

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Alberto FUENTES LOSADA

Funcionario de habilitación estatal. Secretario del Ayuntamiento de Cambados (Pontevedra)

Recibido 15.04.2014 / Aceptado 03.06.2014

RESUMEN: En la práctica de la modificación de los contratos públicos en España, ha imperado siempre la idea de que en la fase de ejecución no había espacio ni justificación para la aplicación de los principios comunitarios de igualdad de trato y de interés público, pues era una fase *ad intra*, con efectos únicamente entre las partes del contrato. Esta actuación, al margen del derecho comunitario, ha tenido sus consecuencias, con importantes repercusiones en el plano económico-presupuestario, ya que no en pocas ocasiones, las autoridades comunitarias han dejado de abonar certificaciones correspondientes a proyectos con financiación europea por considerar que no se cumplían los principios inherentes a la contratación pública.

Así las cosas, la necesidad de optimizar los recursos públicos justifica la regla de la igualdad de trato, y que todos los licitadores potenciales deban conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. Conscientes de la situación, quizás por la comunicación de la Comisión al Reino de España mediante carta de emplazamiento de 8 de mayo de 2006 y posterior dictamen motivado de 2 de diciembre de 2008, se promulgó la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, que supone la tercera reforma de la Ley de Contratos del Sector Público, tras las que se llevaron a cabo por la Ley 34/2010 y por la Ley 15/2010.

Sin duda, la novedad más relevante en materia de contratación pública es la regulación de la potestad de modificar unilateralmente el contrato por parte de la Administración. Analizaremos pues, a lo largo del presente trabajo, el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos, que ha hecho adaptar las previsiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA.

PALABRAS CLAVE: contrato, modificación, condiciones esenciales, Ley de Economía Sostenible

RESUMO: Na práctica da modificación dos contratos públicos en España, imperou sempre a idea de que na fase de execución non había espazo nin xustificación para a aplicación dos principios comunitarios de igualdade de trato e de interese público, pois era unha fase *ad intra*, con efectos unicamente entre as partes do contrato. Esta actuación, a marxe do dereito comunitario, tivo as súas consecuencias, con importantes repercusións no plano económico-orzamentario, xa que non en poucas ocasións, as autoridades comunitarias deixaron de aboar certificacións correspondentes a proxectos con financiación europea por considerar que non se cumprían os principios inherentes á contratación pública.

De este xeito, a necesidade de optimiza-los recursos públicos xustifica a regra da igualdade de trato, e que tódolos licitadores potenciais deban coñece-las regras de xogo e éstas débense aplicar a todos da mesma maneira. Conscientes da situación, quizais pola comunicación da Comisión ao Reino de España mediante carta de emprazamento de 8 de maio de 2006 e posterior dictame motivado de 2 de diciembre de 2008, promulgouse a Lei 2/2011, de Economía Sostible, que supón a terceira reforma da Lei de Contratos do Sector Público, trala que se levaron a cabo pola Lei 34/2010 e pola Lei 15/2010.

Sen dúbida, a novidade máis relevante en materia de contratación pública é a regulación da potestade de modificar unilateralmente o contrato por parte da Administración. Analizaremos pois, ó longo do presente traballo, o réxime xurídico das modificacións dos contratos, que fixo adapta-las previsións da Sentenza do Tribunal de Xusticia da Unión Europea de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA.

PALABRAS CLAVE: contrato, modificación, condicións esenciais, Lei de Economía Sostible.

SUMARIO: 1. FOCALIZACIÓN DEL IUS VARIANDI EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2.1. Tipos Contractuales: Extensión regulatoria del régimen de modificación a todos los contratos del sector público. 2.2. Elementos Contractuales. 2.3. Contrato principal

y contrato complementario. 3. CATEGORÍAS DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. 3.1. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (Modificaciones Convencionales). 3.2. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, o legales. 4. PROCEDIMIENTO. 4.1. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (O Convencionales). 4.2. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (Modificaciones Legales). 5. EFECTOS. 5.1. Finalización de la vía administrativa, ejecutividad y obligatoriedad. 5.2. Restablecimiento del originario equilibrio económico. 5.3. Resolución. 6. RÉGIMEN TRANSITORIO. 7. LA MODIFICACIÓN DE CONTRATOS EN LAS PROPUESTAS DE NUEVAS DIRECTIVAS. 8. CONCLUSIONES FINALES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. FOCALIZACIÓN DEL IUS VARIANDI EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

No en pocas ocasiones, tras la adjudicación de un contrato administrativo, se producen una serie de situaciones no previsibles, en principio, que conducen a la imposibilidad de continuar con su ejecución tal y como se había previsto en un inicio. Es entonces cuando los poderes adjudicadores pueden utilizar la figura de la modificación contractual.

