación del acta)⁷²⁷.

El artículo 208.2.a) LCSP fija los conceptos indemnizables y sus cuantías aparecen, pudiendo el PCAP modular al alza o a la baja estos conceptos. Esta novedosa previsión pretende acabar con la siempre problemática valoración de los daños y perjuicios sufridos (en particular con la problemática compensación de los «gastos generales»)⁷²⁸.

El derecho a reclamar el abono de daños y perjuicios prescribe con el transcurso de un año desde la fecha en que el contratista reciba la orden de reanudar los trabajos.

Sin perjuicio de ese régimen específico, interesa la relación existente entre modificación y suspensión. En no pocas ocasiones la suspensión se produce para permitir la modificación o como consecuencia de la misma. En ese sentido Horgué Baena considera la suspensión como una potestad accesoria a la de modificación del contrato⁷²⁹.

Pues bien, la suspensión del contrato derivada de la modificación ha dado lugar a ciertos problemas en cuanto a la indemnización de los daños que ésta produce. En general, cuando la modificación conlleva suspensión de la ejecución, el contratista tiene derecho a ser indemnizado por los costes directos e indirectos que soporte. Es importante subrayar que la simple suspensión no da derecho a indemnización, sino que deberán justificarse suficientemente los daños provocados.

⁷²⁶ Lo cual es una de las principales novedades del precepto, según afirma TORRALBA MENA, I., 2018, p. 1226.

⁷²⁷ Esta previsión expresa parece una respuesta legislativa a la doctrina jurisprudencial (v. g. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 17 de noviembre de 2011, Ar. 2274).

⁷²⁸ Nótese que para algunos de estos gastos debe acreditarse fehacientemente su realidad, efectividad e importe mientras que para otros no sería necesario. Entre estos últimos se encuentra el abono de «[u]n 3 por 100 del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato».

⁷²⁹ HORGUE BAENA, C., 1997, p. 61.

Existen al respecto fallos contradictorios, desde los que aceptan que se pueda solicitar indemnización aunque se acepte el modificado⁷³⁰ a los que niegan la pretensión de indemnización cuando el periodo de suspensión culmina con la modificación acordada por ambas partes⁷³¹. Tampoco acepta compensación por la suspensión provocada por el procedimiento de modificación cuando se acepta el modificado posterior y se firma sin disconformidad la certificación final⁷³².

Me remito aquí a lo dicho en el apartado que estudia las consecuencias de una modificación válidamente celebrada, en particular aquello relativo a la superación de la doctrina que negaba la indemnización si el modificado se aceptada o no se recurría⁷³³.

En todo caso, como se acaba de apuntar más arriba, el artículo 208 LCSP establece un régimen de compensación según el cual siempre que sea la Administración la que acuerde la suspensión o ésta se produzca por su impago, deberá indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el contratista. Sin embargo, de contrario podría argumentarse que ese deber de compensación solo nace cuando la causa última de la suspensión no sea imputable al contratista. Aplicadas estas dos ideas a la modificación resultaría que la suspensión derivada de una modificación unilateral o de una modificación provocada por factores ajenos al contratista deberá ser siempre compensada.

7.2.2 La ampliación del plazo de ejecución

Distinta de la suspensión del contrato o de su prórroga es la ampliación del plazo de ejecución, regulada en el artículo 195.2 LCSP.

Esta posibilidad de ampliación del plazo se prevé para el supuesto en que durante la ejecución ocurriese un retraso producido por motivos no imputables

⁷³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 31 de marzo de 2013 (núm. 2414/2014).

⁷³¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 de noviembre de 2011 (Ar. 2012/1978). Lo mismo la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de julio de 2014 (Ar. 192860); Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de 25 de septiembre 2007 (Rec. 374/2004, aplicada por la Sala en la Sentencia de la Audiencia Nacional 10 marzo 2011, Rec 437/2010).

⁷³² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo de 2015 (Ar. 148044).

⁷³³ Además, sobre la indemnización en caso de suspensión, ver el completo GALLEGO CÓRCOLES, I., *Contratación administrativa práctica*, 2013, p. 90-99. También TORRALBA MENA, I., 2018, p. 1228, que recuerda las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2015 (Ar. 2016,144) y de 29 de diciembre de 2017 (Ar. 2017,4252) las cuales señalan que la indemnización por suspensión puede ser compatible con la aceptación del modificado.

al contratista y éste se ofreciera a cumplir con el contrato si se le amplía el plazo inicial. En ese caso, el órgano de contratación viene obligado a conceder el nuevo plazo. Así pues, la ampliación del plazo se configura como un derecho legal del contratista cuando el retraso no le es imputable.

El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista. Dicho informe se entiende que no tendrá carácter vinculante para el órgano de contratación. La decisión de éste será ejecutiva y recurrible.

El plazo de ampliación «*será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor*» (art. 195.2 LCSP)⁷³⁴. No queda claro cómo se relaciona esa ampliación del plazo del contrato con los límites legales máximos fijados por la LCSP.

A mi juicio, este precepto contiene una regla especial de carácter excepcional pensada como remedio defensivo del contratista para aquellos casos en los que la Administración pretenda resolver el contrato por demora. Esa es la razón de su inclusión en el artículo 195 LCSP, inserto en la Subsección dedicada a la «Ejecución» del contrato y vinculado estrechamente con el artículo 193 LCSP que regula la demora en la ejecución y el 195.1 LCSP que regula la resolución por demora.

Este precepto no debe confundirse con los supuestos de ampliación del plazo de los contratos y concesiones como medio de restablecimiento del equilibrio económico-financiero o con cualquier tipo de prórroga, las cuales tendrán su propio régimen.

7.2.3 La prórroga no prevista del contrato

La prórroga del contrato no siempre debe ser considerada como una modificación del mismo. En el capítulo segundo de este trabajo se ha indicado que la prórroga es, en general, una cuestión prevista en el propio contrato. Se decía entonces que solo en algunos supuestos la prórroga es una modificación del contrato en la medida en que esa extensión no estaba prevista en el contrato.

La figura de la prórroga no prevista en el contrato ha vivido una evolución interesante. Como observa Agudo González en materia de plazos de concesiones se ha pasado por distintas fases: (i) la formulación de plazos legales máximos e insuperables; (ii) la reducción sucesiva de dichos plazos; (iii) la

⁷³⁴ Esa equivalencia hace que se pueda afirmar que no existe una ampliación del plazo en sentido estricto sino una alteración del término final del plazo. Cfr. HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., 2018, p. 2174.

relativización de los plazos en base al principio de continuidad del servicio, que facilita el acceso generoso a la prórroga contractual; y, por último, (iv) la reacción de la legislación ante la interpretación laxa a través de tratamiento restrictivo de las prórrogas⁷³⁵. Un ejemplo de esto último sería la prohibición de prórrogas tácitas ya prevista en normas anteriores y recogida ahora en el artículo 29.2 LCSP.

La regulación nuclear de la prórroga se contiene en el artículo 29.2 LCSP. Conforme a este precepto, la prórroga debe estar prevista en el contrato (también debe estar prevista en el PCAP) y debe tenerse en cuenta para calcular el valor estimado del contrato (art. 101 LCSP).

Además, la prórroga del contrato no altera el contenido del contrato, permaneciendo inalterables sus características (art. 29.2 LCSP). Ahora bien, ello no impide que se puedan introducir durante la prórroga de un contrato modificaciones contractuales conforme a lo previsto en los arts. 203 a 207 LCSP.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación de manera unilateral –con el correspondiente procedimiento contradictorio previo, en su caso–, y será obligatoria para el contratista si se produce con el preaviso que fije el PCAP, que será mínimo de dos meses. Si el PCAP no establece ningún plazo, se estará al plazo de preaviso de dos meses (art. 29.2 LCSP).

La LCSP recoge tres supuestos de prórroga que no estaba prevista en el contrato:

a) La prórroga motivada por la necesidad de mantener el equilibrio económico financiero (arts. 29.6, 270, 278 y 290 LCSP).

b) La prórroga como medida necesaria para evitar un grave trastorno del servicio público en determinados supuestos de resolución en los que se incoe un procedimiento de adjudicación en paralelo (art. 213 LCSP). Esta posibilidad solo está disponible para algunos supuestos limitados de resolución.

Nótese que tal como está regulado este supuesto, no se trata de una prórroga del contrato tal y como se viene ejecutando sino la adopción de medidas mínimas. Ese es el marco en el que deberá moverse el órgano de contratación.

Así el artículo 213 LCSP establece que «[h]asta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de este por el órgano de con-

⁷³⁵ Al respecto ver artículo de AGUDO GONZÁLEZ, J., *Revista General de Derecho Administrativo*, 2011.

tratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles».

c) La prórroga legal forzosa para garantizar la continuidad de la prestación, que se prevé para el contrato de servicios (art. 29.4 LCSP in fine) y para el contrato de concesión de servicios (art. 288 LCSP, que contiene un régimen más laxo que el art. 29.4 LCSP)⁷³⁶.

Me detengo brevemente en este último tipo de prórroga. En el caso del vencimiento del plazo del contrato, y en aras del principio de continuidad, la LCSP permite al órgano de contratación (sea o no Administración pública), imponer una prórroga forzosa hasta que se adjudique un nuevo contrato. Se reconoce así una fórmula que, debido a la mala planificación administrativa, no era raro ver en la práctica (en el ámbito local era habitual invocar el artículo 127 y 128 RSCL).

Ahora la LCSP reconoce esta figura y también la regula y la limita. El artículo 29.4 LCSP permite la prórroga forzosa, por un máximo de nueve meses, cuando concurren las siguientes circunstancias al vencimiento de un contrato:

- Que no se hubiera formalizado el nuevo contrato;
- Que esté en riesgo la continuidad de la prestación;
- Que existan razones de interés público para no interrumpir la prestación;
- Que no se haya formalizado el contrato debido a acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación⁷³⁷;
- Que sean acontecimientos acontecidos durante el procedimiento de adjudicación del nuevo contrato. No parece, pues, que se permita alegar hechos acontecidos con carácter previo;
- Que se hubiese publicado el anuncio de licitación al menos tres meses antes de la finalización del contrato originario. Se trata de una medida que pretende garantizar una «mínima diligencia» por parte del órgano de contratación.

En el supuesto de concesiones de servicio, el artículo 288 LCSP se limita a señalar que en caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato. Habrá que estar pendiente del desarrollo doctrinal y jurisprudencial

⁷³⁶ Sobre la prórroga forzosa y el uso de «contratos puente» ver Informe núm. 86/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018.

⁷³⁷ Se requiere «una diligencia reforzada de los órganos de contratación» en palabras del Informe núm. 86/18 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018.

cial del precepto, si bien a priori es razonable esperar que las lagunas de este régimen se integren con las previsiones del artículo 29.4 LCSP.

En todo caso, el régimen aplicable a la prórroga será el vigente en la firma del contrato⁷³⁸.

7.2.4 La modificación subjetiva del contrato

Por último, es necesario hacer una mención aunque sea breve a la modificación subjetiva del contrato y, en concreto su figura más clásica: la cesión como «*novación de la relación jurídico-contractual*»⁷³⁹. Se aborda aquí en concreto la modificación del contratista y no la de la Administración (que merecería un estudio más pausado por sus particularidades).

En la regulación de la modificación subjetiva se cruzan dos finalidades distintas. Por un lado, la protección de los intereses de la contraparte, en este caso el poder adjudicador, que ha contratado con un sujeto determinado y sus cualidades acreditadas en el procedimiento de licitación. Por otro lado, la protección del resultado de la licitación. En esa segunda faceta es donde modificación subjetiva y objetiva se aproximan y comparten los mismos principios.

Esa aproximación de régimen jurídico es expresa en el ámbito del Derecho de la Unión. Así, las Directivas regulan la modificación subjetiva como un supuesto más de modificación del contrato (en el caso de la Directiva 2014/24 es un supuesto más de los regulados por el artículo 72)⁷⁴⁰.

A pesar del acercamiento de regímenes, hay que ser consciente que los problemas que presentan las modificaciones objetivas y las subjetivas suelen ser diferentes. Por ejemplo, la unilateralidad tan característica en la modificación objetiva no se da en la subjetiva⁷⁴¹.