Esta potestad, que implica la modificación de los contratos de forma unilateral por parte de la Administración, constituye una de las más importantes prerrogativas de que gozan las Administraciones Públicas y siguiendo al profesor GIMENO FELIÚ¹, es una de las claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones, en relación con los contratos civiles, en los que la regla es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*²).

Dicha potestad ha evolucionado sobremanera desde que se reconoció por primera vez en la Ley de Contratos del Estado³. Me remontaré en este trabajo a la evolución que presenta la figura del *ius variandi* en la última década. El artículo 101 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, señalaba que una

¹ GIMENO FELIÚ, J.M., "Régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 149, pp. 29 - 54.

² PUERTA SEGUIDO, F., "El régimen de la modificación de los contratos del Sector Público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público", col. en *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, (Coord. GIMENO FELIÚ, José María), Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 481 - 494.

³ Decreto 923/1965, de 8 de abril, publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 97, de 23 de abril.

vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podía introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre y cuando fuesen debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. Con dicha previsión, no se cumplía con lo dispuesto por el Derecho Comunitario, por lo que, en el año 2007 se procedió a la aprobación de la Ley de Contratos del Sector Público, Ley 30/2007, de 30 de octubre, que derogó el citado Decreto Legislativo, y en su artículo 202, además de reproducir lo que ya disponía dicho Real Decreto, añadió que las modificaciones de los contratos no podían afectar a las condiciones esenciales de éstos.

No obstante, y antes de continuar, entiendo necesario aclarar que no existe en las Directivas Comunitarias⁴ ningún tipo de precepto que discipline la modificación de los contratos, sino que el régimen jurídico de la misma en el Derecho de la Unión Europea, es una construcción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fundamento en los denominados principios estructurales del Tratado, elaborándose progresivamente a raíz, sobre todo, de la Sentencia *Succhi di Frutta* de 29 de abril de 2004. Los principios en los que puede resumirse dicha jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo son los siguientes⁵:

- La modificación exige que esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación que regirá la licitación.

- De no hallarse prevista, es necesario que no afecte a ningún tipo de condición esencial del contrato.

- De ser necesaria dicha modificación esencial no prevista en la documentación que rige la licitación, lo procedente será la resolución del contrato y la adjudicación de uno nuevo, convocando el correspondiente procedimiento de licitación.

Así, vistos los principios de la jurisprudencia comunitaria en materia de modificaciones contractuales, la regulación contenida en la Ley de Contratos del Sector Público, era claramente insuficiente, y la Comisión Europea, a pesar de que ya había comunicado su disconformidad al Reino de España, mediante carta de emplazamiento de 8 de mayo de 2006, continuó advirtiendo que dicha norma confería a los poderes

⁴ Desde 2004, las Directivas vigentes en materia de contratación pública son la Directiva 2004/18/CEE (sectores clásicos) y la Directiva 2004/17/CEE (sectores especiales).

⁵ Véase por su interés en este aspecto, la Circular Informativa de la Abogacía General del Estado (Ministerio de Justicia) 1/2011, de fecha 7 de abril.

adjudicadores unas facultades excesivamente amplias para modificar el clausulado esencial de los contratos públicos una vez que eran adjudicados, violentando de forma clara los principios de igualdad de trato entre licitadores, no discriminación y transparencia consagrados en el Derecho Comunitario. Ante dicha situación, por parte de la Comisión se evacuó dictamen motivado contra nuestro país, en fecha 27 de noviembre 2008, entendiendo que el régimen de los modificados no se ajustaba al Derecho de la Unión de la contratación pública⁶.

No obstante, la interpretación y aplicación que de los textos legales venía haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷, la doctrina del Consejo de Estado⁸ y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado⁹, no difería en absoluto de la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; el *ius variandi* es admisible siempre y cuando esté justificado por la satisfacción del interés público, teniendo como límites el respeto a los principios de publicidad y concurrencia. Y aún así, la práctica administrativa continuaba siendo muy distinta a lo establecido por la doctrina.

En esta situación, y ante los requerimientos de la Comisión Europea, y la amenaza que suponía el procedimiento infractor incoado por las instituciones de la Unión Europea, la Dirección General de Patrimonio del Estado aceptó el planteamiento, comprometiéndose a reformar la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que, con tal fin, se aprobó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible¹⁰, la cual entre otros muchos aspectos, aborda una importante reforma del régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos; lo que provocó que Bruselas cerrase el

⁶ Noticias de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2009, en que la Comisión considera que el régimen modificadorio de los contratos tras su adjudicación, tal y como está regulado en la LCSP 2007, no respeta los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE. La LCSP concede a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca. Además, en los contratos de obras, servicios y suministros adicionales, la Comisión considera que la LCSP permite que el órgano de contratación recurra a la utilización de procedimientos negociados sin publicación en contra de lo dispuesto en el artículo 31 de la Directiva citada.

⁷ Por todas, y por su especial interés, se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1989.

⁸ Sirvan como ejemplo los dictámenes 1508/1993 y 2582/1995.

⁹ Entre otros, los informes 48/1995 y 50/2003.

¹⁰ Publicada en el BOE N° 55 de 5 de marzo de 2011.

procedimiento infractor abierto contra el Reino de España¹¹.

En la actualidad, la unificación de disposiciones en materia de contratación pública en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de diciembre, ha provocado que los preceptos 92 bis a 95 quinquies de la LCSP queden derogados, reproducidos en los actuales artículos 105 a 108 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En palabras de GRIS GONZÁLEZ¹², *"la idea sobre la que pivota nuestro sistema de modificación de contratos es patente: la prestación debe ejecutarse en la forma inicialmente pactada, admitiéndose únicamente variaciones al respecto cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos legalmente, por lo que, en cualquier otros supuesto, si fuese necesario que el contrato se llevase a cabo en modo diferente al acordado, deberá procederse a la resolución del mismo y a la celebración de otro bajo las condiciones legalmente pertinentes"*.

Mucha parte de la doctrina ha sido muy crítica con la reforma, pero en lo que existe unanimidad entre ella, es que la nueva regulación de la modificación contractual, puede ser calificada de "revolucionaria".

Entremos pues, a examinar los aspectos más novedosos de la nueva regulación introducida por la Ley de Economía Sostenible.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.1. Tipos Contractuales: Extensión regulatoria del régimen de modificación a todos los contratos del sector público.

Hasta la entrada en vigor de la LES., el legislador había dejado a los contratos

¹¹ En opinión de la Comisión, el nuevo régimen establecido por la LES es una medida de la que cabe congratularse, puesto que limita la facultad de las entidades adjudicadoras para modificar los contratos públicos tras su adjudicación y permite disipar así la inquietud que había dado lugar a la incoación del procedimiento de infracción. No obstante, la Comisión advierte que someterá al nuevo régimen a un examen minucioso y a un estrecho seguimiento, a fin de comprobar la compatibilidad con las Directivas y con la jurisprudencia comunitarias en materia de modificación de contratos públicos y obras complementarias.

¹² GRIS GONZÁLEZ, J.C., "La modificación de los contratos del sector público", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 28, septiembre de 2012, pp. 1 - 35.

privados fuera del ámbito de aplicación del régimen de modificación de los contratos, ya que el mismo se encuadraba dentro de los efectos y extinción, y era una cuestión remitida al derecho privado.

Cuando se remitió el Anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible al Consejo de Estado, éste detectó esta circunstancia y de ahí que, aunque los efectos y extinción de los contratos privados de las Administraciones Públicas se rijan por el derecho privado, se introdujese en el artículo 20.2 de la LCSP que en cuanto a la modificación, les serán de aplicación las normas contenidas en el Título V del Libro I del actual Texto Refundido.

En opinión de DÍEZ CALZADA¹³, la razón que explica este cambio sustancial en la filosofía de la normativa contractual es que la modificación de los contratos ha perdido el carácter de mera incidencia en la ejecución, para convertirse en un elemento básico del mismo, siendo un elemento constitutivo del proceso de formación de la voluntad del órgano de contratación.

En cuanto a las controversias que surjan entre las partes, no se ha modificado lo dispuesto en el artículo 20.2 (ya del Texto Refundido), por lo que continuará siendo el orden jurisdiccional civil el que sea competente para resolverlas.