Esas diferencias entre figuras son las que posiblemente hayan llevado al legislador español a recoger las figuras de manera separada. Así, el artículo 203 LCSP, sobre modificación de los contratos administrativos, comienza su regu-

⁷³⁸ En el Informe núm. 12/06 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que resume la doctrina al respecto, considera que debe ser la normativa vigente en momento de la prórroga. Sin embargo, en la LCSP se deduce que será la normativa vigente en momento de firmar el contrato inicial. Ello se debe a que se produce un cambio de doctrina en este sentido como puede verse en el Informe núm. 61/08 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 31 de marzo de 2009.

⁷³⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, G. *Sistema de Derecho Administrativo II*, 2.ª ed., Civitas, 2014, p. 157.

⁷⁴⁰ De hecho, el origen de la jurisprudencia de la modificación subjetiva se encuentra también en el asunto Presstetext tantas veces citado en este trabajo. En ese supuesto una transferencia de actividad a una empresa filial al 100 por cien no fue considerada cesión.

⁷⁴¹ Sobre la modificación subjetiva ver PADRÓS REIG, C., *REDA*, 2007.

lación indicando que ésta se lleva a cabo «[s]in perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato (...)». La regulación de la sucesión del contratista se recoge en el artículo 98 LCSP y la de la cesión del contrato en el artículo 214 LCSP. Estas normas serán también aplicables a los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no sean Administración pública (ex artículo 319 LCSP).

En esta sección repasaré la regulación de la sucesión del contratista, de la cesión del contrato y de una tercera figura en ocasiones equiparada a la cesión: el cambio de control.

La Directiva 2014/24 no hace tales distinciones y regula las modificaciones subjetivas apartado d) del artículo 72.1 y lo hace estableciendo un *numerus clausus* fuera del cual no será posible modificar el elemento subjetivo de la relación contractual:

«d) cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de:

i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a),

ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien

iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71.»

El considerando 110 señala expresamente que «[de] acuerdo con los principios de igualdad de trato y de transparencia, el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador económico, por ejemplo cuando se rescinda un contrato debido a deficiencias en su ejecución, sin la convocatoria de una nueva licitación».

Es decir, que al margen de los casos de sucesión del contratista, la modificación subjetiva solo es posible si aparece en los documentos contractuales. Esa es la razón por la que la que el legislador español establece en su artículo 214 LCSP:

«1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275, la modificación subjetiva de los contratos sola-

mente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.»

Es decir, que la modificación subjetiva será, como regla general, una modificación prevista. Por esa razón entiendo que será posible aplicar a la cesión del contrato con carácter supletorio el régimen aplicable a las modificaciones previstas. De hecho, ahora la opción de cesión siempre deba estar prevista en los pliegos⁷⁴².

La sucesión del contratista

Determinados casos de modificaciones subjetivas gozan de un régimen privilegiado, más flexible, derivado de la naturaleza especial de la modificación que se produce. Se trata de los supuestos denominados como «sucesión del contratista».

El artículo 72 de la Directiva circunscribe estas modificaciones subjetivas a los supuestos de cambios de contratista «*a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia*»⁷⁴³.

El legislador español, que ya había previsto esta posibilidad en normativa anterior, recoge esta posibilidad en el artículo 98 LCSP⁷⁴⁴ y la vincula a determinadas operaciones enmarcadas en el ámbito de la Ley 3/2009 de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. El legislador distingue dos supuestos:

(i) En los casos de fusión de empresas, «*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*».

Como se puede comprobar, en este supuesto no se exige el cumplimiento y acreditación de criterios de solvencia. Ello se explica por la naturaleza de la operación de fusión, mediante la que la empresa resultante integra los medios de la absorbida. Si ese no fuese el caso no sería posible acogerse a este supuesto.

(ii) En los casos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, «*continuará el contrato con la entidad a la*

⁷⁴² En ese sentido el Acuerdo núm. 59/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón.

⁷⁴³ Al respecto TREUMER, S., *Public Procurement Law Review*, 2014.

⁷⁴⁴ Este régimen privilegiado puede encontrarse ya en la LCAP, si bien entre las causas de resolución del contrato. Es con la aprobación de la LES cuando estas normas ganan en autonomía y dejan de recogerse en el ámbito de la resolución.

que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse al adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato».

En ese supuesto, si la entidad a la que se atribuye el contrato no reúne las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.

En los dos supuestos existirá una obligación de comunicación al órgano de contratación. Tal y como está redactado este precepto, dicha obligación nace cuando se ha producido la circunstancia que da lugar a la sucesión de empresas por lo que deberá entenderse como una comunicación *ex post* (el artículo 98 LCSP dice que debe comunicarse «...la circunstancia que se hubiere producido»).

Además, es importante advertir (porque en la práctica suele pasarse por alto) que hasta que no se constituya una nueva garantía por parte del nuevo contratista la garantía inicial no será cancelada y devuelta.

Las menciones que el pliego realice a la cesión del contrato (por ejemplo una prohibición de cesión contractual) no son aplicables al supuesto de sucesión del contratista, que es una figura distinta con su propio régimen jurídico⁷⁴⁵.

*La cesión del contrato*⁷⁴⁶

Los casos que no se beneficien del régimen privilegiado de sucesión del contratista deberán seguir la norma aplicable a la cesión del contrato⁷⁴⁷.

En el ámbito de la novación de obligaciones el Código Civil señala que «*la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del*

⁷⁴⁵ En ese sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 26 de junio (rec. 219/2016) que trata sobre una transmisión de rama de actividad entre sociedades del mismo grupo.

⁷⁴⁶ No debe confundirse con la figura de la cesión de los derechos de cobro cuya regulación se contiene en el artículo 200 LCSP.

⁷⁴⁷ También quedan al margen de este régimen la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275.

acreedor» (artículo 1205 CC). Sin embargo, la cesión del contrato no aparece definida en el Código Civil. Como recuerda la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo «[e]n el Código civil se contempla la transmisión del crédito y la asunción de deuda, pero ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han aceptado la cesión del contrato como transmisión del contrato en sí mismo»⁷⁴⁸. Y, recordando su jurisprudencia en la materia afirma:

«La cesión del contrato implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, admitida en el ordenamiento a través de la doctrina jurisprudencial (sentencia de 7 de noviembre de 1998), que sin afectar a la vida y virtualidad del contrato que continúa en vigor, mantiene sus derechos y obligaciones con los que son continuadores de los contratantes (sentencia de 4 de abril de 1990) y la primitiva relación contractual se amplía a un tercero, pasando al cesionario sus efectos (sentencia de 4 de febrero de 1993). Su esencia es, pues, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual (vid. también las sentencias de 19 de septiembre de 1998 y 27 de noviembre de 1998). Por lo cual, es evidente que requiere el consentimiento del contratante cedido; es, pues, necesaria la conjunción de tres voluntades contractuales (que destaca la sentencia de 5 de marzo de 1994)»⁷⁴⁹.

La cesión, pues, es un negocio trilateral que precisa el consentimiento del cedente, el cesionario y el cedido. Esa característica esencial no desaparece en el ámbito de los contratos del sector público.

La LCSP tampoco define qué debe entenderse por «cesión del contrato» a pesar de establecer su régimen jurídico. La actual regulación de la cesión del contrato, aplicable a contratos administrativos y contratos de poderes adjudicadores, se recoge en el artículo 214 LCSP. La gran diferencia respecto a la regulación anterior es que ahora la posibilidad de cesión del contrato debe estar prevista en los pliegos, lo cual es una imposición de las Directivas. Esta previsión en los pliegos debe establecer los siguientes extremos:

– Que la cesión solo es posible cuando las cualidades técnicas o personales del cedente no sean la *razón determinante* de la adjudicación del contrato. A mi juicio este requisito se refiere a cualidades técnicas o personales que convierten a la obligación en personalísima y, por tanto, en intransferible. No entrarán en este grupo aquellas cualidades que otros operadores pueden también prever. El clásico ejemplo sería la contratación de determinados trabajos intelectuales como un proyecto artístico.

⁷⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 2014, núm. 287/2014 (rec. 353/2012).

⁷⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de mayo de 2014, núm. 287/2014 (rec. 353/2012).

Para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia el concepto de *razón determinante* «debe interpretarse a estos efectos, en su sentido más restrictivo. Entendemos que sólo la exigencia y acreditación de condiciones exclusivas, y no reunidas por ningún otro adjudicatario, permite cualificar una obligación como personalísima»⁷⁵⁰.

– Que la cesión no puede suponer una restricción efectiva de la competencia en el mercado. A mi juicio la comprobación de este extremo debe ser realizada por un órgano con competencias técnicas para ello (por ejemplo, la autoridad de competencia), al menos en aquellos casos en los que existan dudas. No será necesario, sin embargo, para supuestos no dudosos. Es aconsejable que el contratista que vaya a ceder el contrato explique en su solicitud cómo la cesión impacta en la competencia.

– Que la cesión no puede suponer una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato. Esa «esencialidad», que es un concepto jurídico indeterminado, debe interpretarse de manera sistemática con otros preceptos de la LCSP como los de la modificación objetiva.

– Debe indicarse que solo es posible la cesión cuando el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por ciento del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato (límite que se excepciona en caso de concurso del contratista o situaciones similares, quedando recogido el *step in right* de los acreedores pignoraticios e hipotecarios)⁷⁵¹.

– También debe indicarse que el cesionario debe tener la capacidad para contratar con la Administración y tener la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato. De hecho, la LCSP expresamente obliga a tener en cuenta la solvencia necesaria en función de la fase de ejecución lo cual supone un enfoque dinámico de la solvencia. Se trata de una manifestación del principio de proporcionalidad que obliga al órgano de contratación a adaptar los criterios de solvencia exigidos inicialmente a la situación existente en el momento de la cesión.

– Debe indicarse que la cesión debe formalizarse en escritura pública, siendo éste un requisito constitutivo de la cesión⁷⁵².

⁷⁵⁰ Informe 8/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, de 27 de noviembre de 2012.

⁷⁵¹ Al respecto, PUNZÓN MORALED A, J., 2018, p. 1156.

⁷⁵² Dictamen núm. 805/1996, del Consejo de Estado, de 11 de julio de 1996.

– Debe indicarse que es necesario que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Adviértase la diferencia respecto al régimen privilegiado de la sucesión del contratista, donde solo era necesario la comunicación *ex post* del hecho ocurrido. Rige el silencio positivo si el órgano de contratación no resuelve expresamente en dos meses.

Precisamente uno de los aspectos más relevantes en la práctica es el carácter de la autorización previa que debe conceder el órgano de contratación, en particular si ésta es reglada o discrecional⁷⁵³.

Tradicionalmente han existido dudas al respecto y no era raro encontrar resoluciones que afirmaban el carácter discrecional de la autorización de cesión. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria cuando afirma que la posibilidad de cesión debe examinarse por la Administración conforme al principio de transparencia y bajo el prisma del interés público lo cual resulta en que la autorización no será nunca reglada o automática «aun cuando se considerase se cumplen todos los requisitos exigidos por la norma de aplicación»⁷⁵⁴.

A mi juicio, la nueva norma parece haber aclarado la cuestión, decantándose por el carácter reglado de la autorización. En efecto, el artículo 214 LCSP señala que «[d]icha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en las letras siguientes». Es decir, que la norma anuda una consecuencia jurídica a la concurrencia de unos requisitos que también especifica. Se confirma así la interpretación que señalaba que esta autorización previa es un mero control de la regularidad de la transmisión, «de lo cual se infiere un cierto carácter reglado en el otorgamiento de la autorización, sin perjuicio del matiz discrecional que implica la valoración de las cualidades técnicas y personales del cedente como determinantes, o no, de la adjudicación del contrato»⁷⁵⁵.

Ya no es posible predicar el carácter discrecional de la autorización (que a mi juicio nunca tuvo), sino que habrá que estar a lo establecido en los pliegos. Autorizar o no autorizar la cesión no es nunca una decisión igualmente válida. No nos movemos en el ámbito de la discrecionalidad. Será obligatorio autorizar la operación si se cumplen los criterios de los pliegos.

Cuestión distinta es que los pliegos y el artículo 214 LCSP incluyan conceptos jurídicos indeterminados que permitan cierto margen de apreciación al

⁷⁵³ Además, también se podría estudiar si es constitutiva o no. En ese sentido, parece ir imponiéndose la idea de que se trata de un requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato de cesión, siendo equiparable al consentimiento y no un mero requisito externo. En ese sentido la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 22 de septiembre de 2017 (rec. 13/2015).

⁷⁵⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 19 de mayo de 2017 (rec. 47/2017)

⁷⁵⁵ Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón, núm. 59/2013.

órgano de contratación. Pero ello no es sinónimo de discrecionalidad e incluso en ese caso solo existirá una solución válida: autorizar si se cumplen los requisitos o no autorizar si no se cumplen. Así, el margen de apreciación no permite llegar a afirmar que hay diversas soluciones alternativas jurídicamente indiferenciadas entre las que ha de efectuarse la elección.

Además, ese margen de apreciación queda limitado si tenemos en cuenta que bajo la nueva regulación no es posible redactar las cláusulas que habiliten la cesión de manera vaga o que dejen esa decisión a la voluntad del órgano de contratación. Ello iría contra el espíritu de la norma que, precisamente, busca prever expresamente esta posibilidad en los pliegos en aras del principio de transparencia para que todos los licitadores conozcan de la existencia de esta circunstancia.

La denegación de la autorización por razón de la falta de solvencia debe motivarse por parte del órgano de contratación, que deberá identificar qué características de la contratista desaparecen como consecuencia de la cesión⁷⁵⁶.

Habrán supuestos, además, donde las circunstancias del caso reduzcan más si cabe el margen de apreciación del órgano de contratación. Es el caso, por ejemplo, de una cesión en favor de una UTE de la que el contratista formará parte —un supuesto en que la solvencia de la nueva contratista aumentará⁷⁵⁷.

Un caso especial de modificación subjetiva, muy relevante en la práctica, es el de la modificación de los componentes de una UTE. Pues bien, para conocer su régimen se debe acudir al artículo 69 LCSP, al que remite el artículo 214 LCSP. Este precepto distingue las modificaciones que se producen antes de la formalización del contrato y las que se producen una vez formalizado el contrato (apartados 8 y 9 del precepto). En este estudio interesan únicamente las segundas.

Pues bien, la LCSP establece tres supuestos, siendo solo necesaria autorización previa en el primero de ellos:

a) Cuando se trata de una modificación de la composición propiamente dicha (aumento o disminución del número de empresas o la sustitución de una o varias por otra u otras).

⁷⁵⁶ En ese sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 26 de junio (rec. 219/2016) si bien nótese que trata sobre una transmisión de rama de actividad entre sociedades del mismo grupo para la que se solicita autorización.

⁷⁵⁷ «... el interés general, concretado en este caso en la mejor ejecución del contrato y ya que la creación de la UTE coadyuva a esa mejor ejecución, como consecuencia de la acumulación de solvencias de las dos empresas y el juego de la responsabilidad solidaria de ambas frente a la Administración, sea posible la cesión planteada en la presente consulta» (Cfr. Informe Junta Consultiva de contratación Administrativa núm. 9/13, de 25 de Julio de 2014).

En estos casos se adopta un régimen que adopta algunas reglas típicas de la cesión. Así, se exige autorización y debe haberse ejecutado al menos en un 20 por ciento de su importe o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que se haya efectuado su explotación durante al menos la quinta parte del plazo de duración del contrato. La LCSP señala expresamente que en todo caso será necesario que se mantenga la solvencia o clasificación exigida y que en la nueva configuración de la unión temporal las empresas que la integren tengan plena capacidad de obrar y no estén incurso en prohibición de contratar.

b) Cuando tenga lugar una «sucesión del contratista» (por seguir con la terminología del artículo 98 LCSP) respecto de alguna o algunas empresas integrantes de la UTE, seguirá la ejecución del contrato. Solo en caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida.

c) Cuando alguna o algunas de las empresas integrantes de la unión temporal fuesen declaradas en concurso de acreedores y aun cuando se hubiera abierto la fase de liquidación, continuará la ejecución del contrato con la empresa o empresas restantes siempre que estas cumplan los requisitos de solvencia o clasificación exigidos⁷⁵⁸.

Los cambios de control en sociedades adjudicatarias

La última figura examinada son los llamados «cambios de control», que se refiere a los casos en los que la transmisión de acciones o participaciones de la sociedad que ejecuta el contrato se equipara a la cesión del mismo. Se trata de una equiparación con enormes repercusiones prácticas y cuya interpretación extensiva pone en riesgo la viabilidad jurídica y económica de las operaciones de compra-venta de sociedades relacionadas con la provisión de bienes y servicios públicos.

El origen de esta equiparación debe encontrarse en el Dictamen del Consejo de Estado núm. 998/1994, de 23 de junio de 1994, relativo a un procedimiento de caducidad de una concesión de obra y explotación de un puerto deportivo otorgada en el marco de la Ley 55/1969, de 26 de abril, sobre puertos deportivos. Pues bien, en ese supuesto se había producido la transmisión de todas las acciones de la sociedad concesionaria. Ante esa situación el Consejo de Estado sigue la siguiente línea argumental:

⁷⁵⁸ Examina este supuesto el Informe núm. 1/16 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias.

a) A la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión. En efecto, necesita conocer quién es el concesionario real y cuáles son sus garantías.

b) La transmisión de las acciones no produce una alteración de la titularidad formal, pero sí de los propietarios últimos. Y añade que «*el denominado mito de la personalidad jurídica no puede servir ni para justificar situaciones legalmente fraudulentas ni para desvirtuar la esencia de las instituciones jurídicas*». Es decir, se pretenden evitar los fraudes a la norma que rige la cesión⁷⁵⁹.

c) La transferencia de todas las acciones comporta una sustitución del concesionario, esto es, una transmisión real de esa condición.

d) Este planteamiento tenía reflejo reglamentario en el reglamento de costas, que tiene conexión con el expediente. En ese reglamento se señalaba que «*cualquier cambio de titularidad de las acciones o participaciones que suponga sustitución de los socios o accionistas que lo fueren al tiempo del otorgamiento de la concesión, en porcentaje igual o superior al 50 por ciento del capital social*», precisa autorización administrativa⁷⁶⁰.

Posteriormente, el propio Consejo de Estado al informar el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Concesión de Obras Públicas añadió la idea de la «alteración del control»:

e) El Consejo de Estado afirma que «*los casos de transferencia de la titularidad de todas o parte de las acciones representativas del capital social de una sociedad se equiparan a los de transmisión de la concesión, cualquiera que sea el porcentaje efectivamente transmitido, siempre que suponga una alteración del control efectivo de la sociedad concesionaria*»⁷⁶¹.

En la práctica, estas situaciones dan lugar a una gran incertidumbre. Por esa razón la LCSP establece por primera vez que los pliegos deben prever la posibilidad de transmisión de las participaciones de la sociedad expresamente creada para la ejecución del contrato (artículo 214 LCSP).

En los casos de existir la posibilidad de que los adjudicatarios constituyan una sociedad específica para la ejecución del contrato, los pliegos establecerán dos extremos. Primero, la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad. Segundo, los criterios para que una cesión de participaciones

⁷⁵⁹ Sobre la necesidad de ánimo fraudulento insiste el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid núm. 221/12, de 18 de abril. Se trata de un supuesto de transmisión de las participaciones de la sociedad concesionaria a una sociedad que ya era el socio mayoritario de ésta.

⁷⁶⁰ Dictamen del Consejo de Estado núm. 998/1994, de 23 de junio de 1994. En el mismo sentido el Dictamen del Consejo de Estado núm. 2578/1998, de 8 de octubre de 1998.

⁷⁶¹ Dictamen del Consejo de Estado núm. 3375/2001, de 5 de diciembre de 2001, que informa el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Concesión de Obras Públicas.

debe equipararse a una cesión del contrato «a los efectos de su autorización de acuerdo» (y solo a esos efectos). Sin embargo, no se desarrollan cuáles pueden ser esos criterios. Ello supone que cualquier transmisión de acciones o participaciones de una sociedad contratista pueda quedar sometida a autorización⁷⁶².

Además, y esto no es obligatorio, los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados. El mecanismo clásico de control en estos casos es el de la comunicación de la operación (sea ésta una comunicación *ex ante* o *ex post*).

Así pues, los pliegos tendrán un protagonismo casi absoluto en la cuestión del cambio de control. Ese protagonismo es algo menor en el caso de las concesiones, donde la LCSP establece algunos mínimos que siempre deben observarse.

En el caso de las concesiones de obra pública, el artículo 250 LCSP establece que los pliegos deberán fijar los requisitos de solvencia en función de las diferentes fases del contrato, a los efectos de una posible cesión. Además, deberán de prever expresamente la posibilidad de cesión de las participaciones de la sociedad concesionaria y los criterios para la determinación de cuándo la cesión de las participaciones deberá considerarse por suponer un efectivo cambio de control. Y establece que «[e]n todo caso se considerará que se produce un efectivo cambio de control cuando se ceda el 51 por ciento de las participaciones» (artículo 250.c LCSP). En esos casos, por tanto, deberá seguirse el procedimiento de autorización previa.

En los mismos términos se pronuncia el artículo 285 LCSP en relación al contrato de concesión de servicios⁷⁶³.

Adviértase, por último, que estos supuestos hacen todos ellos referencia a la transmisión de las participaciones de la sociedad que ejecuta el contrato (el artículo 214 LCSP se refiere a la «cesión de las participaciones de esa sociedad [sociedad específicamente constituida para la ejecución del contrato]» y más adelante se refiere a «esa cesión»). Esa precisión del tenor literal de la norma conduce a pensar que este régimen no debe extenderse aguas arriba a la transmisión de acciones o participaciones de las sociedades propietarias de la sociedad específicamente constituida para la ejecución del contrato. Ello supondría una injerencia desproporcionada y sin base jurídica, una vez que el legislador ha aclarado la cuestión⁷⁶⁴.

⁷⁶² DÍAZ YEREGUI, R., *Actualidad Civil*, 2017, p. 9.

⁷⁶³ En ese precepto se añade un párrafo que puede tener repercusiones prácticas, estableciendo la LCSP que toda esta cuestión debe realizarse «de acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio a que se refiere el artículo 284.2».

⁷⁶⁴ Además, como ha señalado Rafael Díaz, ello iría contra la práctica de la Administración en la propia adjudicación, cuando la Administración pública no solicita información sobre los titulares últimos de las sociedades adjudicatarias. Cfr. DÍAZ YEREGUI, R., *Actualidad Civil*, 2017, p. 10.

CAPÍTULO 8

CONCLUSIONES Y POSIBLE SOLUCIÓN

8.1 CONCLUSIONES ALCANZADAS

A continuación se recogen las conclusiones alcanzadas a lo largo del trabajo. Nótese que las conclusiones no se exponen en orden de importancia sino que se exponen siguiendo la estructura de la obra. Se añade al final de cada conclusión una referencia al capítulo de la que se extrae, de manera que sea más cómodo para el lector acudir al desarrollo argumental que la sustente.

Uno. El abuso y mal uso de la modificación es un problema complejo (Capítulo 1)

La primera conclusión que se alcanza se refiere a la complejidad del problema y la complejidad de su solución. El punto de partida del trabajo es que la modificación en sí misma no es un problema, sino que lo es el mal uso y abuso que de ella se hace de ella. En España, por ejemplo, todas las fuentes estudiadas (institucionales, jurisprudenciales y doctrinales) coinciden en afirmar que existe una *cultura del modificado*. Las partes contratantes han aprovechado la facilidad de modificar el contrato y han ido moldeando un sistema de contratación a medida de dicha posibilidad, siendo un clarísimo ejemplo la normalización de la baja temeraria.

A la vez, la modificación del contrato es un mecanismo esencial en la vida de todo contrato en la medida en que, como señalan los economistas, los contratos son en su mayoría mecanismos incompletos que requieren adaptación. Los

poderes públicos no pueden renunciar a este mecanismo por lo que la solución aparentemente más sencilla –su prohibición absoluta– no es posible.