Lo que ha suscitado más dudas entre la doctrina, es que existen ciertas matizaciones en el régimen de los contratos privados en relación con el de los contratos administrativos, ya que el artículo 219 del Texto Refundido de la LCSP (antiguo 202 de la LCSP) posibilita que, según DÍEZ CALZADA, entre otros, en la modificación de los contratos privados no concurra necesariamente una razón de interés público. Sin embargo, en opinión de otros, entre los que se encuentra COLÁS TENAS¹⁴, los contratos privados también deben responder a razones de interés público en virtud de una interpretación conjunta de dicho precepto con el artículo 103.1 de la Constitución Española, que obliga a las Administraciones a servir con objetividad a los intereses generales, y no conduce a otra conclusión sino a la de que el interés público también debe presidir la modificación de los contratos privados.

¹³ DÍEZ CALZADA, J.R., "Comentarios al nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 112, octubre de 2011, pp. 58-67.

¹⁴ COLÁS TENAS, J., "La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público". Publicado en www.elderecho.com en fecha 1 de junio de 2011.

En la misma línea se ha pronunciado otro sector importante de la doctrina, compartiendo yo mismo su opinión, ya que el fundamento tanto de los contratos administrativos como privados que celebran las Administraciones públicas, no es otro que el fin público, y en caso contrario, estaríamos ante una actuación administrativa enfrentada con la Constitución, por lo que sería inconstitucional. En definitiva, tiene que existir el mismo soporte cuando se alteren los contratos suscritos por la Administración, cualquiera que sea el carácter de los mismos (administrativos o que privados).

2.2. Elementos Contractuales

Desde una visión generalista, cualquier nueva circunstancia de los elementos del contrato implica una modificación del mismo. La legislación anterior venía estableciendo un régimen diferente para las alteraciones que implicaban modificación del objeto del contrato (modificación objetiva) que para las que implicaban modificaciones subjetivas, tales como eran las establecidas en los artículos 202.4, 246.5 y 246.6 de la LCSP.

La nueva regulación en materia de modificación contractual, elimina los supuestos de modificación del subjetiva, al disponer el artículo 105.1 del TRLCSP que los supuestos previstos en la ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, no son modificaciones contractuales.

Esta es la opinión seguida por la mayor parte de la doctrina, aunque se encuentran autores, como GRIS GONZÁLEZ, que sostienen que no son modificaciones en el sentido del Título V del Libro I del TRLCSP, teniendo su régimen jurídico específico, contemplado a lo largo del articulado de dicha norma.

En mi opinión, el precepto antes citado es muy claro al no incluir entre los supuestos de modificación los que el mismo dispone, por lo que no parece muy acertado relacionar dicha circunstancia con el ejercicio de la potestad del *ius variandi*, y en realidad no hubiese sido ni necesaria su mención dentro de este precepto.

2.3. Contrato principal y contrato complementario

El nuevo artículo 105.2 ha querido impedir que la prerrogativa exorbitante del *ius variandi* que se otorga al órgano de contratación, enmascare bajo la figura de la

modificación contractual, la adjudicación de un nuevo contrato "complementario", cuyo fin será el de adicionar prestaciones complementarias a las ya inicialmente contratadas, ampliando el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

Estos negocios tienen una sustantividad propia por lo que, en consecuencia, se les aplicará el régimen establecido para la adjudicación de contratos, procediendo a una nueva contratación de la prestación correspondiente siempre y cuando concurren las circunstancias previstas en los artículos 171 b) y 174 b)¹⁵. En todo caso, debe recordarse, el artículo 31.4 de la Directiva 2004/18/CE¹⁶, que regula los casos que justifican el recurso al procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación, prevé expresamente la posibilidad de acudir a este procedimiento en los supuestos de contratos complementarios.

3. CATEGORÍAS DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Según la redacción dada por la Ley de Economía Sostenible a los artículos 93

¹⁵ Prevé el artículo 171 b) la posibilidad de adjudicación por procedimiento negociado de los contratos de obras cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto, y el artículo 174 b) referido al mismo supuesto de elementos complementarios, en contratos de servicios.

¹⁶ El artículo 31.4 de la Directiva 2004/18/CE establece "respecto de los contratos públicos de obras y contratos públicos de servicios:

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

b) En el caso de nuevas obras o servicios que consistan en la repetición de obras o servicios similares encargados al operador económico titular de un contrato inicial adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras o dichos servicios se ajusten a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un contrato inicial adjudicado según el procedimiento abierto o restringido.

La posibilidad de hacer uso de este procedimiento estará indicada desde el inicio de la convocatoria de licitación del primer contrato y los poderes adjudicadores tendrán en cuenta el importe total previsto para la continuación de las obras o de los servicios a efectos de la aplicación del artículo 7.

Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un período de tres años a partir de la celebración del contrato inicial".

ter y quáter de la LCSP (ahora artículo 106 y 107 del TRLCSP), únicamente podrán modificarse los contratos públicos cuando ya se haya contemplado dicha posibilidad en los pliegos o en el anuncio de licitación, o bien cuando no se haya previsto, pero se incurra en alguna de las circunstancias tasadas en el artículo 107.

Esta clasificación de las nuevas categorías, ya fue advertida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en sus informes 43/2008¹⁷, de 28 de julio y 5/2010¹⁸, de 23 de julio.

En expresión utilizada por la Abogacía General del Estado, en su Circular 1/2011, antes citada, en el nuevo régimen cabe distinguir una modificación convencional (cuando se haya previsto en la documentación que rige la licitación) y una modificación legal (cuando responda a las circunstancias imprevistas del artículo 107).

No obstante, ESCRIBUELA MORALES¹⁹, presenta como tercera vía posible de modificación de contrato, el mutuo acuerdo. Este autor entiende que dentro del principio de libertad que las partes tienen para incluir pactos, cláusulas y condiciones, cabría esta posibilidad de modificación de los contratos administrativos y privados siempre que concurrieran las circunstancias exigidas, con carácter general, para la novación. Así, se apoya este autor en lo dispuesto en el artículo 223, que posibilita la resolución del contrato por mutuo acuerdo, y al ser la modificación menos que la resolución, aquélla podría también realizarse por mutuo acuerdo.

Sin embargo, en opinión de otros, como MELLADO RUÍZ²⁰, esta opción era admisible en legislaciones pasadas, como así lo avalaba el informe 48/1995, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, pero desaparece al estar imposibilitado el poder adjudicador para acudir a otros supuestos

¹⁷ Muy clarificador este informe en cuanto a la modificación de contratos y a la interpretación del artículo 202 de la LCSP: régimen jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad.

¹⁸ Informe resultado de una consulta sobre la posibilidad de modificar un contrato de obra por causas imprevistas.

¹⁹ ESCRIBUELA MORALES, F.J., *Guía práctica de la Contratación del Sector Público*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

²⁰ MELLADO RUÍZ, L., "El nuevo régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible", *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 99, julio 2010, pp. 53 - 63.

diferentes de los contemplados en los artículos 106 y 107, por lo que se ha visto en esta nueva regulación la consolidación de la doble posibilidad de modificación del contrato.

3.1. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (Modificaciones Convencionales)

El artículo 106 del TRLCSP señala que los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya previsto expresamente esta posibilidad y se haya detallado de forma clara, precisa e inequívoca (reproduciendo los mismos términos que usó la Comisión Europea en su carta de emplazamiento) las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que puedan acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

En palabras de BLANQUER CRIADO²¹, suponen "un muro de contención al riesgo de que de forma unilateral, se sacrifique el *pacta sunt servanda* o se defraude la igual competencia entre licitadores".

Además, el artículo 106 adiciona que los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con detalle suficiente que permita a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomados en cuenta por lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.

Examinemos pues, el contenido del artículo mencionado, extrayendo del mismo una serie de características o presupuestos en este tipo de modificaciones. Los requisitos materiales son los que siguen:

1) La previsión en los pliegos o en el anuncio de licitación.

El artículo 106 equipara el pliego y el anuncio de licitación, mereciendo la misma consideración legal. Autores como DÍEZ CALZADA o COLÁS TENAS, han sido muy críticos con esta equiparación, ya que en verdad, el que tiene la consideración de

²¹ BLANQUER CRIADO, D.V., "La modificación unilateral de los contratos administrativos", *Los Contratos del Sector Público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 524 - 553.

fuente dimanante de derechos y obligaciones es el pliego y no el anuncio. Crítica con la que concuerdo, ya que el anuncio no posee la calidad de *lex contractus*, siendo el pliego el que debe regular los aspectos relativos a la ejecución, y por ende, la modificación del contrato. No obstante, el precepto es muy claro, y si así lo ha establecido, caben ambas posibilidades.

Lo que sí podría generar dudas es si a los pliegos a los que se refiere son los de cláusulas administrativas generales, los de cláusulas administrativas particulares o los de prescripciones técnicas. GRIS GONZÁLEZ señala que cabría la posibilidad de entender que cualquiera de los tres sería válido²² para poder incluir la cláusula modificatoria.