Por todo lo anterior, parece necesario regular la modificación de los contratos de manera que se encuentre un equilibrio entre los intereses en juego, siendo cuatro los principales bienes jurídicos que la regulación debe proteger: los fondos públicos (razón económica o presupuestaria para regular la modificación), el sistema de contratación (razón de sistema), la relación contractual (razón contractual o inter partes) y la relación de la Administración con los ciudadanos y la imagen que tienen éstos de aquélla (razón socio-política).

En el estado actual de las cosas ya no es posible a mi juicio defender posiciones categóricas donde el interés público se asocie exclusivamente con la correcta ejecución del contrato o con la protección de la licitación. El problema es bastante más complejo y el interés público precisamente consistirá en que la norma sea capaz de ser sensible a la multitud de intereses en juego.

En España, por ejemplo, todos estos intereses han estado siempre presentes en las normas de contratación, si bien en la práctica unos se han impuesto a otros. Al comienzo fue la relación contractual la que merecía mayor protección, y con ese fin se reguló la modificación, pero ahora el centro de gravedad de la norma es el sistema de contratación, y en particular el principio licitatorio. No obstante, cada vez más, los estudios sobre corrupción apuntan a que detrás de los modificados podría esconderse la corrupción y por ello, la razón socio-política debe ser otro de los factores a tener en cuenta ya que a medio y largo plazo supone una erosión de la legitimidad de los gobernantes.

Dos. Una reacción común ante un problema global (Capítulo 1)

En el presente trabajo ha quedado acreditado que el abuso y mal uso de la modificación es un problema global, compartido por muchos países. No se trata, pues, de un problema típicamente español sino que los países de nuestro entorno también se enfrentan al mismo, tanto en el ámbito público como en el privado –sí es típicamente español pensar que estamos en peor condición que el resto.

Pues bien, ese problema común ha sido fruto de una reacción común: imponer límites a la modificación de los contratos en aras de la protección de la licitación inicial. Esta aproximación licito-céntrica centrada en los límites se observa en las Directivas europeas, así como en otros ordenamientos (por ejemplo, la idea del *cardinal change* anglosajona).

En un análisis interordinamental, esta reacción común trae como consecuencia que los sistemas regulatorios existentes se vayan homogeneizando. La clasificación de los sistemas regulatorios ya no se lleva a cabo en función del carácter unilateral o no de la modificación, sino en función de los límites que los sistemas imponen a la modificación del contrato. Situando los límites a la modificación en el centro del debate se han identificado dos modelos: i) el modelo de modificación sin límites; ii) el modelo de modificación sujeta a limitaciones. Un caso singular es el Derecho de la Unión Europea, que ha pasado de ser un modelo de modificación sin limitaciones a imponer distintos límites según la causa que origine la modificación del contrato.

En un análisis intraordinamental situar al principio licitatorio como centro de gravedad del sistema trae consecuencias, algunas de ellas de gran importancia. En primer lugar, se introduce una limitación a la libertad contractual de las partes, lo cual en ocasiones da lugar a situaciones no deseadas. Por ejemplo, cuando volver a licitar es más gravoso que modificar el contrato. En segundo lugar, la normativa supone dar gran importancia a la redacción de los pliegos y a la interpretación de las cláusulas. Es decir, que el Derecho civil cobrará especial importancia en el nuevo paradigma de la contratación pública, y la redacción e interpretación de cláusulas será un tema central a la hora de preparar los contratos. Tercero, se produce una quiebra del principio de relatividad del contrato, en la medida en que los efectos internos del contrato ya no sólo afectarán a las partes, sino que los terceros podrán ver su esfera jurídica dañada por la modificación llevada a cabo en un contrato de cuya licitación fueron apartados. La modificación irregular hará surgir cuanto menos su derecho a la acción de tercero e, incluso, el derecho a la indemnización pertinente. Por último, el aumento en la densidad normativa de la modificación supondrá que las partes contratantes busquen otras vías para lograr fines similares. En ese sentido habrá que estar atento a lo que hemos llamado «modificaciones impropias», esto es, figuras que tienen un fin, pero que en la práctica se usan para otro.

Además, esta solución basada en los límites corre el riesgo de centrar en exceso la atención del legislador y que éste olvide otros elementos del sistema regulatorio que sería útil explorar. Para ello sería necesario una aproximación integral al problema que abordase no solo los elementos primarios o centrales sino también los secundarios o periféricos del sistema regulatorio de la modificación del contrato.

Así, con independencia de la regulación sustantiva que se haga de la modificación, ésta fracasará si no se presta atención a los elementos complementarios. Hay que conectar de manera directa figuras como la experiencia pasada,

la baja temeraria o los trabajos complementarios con la modificación. No se pueden mantener como compartimentos estancos, estudiados cada uno por su cuenta y aplicados sin relación alguna.

Un ejemplo de esta aproximación integral es la potenciación de los mecanismos de publicidad de la modificación a la vez que se incrementa la supervisión de la ejecución.

Tres. **El concepto de modificación es más amplio que el utilizado por el legislador (Capítulos 2, 5 y 7)**

La modificación del contrato en sentido amplio es *toda alteración o variación de las condiciones contractuales inicialmente acordadas en un contrato del sector público durante su ejecución sin que se produzca la desaparición de su núcleo esencial*. Esta definición engloba una serie de supuestos que el legislador no incluye cuando regula la modificación. Así, cada ordenamiento jurídico puede manejar un concepto de modificación distinto.

La divergencia entre el concepto amplio de modificación y el concepto legal da lugar a una heterogeneidad de regímenes jurídicos donde situaciones análogas reciben un tratamiento diferenciado. Ello provoca algunas distorsiones en el sistema regulatorio de la modificación y muchas confusiones en su aplicación.

Un claro ejemplo de lo anterior es la errónea identificación que existe entre el régimen de la modificación, su compensación, y la figura del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato. Se trata de cuestiones que se mueven en niveles diferentes.

Como regla general del examen realizado parece claro, al fin, que las modificaciones del contrato llevadas a cabo por razones que son ajenas al contratista deben ser compensadas. La compensación irá en línea con el impacto de la modificación en el contrato. Pues bien, bajo la nueva aproximación licitocéntrica, basada en límites a la modificación en forma de umbrales porcentuales, ese cálculo del impacto debe realizarse con carácter previo a la aprobación de la modificación. Lo contrario viciará la modificación e, incluso, puede argumentarse que carecería de un elemento que permita saber si la modificación por su magnitud podría poner en riesgo la ejecución.

Por otro lado, en las figuras de las concesiones, esa compensación se canaliza a través del deber de mantenimiento del equilibrio económico-financiero, regulado en los preceptos 270 y 290 LCSP. Estos preceptos contienen un régimen específico para las concesiones que recoge una doble lista de supues-

tos que hacen surgir el deber de reequilibrar el contrato y de mecanismos para hacerlo. Si el mecanismo es una modificación del contrato, ésta no queda sujeta a los límites del régimen ordinario de modificaciones, tal y como se ha pronunciado el Tribunal Supremo.

Cuatro. El régimen europeo de la modificación: una revolución flexible (Capítulo 3)

En 2014 se aprobó un nuevo paquete de Directivas de contratación, entre cuyas novedades destacaba la regulación de la modificación del contrato.

Esta novedosa regulación podría ser el comienzo de una revolución silenciosa que acabe por incluir en las normas europeas la regulación de la ejecución de los contratos públicos. Sin perjuicio de las conclusiones sobre su contenido sustantivo, se advierte ahora de las repercusiones que puede tener sobre la relación entre los ordenamientos. Y es que parece haberse pasado por alto el potencial efecto de este precepto en el devenir de la regulación europea en materia de contratación. En cierto sentido puede considerarse un primer paso hacia la regulación de la ejecución de los contratos a nivel europeo. Con el fin de proteger la licitación se pueden establecer medios que monitoricen la ejecución, o pasos necesarios para garantizar que la ejecución va en línea con la adjudicación. Dado el potencial impacto de la regulación no deja de sorprender la nula reacción de los Estados Miembros ante esta revolución silenciosa.

El motivo por el que esta regulación no ha generado mucha oposición es, seguramente, que la Directiva plantea un sistema con gran margen de apreciación al legislador nacional y a los órganos de contratación. En España, por ejemplo, se ha decidido transponer la Directiva de una manera que restringe en cierta medida ese margen de apreciación. Así se observa en lo que respecta a los límites máximos en las modificaciones previstas, los límites cumulativos en las modificaciones imprevistas o la inexistencia de una verdadera regla *de minimis*, que queda diluida en el juicio de sustancialidad de la modificación.

Lo que quizá ha pasado más desapercibido, pero es igual o más importante, es que la regulación de la modificación está repleta de conceptos jurídicos indeterminados que son desde ahora conceptos autónomos de Derecho de la Unión. Por tanto, el papel clave en cuanto a su interpretación se desplaza de los órganos nacionales al Tribunal de Justicia. Así pues, con el paso del tiempo los pronunciamientos del Tribunal en la materia moldearán el régimen nacional de la modificación e, incluso, podrían declarar algunos aspectos contrarios al tenor y espíritu del ordenamiento europeo (por ejemplo, al examinar la LCSP

hacíamos referencia en este sentido al límite del 20 por ciento en las modificaciones previstas o al régimen de los excesos de medición en el ámbito de la modificación del contrato de obra).

En términos generales la regulación debe ser bienvenida porque pone encima de la mesa un conjunto de normas para paliar un fenómeno nocivo que, como hemos visto, se daba en toda la Unión. Por un lado, se respeta la autonomía procedimental de los Estados (poco importa cómo se realicen las modificaciones, si por mutuo acuerdo o unilateralmente). Pero además, ello se hace con muchísima flexibilidad, permisividad incluso, de manera que se ha respetado enormemente el equilibrio entre regulación y eficiencia, entre objetivos europeos y objetivos nacionales. Muchos países tendrán ahora por primera vez normas sobre la modificación de los contratos. Pero a la vez dichas normas les permiten alcanzar los objetivos nacionales de eficiencia.

Desde el punto de vista español la nueva regulación supone un paso en la dirección contraria hacia la que se dirigía el sistema. Si la LES, por imposición europea, había adoptado un sistema muy rígido sobre modificación contractual, ahora se camina en la dirección contraria, hacia un sistema más parecido al que teníamos anteriormente. Ello se compensa, en parte, gracias a las obligaciones de publicación que impone la Directiva y que han sido reforzadas y extendidas por el legislador nacional.

Cinco. **En España el principio licitatorio siempre ha sido una referencia presente, pero ignorada (Capítulo 4)**

A pesar de que la nueva regulación se considere de origen europeo, lo cierto es que en España los órganos consultivos y de control ya apuntaban a la necesaria protección del principio licitatorio. Aunque fuese de manera minoritaria, ya se consideraba que el abuso de la modificación suponía distorsionar la licitación.

En todo caso, insistir en que el razonamiento jurídico que ahora ha conducido a la nueva regulación ya existía en España, incluso en el siglo XIX. Así, cuando Fernández de Velasco citaba doctrina que entendía que *«los contratos administrativos no pueden prorrogarse sino en los casos en que exista disposición o cláusula que expresamente lo autorice. Lo contrario (e igual se diga de las modificaciones no autorizadas por la Administración o no previstas en el contrato) sería un medio de eludir las condiciones de publicidad, subasta y demás solemnidades que caracterizan la contratación administrativa y de las cuales no es permitido prescindir, por cuanto se hallan establecidas en garan-*

tía de los intereses públicos y su omisión privaría a la Administración de las ventajas que podría obtener en sucesivos contratos»⁷⁶⁵. Y sin necesidad de irse tan atrás en el tiempo, las resoluciones de los órganos de control han sido constantes en ese sentido. Lo que ocurría es que el legislador no quiso dar un paso adelante en esa dirección.

Si el sistema no se ha modificado antes ha sido porque no ha habido voluntad para ello. Se decidió proteger la libertad contractual de las partes, en particular de la Administración, mediante la adopción de conceptos jurídicos indeterminados y a través de un sistema de control que evitaba censurar la actuación administrativa.

Seis. La LCSP establece un régimen flexible aunque fragmentado y confuso en algunos puntos, como por ejemplo el régimen de invalidez (Capítulo 5, 6 y 7)

La LCSP se aprobó con la finalidad de transponer las normas europeas aprobadas en 2014. Como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, en el ámbito de la modificación se aprueba una regulación más estricta que la contenida en la norma europea. No solo porque endurece los límites a la modificación (tanto en las modificaciones previstas como en las imprevistas), sino también porque no incorpora todos los supuestos de la Directiva (así ocurre con la modificación *de minimis*).

Los aspectos más positivos de la reforma son la mejora de los mecanismos de control mediante una obligación general de publicidad y mediante la adopción del mecanismo de recurso especial.

Por el contrario, uno de los aspectos más negativos es que se trata de un régimen, en su conjunto, fragmentado y confuso. Es un régimen fragmentado en la medida en que existen varios regímenes jurídicos para regular un mismo fenómeno –la modificación contractual–, y ello a pesar de que el bien jurídico que pretende proteger la nueva regulación licitocéntrica está presente en cualquier caso. Así, habrá que examinar si se trata de un contrato administrativo, un contrato de un PANAP o un contrato de una entidad del sector público que no sea PANAP. Además, habrá que ver qué tipo de contrato se trata (obras, concesiones, etc). Finalmente habrá que ver qué tipo de modificación opera (modificación objetiva, cesión, ampliación de plazo, modificación derivada del mantenimiento del equilibrio, etc.). Solo entonces se sabe qué régimen aplicar.

⁷⁶⁵ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., 1927, p. 159.

Esta situación de fragmentación, en parte querida por el legislador, en parte heredada de la tradición anterior, quizá puede dotar de flexibilidad en casos necesarios, pero lo que es seguro es que puede dar lugar a resoluciones contradictorias.

En lo que respecta a su confusión, a mi juicio la norma no ha logrado mejorar la situación precedente. El operador jurídico sigue encontrando multitud de problemas y dudas en la aplicación de la norma, lo cual lleva a interpretaciones particulares realizadas caso a caso por cada órgano de contratación –lo que ahonda en la fragmentación antes comentada.

Uno de los puntos más confusos de la norma es el que se refiere al régimen de invalidez de las modificaciones. Un régimen que, como se ha sostenido en este trabajo, no se contiene expresamente en la norma, sino que ésta se limita a abordar la invalidez del contrato. Ello obliga a acudir a la teoría general de la invalidez –ya de por sí muy confusa.

Si el contrato no se ha modificado y la única manera de que siga adelante es con una modificación contraria al ordenamiento, entonces se aplicará el régimen especial de resolución contractual por esta causa.

Cuando se haya producido una modificación contraria al ordenamiento, habrá que examinar qué régimen de invalidez le es aplicable. Si se trata de una modificación que vulnere las «circunstancias y requisitos» exigidos en los artículos 204 y 205 LCSP, estaremos ante una causa de anulabilidad del contrato inicial, aplicándose el régimen específicamente previsto en la LCSP –que parece exigir esa declaración de anulabilidad del contrato.

Si se trata de una modificación inválida por cualquier otro motivo (por ejemplo, por no haberse seguido el procedimiento) la modificación se anula y habrá que examinar el impacto de esa decisión en el contrato y preguntarse si el contrato puede seguir subsistiendo sin la modificación. Si no es materialmente posible habrá que resolver el contrato. Nótese la diferencia: aquí el contrato no se anula, sino que se resuelve.

8.2 EL MUTUO ACUERDO COMO POSIBLE SOLUCIÓN

En la práctica, existe un abuso de la unilateralidad mediante la potestad de modificación, ya sea porque la Administración acude a los preceptos que le habilitan, o porque los poderes adjudicadores incluyen en los pliegos cláusulas que replican estos preceptos. Esta situación diluye la intervención del contratista en la modificación a pesar de ser una parte contratante.

Esta manera de actuar tiene consecuencias tanto en la calidad del modificado como en la eficiencia del sistema, en la responsabilidad del contratista y en la uniformidad del sistema legislativo.

El sistema de modificación unilateral tiene consecuencias en la calidad del modificado porque éste se enriquecería con las aportaciones del contratista, el cual tiene en ocasiones acceso a mayores recursos que el poder adjudicador.

Además, como se ha comprobado, la actual lógica jurídico-administrativa lleva a sostener que si se estructura el sistema en torno al acto administrativo entonces se debe exigir que se impugne el acto administrativo de modificación. Esta situación lleva a que el contratista tenga incentivos para recurrir la modificación acabando el asunto en la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, lo que es peor, enfrentando a las partes contratantes a través de la judicialización de la relación contractual.

Por último, este sistema de modificación unilateral también tiene consecuencias en el reparto de responsabilidad si finalmente la modificación se declara inválida. Un ejemplo típico es el de la modificación del contrato en que no se incluyen todos los trabajos que después se realizan. En la actualidad ese exceso es abonado por la Administración *«que es quien está facultada para realizar modificaciones»* y no puede aprovecharse de su propia omisión para no abonar lo realmente ejecutado⁷⁶⁶. Lo mismo ocurre en caso de que durante una prolongación unilateral se produzcan circunstancias imprevisibles. Es el caso abordado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 julio 2015, que admite la compensación a un concesionario por subida del precio de los bituminosos acaecida durante la prolongación del contrato. Ahora bien, en ese caso, dado que la prolongación fue acordada unilateralmente por la Administración, los mayores costes deben ser imputables a la Administración en tanto que fue la que provocó que el riesgo de subida, al materializarse, acabase impactando en el contrato⁷⁶⁷.

Desde el punto de vista del sistema legislativo, configurar el sistema administrativo como de modificación bilateral serviría a su vez para homogeneizar regímenes tanto internos (contrato privado versus contrato público), como externamente (modelo continental versus modelo anglosajón). De hecho, el

⁷⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 23 de abril de 2002 (EDJ. 10602) lo cual conecta con el enriquecimiento injusto que ya hemos estudiado.

⁷⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 1 de julio de 2015 (Ar. 3897); se añade, además que «Y debe añadirse que esa decisión de la sentencia recurrida, de imponer a la Administración contratante las consecuencias de la elevación del precio acaecida durante una prolongación del contrato sólo a ella imputable, es coherente con el desplazamiento del riesgo que para la parte contratante que incurre en mora establecen los artículos 1096 y 1183 del Código civil».

mutuo acuerdo es algo común en nuestro entorno jurídico, fruto de la naturaleza contractual de la relación entre las partes⁷⁶⁸.

No sería la primera vez que la contractualización de una figura utilizada en la contratación permite proteger mejor los intereses públicos que su alternativa jurídico pública. Un caso claro es el de los pliegos de cláusulas particulares que, al ser considerados como un documento contractual, pueden convalidar sus vicios ante su no impugnación, salvo aquellos de nulidad de pleno derecho, claro está⁷⁶⁹.

Frente a esta postura de dotar de mayor importancia al mutuo acuerdo no puede alzarse el argumento simplista de que ello aumentaría la oscuridad y falta de control. La realidad ha demostrado que en un sistema de modificación unilateral los controles han fallado estrepitosamente. Poco importa la manera de modificar el contrato siendo lo relevante que esa modificación esté sujeta a supervisión y control, tanto interno como externo.

Es más, incluso podría argumentarse que la modificación unilateral es menos transparente porque no obliga al contratista a retratarse ante ella, sucediendo que en ocasiones el uso de prerrogativas administrativas ocurre «*a iniciativa y en interés del contratista*»⁷⁷⁰. Así, el acto de modificación aparece como una decisión unilateral cuando la realidad es bien distinta, siendo en ocasiones una iniciativa del contratista que, incluso *de facto* elabora el proyecto de modificación. Ocurre por tanto que a veces la modificación se adopte de mutuo acuerdo aunque se envuelva en un aura de unilateralidad derivada del acto administrativo de modificación. Por tanto, la división entre mutuo acuerdo y modificación unilateral se difumina⁷⁷¹.

En todo caso, nada obsta a que la modificación acordada por las partes siga los mismos trámites procedimentales, de control y publicidad que la modificación unilateral.

Por ese motivo, precisamente, no puede argumentarse que el mutuo acuerdo sea incoherente con el panorama normativo actual licito-céntrico (mayor protagonismo a la concurrencia y papel destacado de los terceros interesados como mecanismo de control). El acuerdo alcanzado entre las partes con-

⁷⁶⁸ CRAIG, P., 2010, p. 195.

⁷⁶⁹ En ese sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 26 de diciembre de 2007 (rec. 634/2002).

⁷⁷⁰ Memoria del Consejo de Estado del año 2004, p. 131.

⁷⁷¹ Fenómeno que cómo hemos visto ocurre también en Francia. Cfr. GAUDEMET, Y., Prólogo a HOEPFFNER, H., 2009, pág. v.

tratantes está sometido a los mismos límites y la misma publicidad que la modificación unilateral⁷⁷².

Un argumento en contra algo más complejo sería el que se cuestiona si el mutuo acuerdo tiene cabida en la modificación contractual. Y es que en la contratación pública, la modificación no está pensada para satisfacer el interés de las partes, sino el interés general. Es decir, que cuando la Administración considera que seguir ejecutando el contrato en las condiciones actuales es contrario al interés público, sólo entonces deberá ordenar su modificación.

Sin embargo, ello no debe ser obstáculo para afirmar que en el Derecho de los contratos públicos es jurídicamente posible dar cabida al mutuo acuerdo como fórmula de modificación de los contratos⁷⁷³.

En primer lugar, la modificación por mutuo acuerdo se puede justificar precisamente en la naturaleza contractual de los contratos públicos. Si se entiende que éstos no son una figura ajena al Derecho de los contratos, entonces debe aceptarse que los derechos y obligaciones fijados en un negocio jurídico puedan ser modificados por una nueva concurrencia de voluntades, como consecuencia del principio de libertad de pactos proclamado en la norma⁷⁷⁴. Cuestión distinta será estudiar cómo se manifiestan esas voluntades, ya que en el caso de la Administración deberá llevarse a cabo mediante el procedimiento administrativo correspondiente.

La modificación por mutuo acuerdo no sería más que una manifestación de la libertad de pactos consagrada en la norma de contratos públicos⁷⁷⁵. Ello

⁷⁷² En sentido contrario, un comentario de uno de los evaluadores anónimos consideraba que existe una incoherencia entre la conclusión referida a la utilidad del mutuo acuerdo como una de las posibles soluciones a los problemas que se proyectan sobre las modificaciones contractuales y la significación y protagonismo de los terceros y la competencia en el mercado destacadas en el texto.

⁷⁷³ En ese sentido, MUÑOZ MACHADO, S., 2006, p. 404. En todo caso, la aceptación del mutuo acuerdo no es pacífica. HORGUÉ BAENA, C., 1997, p. 47 considera que la modificación por mutuo acuerdo no está presente en el ordenamiento español en la medida en que la consagración del principio de inmutabilidad del contrato lo impide, con la única excepción de la modificación unilateral. La autora entiende que no es que el texto guarde silencio sobre la modificación por mutuo acuerdo, sino que ésta queda excluida al reconocer la modificación como potestad administrativa.

Por su parte VÁZQUEZ MATILLA, J., 2015, p. 113 afirma que «no es posible modificar un contrato administrativo por mutuo acuerdo de las partes, por la existencia de las reglas propias de la licitación del contrato». Prohibición que, según el mismo autor, se ha hecho extensible a la modificación de un contrato privado.

Para GRIS GONZÁLEZ, J. C., *Revista de estudios locales Cunal*, 2013, p. 7, considera que si antes sí era una opción posible, ahora, tras la aprobación de la LES el principio de legalidad positiva tutela el régimen de modificación de los contratos, lo cual imposibilita al ente adjudicador para acudir a supuestos distintos de los tasados en la legislación.

⁷⁷⁴ En el caso de los contratos privados ésta es la única vía para modificar el contrato, salvo que se incluya en los pliegos la posibilidad de modificación unilateral. Cfr. Informe núm. 48/95 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 21 de diciembre de 1995.