Sin embargo, lo que apunta la lógica es que los de prescripciones técnicas habrá que descartarlos ya que la posibilidad de incluir cláusulas modificatorias es una previsión más acorde con el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas. Y con respecto a los de cláusulas administrativas generales, en los mismos no cabría incluirlas puesto que éstas deben ir referidas a cada contrato individualmente y no de forma general para diferentes contratos; lo que lleva a la conclusión de que serán los de prescripciones administrativas particulares los más apropiados para regularlas²³.

Otro de los aspectos que cabe plantearse es si la posibilidad de modificar el contrato, una vez está prevista en el pliego o anuncio, obliga a ambas partes.

A esto responde el artículo 210 del TRLCSP, al establecer que entre las prerrogativas del órgano de contratación está la de interpretar los contratos, revolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, y modificarlos; por lo que cabe entender, que aún

²² Dice el autor que si se sigue estrictamente la regla *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, la conclusión es clara: cualquiera de esos pliegos puede incluir la previsión citada. GRIS GONZÁLEZ, J.C., "La modificación de los contratos del sector público", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 28, septiembre de 2012, pp. 1 - 35.

²³ El reciente acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, aborda esta cuestión, anulando un pliego por la deficiente regulación sobre la posibilidad de los modificados en un contrato de privatización del servicio público del agua, entre otros motivos, porque el intento de fijación de los parámetros de la modificación del contrato en el pliego de prescripciones técnicas constituye un ejemplo de confusión entre el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares y del pliego de prescripciones técnicas, al ser su ubicación adecuada El pliego de cláusulas administrativas particulares. Recordando, a esos efectos, que el pliego de prescripciones técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos 116 y 117 del TRLCSP y artículo 68 del RGLCAP; y que este último precepto determina, además, en su apartado tercero que los Pliegos de prescripciones técnicas en ningún caso contendrán declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, entre otras razones porque los pliegos de prescripciones técnicas no deben ser objeto del informe jurídico exigido por la legislación.

prevista en la documentación que rige la licitación, la decisión seguirá siendo unilateral, a favor de la Administración.

2) La previsión tiene que ser expresamente advertida y detallada de forma clara, precisa e inequívoca.

Con la misma, el legislador requiere que se realice de forma expresa, excluyendo por lo tanto que pueda ser tácita, descartando la posibilidad de que la valoración de las circunstancias dependa de juicios de valor, personales o subjetivos, ni que quepan oscurantismos o falta de precisión, exigiendo un alto grado de rigor a la Administración en la redacción del pliego.

3) Deberán estar determinadas las condiciones, alcance y límite de la modificación, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puede afectar.

Lo que más problema entrañaría en la práctica sería la afectación del precio de adjudicación como consecuencia de las modificaciones y la repercusión del mismo en cuestiones como el procedimiento de adjudicación, la publicidad de la licitación o incluso la clasificación del contratista.

Tal y como advierte MARTÍNEZ FERNÁNDEZ²⁴, el precepto no contempla un porcentaje máximo irrebasable del precio de adjudicación, lo que implica que sería admisible cualquier tipo de porcentaje, no sufriendo el órgano de contratación ninguna clase de límite legal. No obstante, no presenta ningún problema el no haberlo acotado, a mi juicio, ya que el artículo 88.1 del TRLCSP señala que el valor estimado del contrato será el importe máximo que éste pueda alcanzar, incluyendo la totalidad de modificaciones previstas, por lo que sería el importe que determinase el procedimiento elegido, si es obligatoria o no su publicación en los diarios oficiales, y por supuesto, la clasificación del contratista. Ello no obsta, que no existan límites razonables, ya que una previsión desproporcionada sobre el precio del contrato, es claro que altera los principios generales que dimanarían del artículo 105.2 del TRLCSP²⁵.

²⁴ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J., "La tramitación de los futuros modificados de contratos del sector público con la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible", *Contratación Administrativa práctica*, nº 110, julio 2011, pp. 32 - 39.

²⁵ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sostuvo, con arreglo a la normativa de la LCSP, la improcedencia de una modificación del 500% del precio. Informe 3/2009, de 15

4) *El interés público.*

Es significativo que no se haya hecho mención expresa en los artículos 105 a 108 del TR al interés público, aunque carecería de toda lógica que éste no fuese un requisito *sine qua non* para proceder a la modificación contractual. Sí lo exige, no obstante, el artículo 210 del TR, y la doctrina lo presupone en armonía con la jurisprudencia europea²⁶.

3.2. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, o legales

El artículo 107 del TR regula las circunstancias legalmente previstas para proceder a la modificación de un contrato, que solo podrán llevarse a cabo por las circunstancias concretas que dicho precepto señala²⁷, por lo que en principio, son tasadas, si bien existen autores como MELLADO RUIZ o CALVO RUATA que señalan que quizás no son tan cerradas como en principio pudiera parecer.