⁷⁷⁵ ESCRIBUELA MORALES, F., *Contratación Administrativa Práctica*, 2010, p. 59.

no lleva a que desaparezca el ejercicio de potestades. No son cuestiones incompatibles. Así, el consagrar un sistema de modificación por mutuo acuerdo tampoco supondría desaparecer a la Administración. En caso de que el contratista se negase a alcanzar un acuerdo sí podría acudir a la modificación unilateral, pero sólo como opción extraordinaria.

Además, la modificación por mutuo acuerdo de los contratos públicos responde a la perfección a la nueva manera de administrar, que pretende dar cabida al interesado en la toma de decisión administrativa. Lo unilateral va dejando paso a lo bilateral en aquellas parcelas en que ello es admisible. Precisamente, la contratación administrativa, por beber de la institución contractual puede ser un campo fértil donde desarrollar esta práctica⁷⁷⁶.

Adicionalmente, puede argumentarse que si cabe la resolución por mutuo acuerdo, debe entonces también aceptarse la modificación, un fenómeno con consecuencias más favorables para la relación contractual⁷⁷⁷.

Ahora bien, que sea jurídicamente posible no quiere decir que la modificación por mutuo acuerdo se pueda producir sin límite alguno. Si en el Derecho civil la novación no es más que una aplicación del dogma de la autonomía de la voluntad⁷⁷⁸, en el Derecho Administrativo el encorsetamiento de ese dogma supone que la novación de las obligaciones por mutuo acuerdo esté limitada y regulada.

El primer límite para la modificación por mutuo acuerdo es que ésta traiga causa en el interés general. Esta afirmación es una obviedad, en la medida en que toda actuación de las entidades del sector público debe responder a la satisfacción de dicho fin. Sin embargo, el gran temor que despierta la modificación por mutuo acuerdo es precisamente que en la negociación operen y se impongan otros intereses que no sean los generales.

Un segundo límite debe encontrarse en las reglas generales de modificación de contratos, en particular a la que prohíbe la alteración de las condiciones sustanciales del contrato o del pliego. Y es que el mutuo acuerdo no puede ser ajeno a la perspectiva licitocéntrica adoptada por el ordenamiento europeo y nacional, que es neutra en ese sentido⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ BUSTILLO BOLADO, R., 2010.

⁷⁷⁷ ESCRIBUELA MORALES, F., *Contratación Administrativa Práctica*, 2010, p. 59.

⁷⁷⁸ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., 2000, p. 19

⁷⁷⁹ Por ejemplo, en el Informe núm. 23/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se señala que «celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce» (Informe de 21 de

En tercer lugar, aplicando por analogía la postura del Consejo de Estado sobre la resolución por mutuo acuerdo⁷⁸⁰, la modificación no puede suponer transacción, esto es, que la Administración renuncie a bienes y derechos de la Hacienda.

En cuarto lugar, y siguiendo con la aplicación analógica de los supuestos de resolución por mutuo acuerdo, la modificación no puede producirse para encubrir una situación en la que el contratista es responsable. Por ejemplo, en el caso en que se modifica el contrato para evitar imponer las penalidades previstas al contratista.

Además de los límites hasta ahora señalados, hay que subrayar que la modificación por mutuo acuerdo no supone renunciar a los controles establecidos. Las normas sobre modificación de los contratos, tanto las procedimentales como las sustantivas, deben aplicarse con independencia de la forma de llevar a cabo la modificación.

Técnicamente, una posible forma de llevar a cabo el mutuo acuerdo es través de la terminación convencional del procedimiento de modificación. Para ello, la norma de contratación debería prever el alcance, efectos y régimen jurídico específico de esa terminación (tal y como exige el artículo 86 LPAC). De hecho, los acuerdos entre Administración y particulares pueden tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o bien insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

Actualmente la LCSP no contempla expresamente la modificación del contrato por mutuo acuerdo. Es decir, en España el mutuo acuerdo tiene un carácter residual y muchas veces limitado a ámbitos específico (v. g. las prórogas previstas).

En cualquier caso, lo que no parece coherente es la situación actual en la que se niega la posibilidad de mutuo acuerdo, otorgando al contratista un rol secundario en la tramitación y aprobación, excepto cuando, si no está conforme, se le exige una intervención –a veces heroica– frente a la actuación de la Administración, que es su pagadora y contraparte. Y si no realiza esa impugnación del acto, solo entonces, se da a su conducta un tratamiento de conformidad total y absoluta que acerca las consecuencias de esa modificación unilateral a las de una modificación mutuamente acordada.

diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 y 2 de 5 de marzo de 2001, expediente 48/95, reiterado en 47/98, 52/00, 59/00, 12/06)».

⁷⁸⁰ Dictamen del Consejo de Estado, núm. 128/97, de 24 de abril de 1997; Dictamen del Consejo de Estado, 1198/2012, de 30 de enero de 2013. Se ha apuntado el carácter restrictivo que debe adoptar el mutuo acuerdo en la contratación administrativa, al menos en lo que respecta a la resolución del contrato. Cfr. COLÁS TENA, J., 2014, p. 357.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

- ABAJO QUINTANA, J. J., «Comentario a los artículos 59 y 60», en *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 610 y ss.
- AGUDO GONZÁLEZ, J., «El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia», *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 26, 2011, pp. 1-45.
- ALBANO, G. L.; ZAMPINO, R., «Strengthening the Level of Integrity of Public Procurement at the Execution Phase: Evidence from the Italian National Frame Contracts», en Gustavo Piga, Steen Treumer (eds.) *The applied law and economics of public procurement*, Routledge, 2013.
- ALTSHULER, A., y LUBEROFF, D., *Mega-Projects: The Changing Politics of Urban Public Investment*, Brookings Institution, Washington DC, 2003.
- AMEZCUA ORMEÑO, E., «*Ius variandi*, precios contradictorios y revisión de precios en el contrato de obras celebrado por poder adjudicador no administración pública tras la Ley de Economía Sostenible», *Revista Aranzadi Doctrinal*, vol. 6, 2011, pp. 123-126.
- ARIÑO ORTIZ, G., *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1984.
- *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, 1.^a ed., Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- ARNEDO ORBAÑANOS, M. A., «El control de la corrupción por el Tribunal de Cuentas: Posibilidades y limitaciones», *Revista española de control externo*, vol. 3, 1999, pp. 61-90.
- ARROWSMITH, S., «Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility», *Public Procurement Law Review*, núm. 3, 2012, pp. 71-82.

- *The law of public and utilities procurement*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, London, 2015.
- «The Purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies», en C Barnard, M Gehring, I Solanke (eds.) *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2011-2012, vol. 14, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 1-48.
- ARROWSMITH, S., LINARELLI, J., y WALLACE, D., *Regulating public procurement: national and international perspectives*, Kluwer Law International, Londres, 2000.
- ARROWSMITH, S., PRIESS, H.-J., y FRITON, P., «Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct: an emerging concept in EC public procurement law?», *Public Procurement Law Review*, núm. 6, 2009, pp. 257-282.
- ASHMORE, R., «Variations on a theme (Pressetext in action) - changes to development plans in favour of commercial developer successfully challenged: R (on app. Gottlieb) v Winchester City Council», *Public Procurement Law Review*, vol. 24, núm 3, 2015, pp. NA81-NA87.
- AUBY, J.-B., «Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere», *Public Law*, 2007, pp. 40-57.
- AURICCHIO, V., «The problem of discrimination and anti-competitive behaviour in the execution phase of public contracts», *Public Procurement Law Review*, n.º 5, 1998, pp. 113-130.
- AVEZUELA CÁRCCEL, J., «Los principios generales de la contratación pública», *Revista Española de la Función Consultiva*, vol. 3, enero-junio, 2005.
- BADENES GASSET, R., *El riesgo imprevisible: influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional*, Bosch, Barcelona, 1946.
- BAJARI, P.; TADELIS, S., «Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts», *The RAND Journal of Economics*, vol. 32, núm. 3, 2001, pp. 387-407.
- BAÑO LEÓN, J. M., «El modificado de los contratos», en Gimeno Feliú, J. M. (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 1345-1364.
- «Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos», *Anuario del Gobierno Local*, vol. 1, 2012, pp. 141-151.
- «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, vol. 151, enero-abril, 2000, pp. 11-37.
- BARBERÁ, C., en R. García Macho (ed.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., «La suspensión de la ejecución del contrato de obra pública», en *Revista de Administración Pública*, núm. 142, enero-abril, 1997, pp. 111 a 153.

- BELADIEZ ROJO, M., «La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 133, enero-abril, 1994.
- BELTRÁN GÓMEZ, A. I., «La transparencia en la modificación de los contratos públicos», *Observatorio de Contratación Pública*, vol. web, 2012.
- BERNAL BLAY, M. A., «Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en José María Gimeno Feliú, Miguel Angel Bernal Blay (eds.) *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 143-210.
- «The Spanish Remedies System in Public Procurement: Strengths and Opportunities for Improvement», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 2, 2013, pp. 118-131.
- BLANCO LÓPEZ, F., «La oferta anormalmente baja en la contratación pública. La oferta inaceptable.», *Revista de Estudios Locales*, 2013, pp. 353 y ss.
- BLANQUER CRIADO, D., «Pacta sunt servanda», en Juan Alfonso Santamaría Pastor (ed.) *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2010.
- BONET CORREA, J., «La novación modificativa del objeto o renta en la contratación arrendaticia urbana y las cláusulas de estabilización (En torno a la STS de 13 de mayo de 1986)», *Revista General de Derecho*, vol. 513, 1987, pp. 3081-3089.
- BRODEC, J., y JANECEK, V., «How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime?», *Public Procurement Law Review*, vol. 24, n.º 3, 2015, pp. 90-105.
- BROWN, A., «When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06», *Public Procurement Law Review*, núm. 6, 2008, pp. NA253-267.
- BURGI, M., «A Report about the German Remedies System», en Steen Treumer, François Lichère (eds.) *Enforcement of the EU public procurement rules*, DJØF Pub, Copenhagen, 2011.
- BURNETT, M., «PPP during the Contract Execution Phase - A Need for Greater Certainty in Community Law», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 2, 2008, pp. 51-57.
- BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 3.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2010.
- CALATAYUD PRATS, I., «La regulación de la modificación objetiva del contrato de concesión en la LCSP: ¿una incorrecta transposición de la Directiva?», en *La Administración al día*, 29 de noviembre de 2018.
- CANO CAMPOS, T., «El laberinto de la invalidez: algunas pistas para no perderse», en *XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (AEPDA), Universidad de la Laguna, 2017.
- CANTARELLI, C. C.; FLYVBJERG, B.; BUHL, S. L., «Geographical Variation in Project Cost Performance: The Netherlands versus Worldwide», *Journal of Transport Geography*, vol. 24, 2012, pp. 324-331.

- CANTERA CUARTANGO, J. M., «La renegociación de los contratos públicos en tiempos de crisis económica», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, vol. 19, quincena 15 a 29 octubre, 2012, p. 2143.
- CASARES MARCOS, A. B., «Equilibrio económico», en Santamaría Pastor, Juan Alfonso (ed.) *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
- «Límites al riesgo y ventura del concesionario de obras públicas: restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión de la autopista AP-41 Madrid-Toledo (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, Sala 3a, Sección 7a. Recurso contencioso administrativo núm. 566/2008)», en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 917-944.
- CASTIÑEIRA JEREZ, J., «*Pacta Sunt Servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *Revista de Derecho Patrimonial*, vol. 29, 2012.
- CAVALLO PERIN, R.; RACCA, G. M., «La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici», *Diritto amministrativo*, 2010, p. 325.
- CHINCHILLA MARÍN, M. C., *La desviación de poder*, Madrid, 2004.
- CIBINIC, J., y NASH, R. C., *Administration of Government Contracts*, 3th ed., George Washington University Law School, Government Contracts Program, Washington, 2011.
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., «La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP», en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 153, enero-febrero, 2018.
- «La modificación del contrato público: una aproximación de derecho comparado», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 179, julio-septiembre, 2016, pp. 313-334.
- «La cuestión de nulidad en materia de contratación: infracciones del Derecho Europeo y refundación de un mecanismo infrautilizado», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015, pp. 195 y ss.
- *Modification of contracts and its expansive effects on aggregated and centralised purchasing models*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2015.
- «La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 50, 2014, pp. 73-101.
- «Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas directivas.», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, 2014.
- COLÁS TENA, J., «El cumplimiento y la ejecución», en Mariano Yzquierdo Tolsada, Luis Medina Alcoz, Silvia Díez Sastre (eds.) *Los contratos públicos*, vol. XIV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 326 y ss.
- «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible», *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 153, 2012.

- COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo español*, t. II, 3.^a ed., Madrid, 1865.
- COMBA, M., «Contract Execution in Europe: Different Legal Models with a Common Core», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 4, 2013, pp. 302-308.
- *L'esecuzione delle opere pubbliche con cenni di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2011.
- CORDERO, D., «Cuando el sobrecoste forma parte del plan», *El País*, 2014, fecha de consulta 4 febrero 2014, en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/02/03/actualidad/1391459849_523014.html.
- COSSALTER, P., *La modification du marché public*, Territorial, 2012.
- CRAIG, P., «Specific powers of public contractors», en Rozen Noguellou, Ulrich Stekken (eds.) *Comparative Law on Public Contracts Treatise / Traité de droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruselas, 2010, pp. 173-198.
- CUBILLO RODRÍGUEZ, C., «La responsabilidad contable derivada de los contratos del sector público», *Revista española de control externo*, vol. 30, 2008, pp. 31-56.
- DE BRUX, J., *Renegotiation and performance in public-private contractual arrangements. An economic analysis*, 2011, Université de Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris.
- DEKEL, O., «Modifications of a Government Contract Awarded following a Competitive Procedure», *Public Contract Law Journal*, vol. 38, 2008, p. 401.
- DE LA CUESTA, J. M., «Las obligaciones alternativas», *Revista de Derecho Privado*, vol. 25, 1984.
- DEL BUEYO DÍEZ JALÓN, M., «La intervención de los Consejos Consultivos en los procedimientos de modificación de contratos», *Revista Española de la Función Consultiva*, vol. 3, 2005, pp. 60-88.
- DELGADO MARTÍN, E. y ARRIAGA, *Contratos Administrativos o de obras y servicio público*, 2.^a ed., Ed. Manuel Ginés, Madrid, 1899.
- DÍAZ YEREGUI, R., «El cambio de control en los contratos del sector público», en *Actualidad civil*, núm. 9, 2017, págs. 98-107.
- DÍEZ CALZADA, J., «Comentario al nuevo régimen de modificación de los Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 112, 2011, pp. 58-67.
- DÍEZ SASTRE, S., «La invalidez de los contratos públicos», en Gimeno Feliú, J. M. (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018 (a), pp. 571 a 597.
- «El ámbito subjetivo de la LCSP», en Gamero CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I. (Dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo I, Tirant lo Blanch, 2018 (b).
- «La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos», *Revista de estudios locales. Cunal*, vol. agosto, 2013.
- *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- DOMÍNGUEZ OLIVERA, R., «Modification of Public Contracts Transposition and Interpretation of the new EU Directives», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 10, n.º 1, 2015, pp. 35-49.
- ESCRIBUELA MORALES, F., «La necesaria reforma de la modificación de los contratos públicos», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 95, marzo, 2010.
- ESTÉVEZ, Á. E., «El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 124, 2013.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «El recurso especial en materia de contratación: procedimiento y resolución. El nuevo reparto jurisdiccional», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 153, 2018, pp. 148-158.
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Los contratos administrativos*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1927.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo I*, 4.ª ed., Thomson Reuters, 2018
- «Potestad tarifaria y equilibrio económico financiero en las concesiones de servicios de las Corporaciones Locales», *Revista de Administración Pública*, vol. 87, septiembre-diciembre, 1978.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F., «Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 163, 2014.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. L., «Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 163, pp. 145-180.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *La modificación del contrato*, Editorial Aranzadi, 1992.
- FERNÁNDEZ MARTÍN, J. M., «Criteria for the use of the negotiated procedure under the E. C. Works Directive: a note on Case C-107/92», *Public Procurement Law Review*, núm. 1, 1994, pp. CS13-18.
- FISCHER, C., «Unilateral variations in construction contracts», *Construction Law Journal*, vol. 29, n.º 3, 2013, pp. 211-233.
- FLYVBJERG, B., *Megaprojects and risk: an anatomy of ambition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- FLYVBJERG, B.; GARBUJO, M.; LOVALLO, D., «Delusion and Deception in Large Infrastructure Projects: two models for explaining and preventing executive disaster», *California Management Review*, vol. 51, n.º 2, 2009, pp. 170-193.
- FLYVBJERG, B.; HOLM, M. S.; BUHL, S. L., «Underestimating Costs in Public Works Projects: Error or Lie?», *Journal of the American Planning Association*, vol. 68, n.º 3, 2002, pp. 279-295.
- FUENTES LOSADA, A., «La modificación de los contratos públicos tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible», *CEEJ*, vol. 2, junio, 2014, pp. 131-168.
- FUENTETAJA PASTOR, J., «Riesgo y ventura en la concesión de Obra pública», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, vol. 7, n.º 20 semestre, 2004.

- FUERTES LÓPEZ, M., «Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicio)», en *Observatorio de contratos públicos 2012*, 2013.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Circunstancias externas y reequilibrio económico del contrato público. ¿Nuevas Perspectivas?», en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 15, 2016.
- «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en *X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, 2015, Madrid, 2015.
- «La formalización», en Mariano Yzquierdo Tolsada, Luis Medina Alcoz, Silvia Díez Sastre (eds.) *Los contratos públicos*, vol. XIV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 235 y ss.
- «La indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la suspensión de la ejecución del contrato», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 123, 2013, pp. 90-99.
- «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 113, noviembre, 2011, p. 32.
- «Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad», en José María Gimeno Feliú, Miguel Angel Bernal Blay (eds.) *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 259-320.
- «Contrato administrativo de obras y doctrina del riesgo imprevisible (I)», *Contratación Administrativa Práctica*, 98, 2010.
- «Contrato administrativo de obras y doctrina del riesgo imprevisible (II)», *Contratación Administrativa Práctica*, 99, 2010.
- «Legitimación para instar la revisión de decisiones en materia de contratación pública», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 75, mayo, 2008, p. 47.
- «Revisión de precios en los contratos de las Administraciones públicas», *Contratación Administrativa Práctica*, vols. 72-73, febrero-marzo, 2008, pp. 47-56.
- «Fuerza mayor en el contrato de obras», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 28, n.º febrero, 2004, pp. 44-53.
- «La garantía del equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos (I)», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 26, n.º diciembre, 2003.
- GANUZA FERNÁNDEZ, J. J., «Contratos, subastas y sobre costes en las obras públicas: un análisis teórico», *Cuadernos Económicos del I. C. E.*, vol. 57, 1994, pp. 77-97.
- «Los sobre costes en las obras públicas: un análisis económico del caso español», *Economía industrial*, núm. 318, 1997, pp. 111-122.
- GARCÍA CARACUEL, M., *La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Dykinson, 2014.

■ LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa», *Revista de Administración Pública*, vol. 10, 1953, pp. 241-281.
- «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, vol. mayo-agosto, núm. 2, 1950, pp. 83 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de derecho administrativo*, 15.^a ed., Civitas 2011.
- *Curso de derecho administrativo*, 6.^a ed., Civitas, 1993.
- GARCÍA DE LA MATA, J. E.; PIPAON PULIDO, J. G., «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Diario La Ley*, vol. 6983, n.º 7 de julio, 2008.
- GARCÍA LUENGO, J., *Las infracciones formales como causa de invalidez del acto administrativo. Un estudio sistemático sobre el artículo 48.2 de la Ley 39/2015*, ed. Iustel, 2016.
- GARCÍA MOLINERO, A., «La necesaria tramitación del procedimiento de revisión de oficio ante prestaciones realizadas sin la necesaria cobertura contractual. Análisis jurisprudencial», en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 6, 2019, págs. 80-94.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Consideraciones sobre el plazo de los contratos administrativos de obra», *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 60, 1988.
- GIANNELLI, A., *Esecuzione e rinegoziazione in materia di appalti pubblici*, ed. Editoriale Scientifica, 2012.
- «Performance and renegotiation of public contracts», *Ius Publicum Network Review*, 2013.
- GIMENO FELIÚ, J. M., «La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades», en *Documentación Administrativa Nueva Época*, núm. 4, enero-diciembre, 2017, pp. 7-30.
- «La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable», *Jornada sobre contratación pública, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*, 2013.
- «Las nuevas Directivas - Cuarta Generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, pp. 39-105.
- «El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 149, 2011, pp. 29-54.
- «El nuevo sistema de recursos en materia de contratos públicos», en José María Gimeno Feliú, Miguel Ángel Bernal Blay (eds.) *Observatorio de contratos públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 211-258.
- *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

- *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Madrid, 2005.
- GIRALDES GUTIÉRREZ, L. S., «La evolución histórica del contrato administrativo. Una reflexión sobre la situación actual de la figura y sus perspectivas de futuro desde sus bases institucionales», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2014.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., y RODRÍGUEZ MORILLA, J. A., *El reformado anticipado del contrato de obra pública*, Atelier, 2018.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., «Contratos de obras», en Gimeno Feliú, J. M. (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 1393-1413.
- «Riesgo y ventura en la concesión de obra pública. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011», en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 1313-1332.
- GREEN, J. R., y LAFFONT, J. J., «Renegotiation and the Form of Efficient Contracts», *Annals of Economics and Statistics / Annales d'Économie et de Statistique*, 25/26, 1992.
- GREENSTEIN, S., «Procedural Rules and Procurement Regulations: Complexity Creates Trade-Off», *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 9, 1993.
- GRIS GONZÁLEZ, J. C., «El *Ius Variandi* en la contratación pública: clases de modificaciones y límites», *Revista de estudios locales. Cunal*, vol. 163, 2013, pp. 30-48.
- «La modificación de los contratos del sector público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, vol. 28, 2012.
- GUASCH, J. L., *Granting and renegotiating infrastructure concessions doing it right*, World Bank, Washington, D. C, 2004.
- KARTACHEVA, A.; QUESADA, L., *Contract Renegotiations and Concessions in the Latin America and Caribbean Region: An Economic Analysis and Empirical Implications*, World Bank, Washington DC, 2000.
- GUERRERO ANKERSMIT, R., «Desistimiento y modificación de contratos: el artículo 223 g)», *Jornada sobre contratación pública, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*, 2013.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, Universidad de León, León, 2000.
- HARTLEV, K., y LILJENBØL, M. W., «Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender», *Public Procurement Law Review*, vol. 22, 2013, pp. 51-73.
- HART, O., y MOORE, J., «Contracts as Reference Points», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 123, 1, 2008, pp. 1-48.
- «Incomplete Contracts and Ownership: Some New Thoughts», *The American Economic Review*, vol. 97, 2, 2007, pp. 182-186.
- «Incomplete Contracts and Renegotiation», *Econometrica*, vol. 56, 4, 1988, p. 755.