Vamos a pasar al examen de las mismas:

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.*

Ambas circunstancias están basadas en errores en el proyecto, y como han

de abril.

²⁶ GIMENO FELIÚ, J.M., "El régimen de modificación de los contratos públicos, regulación actual y perspectivas de cambio", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 149, enero – marzo 2011, pp. 29 - 54.

²⁷ Existe una clara sintonía entre este artículo y determinadas disposiciones del "Codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture in attuazione delle Directive 2004/17 e 2004/18", aprobado por Decreto Legislativo de 12 de abril de 2006. En especial el artículo 132, referente a las variantes en el curso de ejecución de obras.

expresado diferentes autores, se parte de la circunstancia de la imprevisibilidad, llevándoles a plantearse el interrogante de si todo error puede justificar la aprobación de un modificado. Para la doctrina, solo si el error no es imputable a la actuación de un poder adjudicador diligente, será admisible el modificado; siendo un mero imprevisto si no existe esa nota de imprevisibilidad.

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, una buena forma de identificar la magnitud del error y los efectos que éste hubiese podido causar, sería examinar el efecto que dicho error ha podido causar en la preparación de los ofertas por parte de los licitadores. Incluso, algún autor, como VÁZQUEZ MATILLA²⁸, plantea la reflexión sobre la referencia a la diligencia propia de un buen padre de familia establecida en el artículo 1104 del Código Civil.

Sobre esta circunstancia, el Consejo de Estado en su dictamen 215/2009, ha afirmado que a pesar de ambas circunstancias hacen mención a deficiencias en el proyecto o especificaciones técnicas, en el supuesto a) basta con que existan errores u omisiones, y en el supuesto b) es necesaria la nota de imprevisibilidad. Por su interés y claridad, se reproduce el extracto de dicho informe: *Estas dos causas hacen referencia a situaciones en las que la modificación se justifica por las deficiencias del proyecto o especificaciones técnicas, si bien, en el primer caso, basta la existencia de errores u omisiones, en tanto que, en el segundo, la inadecuación de tales documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida en atención a una buena práctica profesional. En otras palabras, aunque no se diga expresamente, parece que se pretende dar un tratamiento diferente en función de si el contratista fue o no el autor del proyecto o intervino en la redacción de las especificaciones técnicas: en caso negativo, cualquier error u omisión, que no le sería en ningún caso imputable, justifica la modificación contractual no prevista en los documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que el error u omisión haga posible dicha modificación, es preciso que no fuera previsible con la diligencia de un buen profesional. Tales diferencias en el tratamiento tienen fundamento bastante; no en vano, el Consejo de Estado ha tomado reiteradamente en consideración el hecho de que la elaboración del*

²⁸ VÁZQUEZ MATILLA, F.J., "Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos en el proyecto de ley de economía sostenible", *Revista Aragonesa de administración pública*, nº 37, diciembre 2010, pp. 317 - 351.

proyecto originario no corriese a cargo de la sociedad contratista, a la que resulta ajena cualquier posible deficiencia o imprevisión, pues tal requisito debe ser apreciado de modo diferente según el contratista sea o no autor del proyecto y por consiguiente tenga o no la obligación contractual de redactar un proyecto viable y prever y dar solución a posibles incidencias posteriores con arreglo a la lex artis aplicable (ver, por ejemplo, dictamen del expediente número 403/2006, de 4 de mayo). Ahora bien, con el objetivo de disipar cualquier duda, convendría revisar la redacción de los dos párrafos transcritos, dejando claro que el primero resulta aplicable en el caso de que el contratista no sea autor del proyecto y el segundo al supuesto contrario.

No obstante, el texto de la Ley de Economía Sostenible no recogió las distinciones que aconsejaba el dictamen del Consejo de Estado, por lo que interpretar dicho precepto a la vista del dictamen, quizás, no sea conveniente y por otra parte, excesivamente rígido²⁹.