- HEBLY, J. M.; HEINJSBROOK, P., «When Amending Leads to Ending», en Gustavo Piga, Steen Treumer (eds.) *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, Abingdon, 2013, pp. 163 y ss.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., «Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos», en Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles., I. (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo III, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2133-2200.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., en R García Macho (ed.) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, p. 536.
- HERNANDEZ GIL, A., «La obligación y su estructura», en *Derecho de Obligaciones*, Obras Completas, t. 3, 1988.
- «El ámbito de la novación objetiva modificativa», *Revista de Derecho Privado*, vol. 45, enero-diciembre, 1961, pp. 797-807.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., «La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», *X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, 2015.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del Canal de Panamá», *Revista de Administración Pública*, vol. 194, n.º mayo-agosto, 2014, pp. 475-508.
- HOEPFFNER, H., «La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire», *Revue Française de Droit Administratif*, vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 98-114.
- *La modification du contrat administratif*, Lextenso, Paris, 2009.
- HORGUÉ BAENA, C., «Modificación de los contratos», en Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles., I. (Dir.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo III, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2259-2312.
- *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- HUERGO LORA, A., «El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 126, 2005.
- JAREÑO LEAL, Á., «La corrupción en la contratación pública», en Ángeles Jareño Leal (ed.) *Corrupción Pública: Cuestiones de Política Criminal*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 149-158.
- JIMÉNEZ AYALA, J., *Gestión de contratos de obras de las Administraciones Públicas. Estudio de los orígenes y causas de las habituales desviaciones presupuestarias*, Tesis, UNED, 2003.
- KELMAN, S., *Procurement and public management: the fear of discretion and the quality of government performance*, AEI Press, Washington, D. C, 1990.
- KOTSONIS, T., «Implementation of Directive 2014/24: Regulating the Modification and Termination of Contracts», *Who's Who Legal*, vol. julio, 2015, fecha de con-

- sulta en <http://whoswholegal.com/news/features/article/32426/implementation-directive-201424-regulating-modification-termination-contracts>.
- LAVILLA RUBIRA, J. J., «Régimen jurídico de la concesión de obras», en Gimeno Feliú, J. M. (Dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 1415-1446.
- LAZO VITORIA, X., «El contrato de concesión de servicios», en Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (Dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo III, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 2574-2614.
- LÓPEZ-Font MÁRQUEZ, F., «El término en el contrato administrativo de obra», *Revista de Administración Pública*, vol. 97, 1982.
- MARÍN ALBARRÁN, E., «Parámetros de control de la adjudicación de Contratos públicos en los nuevos órganos de Recursos contractuales», *Revista de Estudios Locales*, vol. especial, 2013, pp. 491 y ss.
- MARTÍN REBOLLO, L., «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª, Civitas, Madrid, 2004, pp. 576 y ss.
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Cizur Menor, 2007.
- MEILÁN GIL, J. L., *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión.», *Revista de Administración Pública*, vol. 191, mayo-agosto, 2013.
- MESTRE DELGADO, J., *La extinción de la concesión de servicio público*, ed. La Ley, Madrid, 1992.
- MILLER, J.; COHEN, L., «One change too many! Is there any position for the American concepts of «cardinal changes» and the «cumulative impact doctrine» in English law?», *Construction Law Journal*, vol. 18, n.º 5, 2002, pp. 378-390.
- MORENO GIL, Ó., *La revisión de precios en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 1980.
- MORENO MOLINA, J. A., «Grave incumplimiento español del derecho de la UE por la falta de trasposición de la directiva de contratos públicos en los sectores especiales», en *Observatorio de la Contratación Pública*, 2019.
- «El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación», *Observatorio de Contratación Pública*, 2015.
- «La Ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos.», *Revista General de Derecho Administrativo*, vol. 25, 2010.
- «La influencia del Derecho Comunitario de la contratación pública en el Derecho español. Los principios generales de la contratación del sector público»,

- Noticias de la Unión Europea*, vol. 298, Monografía: La contratación de las Administraciones Públicas, 2009.
- «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, 2008, 49-86.
- «Aplicación del principio de equilibrio financiero al contrato de obras», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 57, 2006.
- *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- MOREO MARROIG, T., «El control de la ejecución del contrato: una asignatura pendiente», en José María Gimeno Feliú (coord.) *Observatorio de los contratos públicos 2016*, Aranzadi, 2017, pp. 529-542.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Iustel, Madrid, 2006.
- NASH, R. C. J.; CIBINIC, J. J., «Changes Clause in Federal Construction Contracts», *George Washington Law Review*, vol. 35, 1966, p. 908.
- NOGUELLOU, R., «Les nouvelles Directives et l'exécution des contrats», *Actualité juridique. Droit administratif*, vol. 15, n.º 21 avril 2014, 2014, p. 853.
- NÚÑEZ MUNAIZ, R., *Comentarios al Texto Refundido y al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Dykinson, Madrid, 2004.
- ORDUÑA MORENO, F. J.; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*, Civitas, Cizur Menor, 2013.
- PADROS REIG, C., «La regulación de la baja temeraria en los procedimientos de contratación. Fundamentación actual e historia normativa», *Revista de Administración Pública*, vol. 181, 2010.
- «Modificaciones subjetivas en la ejecución de contratos de concesión de servicios públicos: entre dogmática administrativa y realidad práctica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 135, 2007, pp. 459-503.
- PALMIERI, V., «Scorrimento della graduatoria e tutela della concorrenza nell'esecuzione degli appalti pubblici», *Foro amministrativo*, 2008, p. 868.
- PAREDES MAZÓN, A., «El derecho del licitador no adjudicatario al acceso al expediente para control de la ejecución del contrato», en *Actualidad Administrativa*, núm. 7-8, julio-agosto, 2018.
- PAREJO ALFONSO, L. J., «¿Un paso atrás en la doctrina del riesgo imprevisible? La Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1978», *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 18, 1978.
- PÉREZ CRESPO, B., «La reforma del régimen de modificación de los contratos públicos», *Cuenta con IGAE*, vol. 26, n.º junio, 2011.
- PONCE SOLÉ, J., «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175, enero-marzo, 2016.

- POWELL, G. E. J., «Cardinal Change Doctrine and Its Application to Government Construction Contracts», *Public Contract Law Journal*, vol. 24, 1994, p. 377.
- PREVOST, R. J., «Contract Modification vs. New Procurement: An Analysis of General Accounting Office Decisions», *Public Contract Law Journal*, vol. 15, 1985, p. 453.
- PRIESS, H.-J.; SAUSSIER, S., «Dialogue», en Gustavo Piga, Steen Treumer (eds.) *The applied law and economics of public procurement*, Routledge, Abingdon, 2013 (The economics of legal relationships).
- PUERTA SEGUIDO, F., «La regulación del *ius variandi* en el Proyecto de Ley de Contratos del sector Público», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 152, noviembre-diciembre 2017.
- PUNZÓN MORALEDA, J., «Cesión y subcontratación», en Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I. (Dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, tomo II, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1122-1188.
- QUINTANA LÓPEZ, A., «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 131, 2006, p. 421.
- QUINTANA LÓPEZ, T., «El anacronismo del *factum principis* en la legislación de contratos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 50, abril-junio, 1986, pp. 269-274.
- RACCA, G. M.; CAVALLO PERIN, R., «Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption», *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 4, 2013, pp. 279-293.
- REBOLLO PUIG, M., *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- ROLLÓN MUÑOZ, J., «Comentario al artículo 101 TRLCAP», en *Comentarios a la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 921 y ss.
- ROSE-ACKERMAN, S., *Corruption and government: causes, consequences, and reform*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- ROWLAND, H., «The Causes and Effects of Change Orders on the Construction Process», *Master Thesis presented to the Georgia Institute of Technology*, 1981.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., «Las causas de extinción del artículo 1156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa», en *Revista de Derecho Privado*, 1988.
- SAINZ MORENO, F., «Prerrogativas de la administración en la contratación administrativa», en Benigno Pendás García (ed.) *Derecho de los contratos públicos: estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas*, 1.^a ed., Praxis, Barcelona, 1995, pp. 425-464.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2a, Hart Publishing, 2015.

- SANCHO REBULLIDA, F. de A., «Comentario a los artículos 1203 y 1204 CC», en Comentarios al código Civil y Compilaciones Forales, vol. XVI (Art. 1156 a 1213 CC), Edersa, Madrid, 1991.
- *La novación de las obligaciones*, Nauta: D. L.1964, Barcelona.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «La invalidez de los contratos públicos», en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 365.
- «Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas», en SAINZ MORENO, F. (dir.), *Estudios para la reforma de la administración pública*, 2004, pp. 179-214.
- SIEGEL, T., *Europeización del Derecho público: marco de condiciones y puntos de interacción entre el Derecho europeo y el Derecho (administrativo) nacional*, ed. Marcial Pons, 2016.
- SIMOVART, M. A., «Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules», *UrT*, vol. 1, 2015.
- SMITH, K., «Contract adjustments and public procurement: An analysis of the law and its application», *University of Nottingham*, 2014.
- SPILLER, P. T. *An Institutional Theory of Public Contracts: Regulatory Implications*, National Bureau of Economic Research, 2008.
- SUAY RINCÓN, J., «La ejecución del contrato administrativo. la cesión del contrato y la subcontratación», en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2a ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 472-524.
- THELLIEZ-HUGODOT, S., *La définition de la commande par le pouvoir adjudicateur*, Tesis Doctoral, Valenciennes, 2013.
- TIOLE, J., «Incomplete contracts: Where do we stand?», *Econometrica*, vol. 67, n.º 4, 1999, pp. 741-781.
- «Procurement and Renegotiation», *Journal of Political Economy*, vol. 94, n.º 2, 1986, pp. 235-259.
- TORRALBA MENA, I., «Comentario al artículo 208 LCSP», en Recuerda Girela, M. A. (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Civitas, 2018, pp. 1223-1228.
- TREPTE, P.-A., *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- TREUMER, S., «Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive», *Public Procurement Law Review*, vol. 23, n.º 3, 2014, pp. 148-155.
- «Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011», *Public Procurement Law Review*, n.º 5, 2012, pp. 153-166.
- «Transfer of Contracts Covered by the EU Public Procurement Rules After Insolvency», *Public Procurement Law Review*, vol. 23, 2014, p. 21.

- TRYBUS, M., «The Transposition of the Public Procurement Remedies Directive 2007/66/EC in the United Kingdom. Annual Report 2010 - United Kingdom», *Ius Publicum Network Review*, 2011.
- VALERO ESCRIBANO, J. I., «La regularización de las facturas derivadas de contrataciones irregulares», en *Revista Española de Control Externo*, vol. XVII, núm. 50, 2015, pp. 149-179.
- VÁZQUEZ MATILLA, J., «Especialidades en la modificación del contrato de obras. Artículo 242 LCSP: modificando sin modificar», en *Contratación administrativa práctica*, núm. 155, 2018, pp. 64-71.
- *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- «La modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia», *Revista de estudios locales. Cunal*, vol. 161, Número Extra, 2013, pp. 551-575.
- «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, vol. 37, 2010, pp. 317-351.
- «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, vol. 94, 2010, p. 54.
- «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 143, 2009, pp. 529-564.
- VILLAR EZCURRA, J. L., «Un problema complejo: reclamación de daños y perjuicios por alargamiento del plazo en los contratos públicos de obra», en Ariño y Villa Abogados, 19 de mayo de 2019 (accesible en www.arinoyvillar.com).
- Algunos apuntes críticos sobre los modificados en el contrato de obras en la nueva Ley de contratos de sector público, web www.arinoyvillar.com, 2017.
- «El equilibrio económico en las concesiones de obras públicas», *Revista de Obras Públicas*, vol. extraord., octubre, 2002.
- VILLAR PALASÍ, J. L., «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», *Revista de Administración Pública*, vol. 14, n.º mayo-agosto, 1954, pp. 70 y ss.
- VILLAR PALASÍ, J. L.; VILLAR EZCURRA, J. L., «El principio de riesgo y ventura», en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004.
- «Fuerza mayor», en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004.
- «Revisión de precios», en Rafael Gómez-Ferrer Morant (ed.) *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004.
- WHITE, N. J., «Destruction of the Contract through Material Changes», *International Journal of Construction Education and Research*, vol. 2, n.º 1, 2006, pp. 43-51.

■ LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

YANNAKOPOULOS, C., «L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif», *Revue de Droit public*, vol. 2, 2008, p. 421.

ZHANG, X., «Supplier review as a mechanism for securing compliance with government public procurement rules: a critical perspective», *Public Procurement Law Review*, núm. 5, 2007, pp. 325-351.

La modificación de los contratos del sector público ha estado tradicionalmente presente en la ejecución de todo contrato público, llegándose a hablar de la existencia de una auténtica «cultura del modificado». Este trabajo aborda esta figura partiendo de la siguiente premisa: no es posible ni deseable su prohibición, al ser una herramienta fundamental para las entidades del sector público. La solución pasa por una regulación que, sin impedir utilización, sea capaz de evitar el mal uso y abuso que se hace de ella.

A lo largo del texto se examina el enfoque licito-céntrico como solución común adoptada por los distintos ordenamientos. En particular, se estudia la regulación que de la modificación lleva a cabo la Ley de Contratos del Sector Público aprobada en 2017, dando respuesta a cuestiones tales como cuál es su origen, qué novedades aporta, qué dificultades plantea, a qué contratos es aplicable, o qué especialidades contiene.