Otros autores, han criticado también que se incluyese el apartado a) como una causa objetiva imprevisible, ya que los errores y omisiones en la redacción del proyecto, deberían haber sido corregidos mediante la diligencia debida y la profesionalidad del que redacte el proyecto³⁰.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

La delimitación de los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito tienen transcendencia práctica porque en muchas ocasiones llegan a confundirse. Pero se pueden delimitar si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (valga por todas la Sentencia de 12 de julio de 1984, en el asunto C-209/1983 Valsabbia/Comisión) y a la del Tribunal Supremo (igualmente, valiendo por todas, la Sentencia de 31 de mayo de 1999 en el Recurso 2132/1995). Así, la fuerza mayor podría definirse como una circunstancia ajena al interesado, anómala e imprevisible y cuyas consecuencias no hubiesen podido ser evitadas a pesar de la diligencia utilizada. El caso fortuito consiste, sin embargo, en un hecho de producción desconocida conectado al

²⁹ CALVO RUATA, P., "La zozobra de la modificación de contratos públicos. ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?", *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011*, nº 3, 2012. pp. 369 - 441.

³⁰ COLÁS TENAS, J., "La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público". Publicado en www.elderecho.com en fecha 1 de junio.

funcionamiento mismo de la organización.

Pero veamos cómo se configura el concepto y los supuestos en los que concurre la fuerza mayor y el caso fortuito.

Para autores como GRIS GONZÁLEZ³¹, el concepto de fuerza mayor al que se refiere este apartado es el que establece el artículo 231 del TR, pero incluyendo la posibilidad de que surjan otros diferentes de los ahí tasados.

Sin embargo, a juicio de la doctrina mayoritaria y de la Circular 1/2011 de la Abogacía General del Estado, el concepto de fuerza mayor que ha de tenerse en cuenta a los efectos del apartado c) del artículo 107.1 es el que resulta de la aplicación del artículo 1105 del Código Civil y ésto porque el artículo 231 del TR tan solo se refiere al contrato de obras y a la fase de ejecución de obras en el contrato de concesión de obra pública.

De cualquier forma, lo que no podría suceder es que la concurrencia de cualquiera de estas dos circunstancias imposibilite la realización del contrato en su totalidad, ya que de ser así, procedería la resolución del mismo. Lo que deben provocar cualquiera de las dos figuras es la imposibilidad de alguno de los términos del contrato, siempre y cuando, como en cualquiera de los supuestos del apartado uno del artículo 107 del TR, no se sobrepase lo dispuesto en los apartados dos y tres del mismo precepto.

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.

Este es un supuesto de conveniencia, más que de necesidad, que va a operar, sobre todo, en aquellos sectores cuyo objeto esté asociado a sectores proclives a evoluciones técnicas y que requieran un plazo de ejecución muy dilatado en el tiempo.

En la anterior legislación existía la llamada cláusula de progreso³², lo que con la nueva legislación en materia de modificación de contratos, no venía a ser más que una modificación encubierta.

³¹ GRIS GONZÁLEZ, J.C., *op. cit.*

³² QUINTANA LÓPEZ, A., "Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas", *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 131, Civitas, 2006, pp. 421 - 444.

Lo que sí resultaría oportuno, al ser más una cláusula de conveniencia que de necesidad, sería que dichas modificaciones se estableciesen a la hora de la redacción del pliego conforme a lo dispuesto en el artículo 106 del TRLCSP.

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

Este supuesto exige que haya una modificación del contrato a raíz de la adaptación del mismo a la nueva normativa vigente en los diversos sectores que puedan afectar al contrato, que en definitiva, hacen que el proyecto sea inviable según se venía realizando. Así, solo es pertinente su aplicación, en principio, a los contratos de obras y de concesión de obras públicas cuando las nuevas especificaciones técnicas provengan del campo de la ingeniería o de la arquitectura.

Sin embargo, debe hacerse una interpretación amplia, que permita su aplicación al resto de contratos (por ejemplo, acudiendo al Codice italiano antes citado, su artículo 132.1 a) establece que: "*la varianti in corso d'opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi: a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari...*").

Exige el apartado 2 del artículo que, además, de que se produzca alguna de las circunstancias expuestas en el apartado 1, justificada suficientemente, no se alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder de la causa objetiva que la haga necesaria.

La expresión que utiliza el legislador "condiciones esenciales de la licitación" es un concepto jurídico indeterminado cuya determinación es difícil de realizar, por lo que en su apartado 3, del mismo precepto, se ha introducido una presunción *iuris tantum*, de forma que será al órgano de contratación al que le tocará acreditar si procede o no alguno de los supuestos; siendo necesario tener presente que cuando se produzca una alteración sustancial, se deberá acudir a un nuevo procedimiento de contratación.

Los supuestos tasados por el legislador no son *numerus clausus*, ya que no son los únicos que pueden generar una variación esencial del contrato, pudiendo existir

otros diferentes que requerirían un juicio particular en cada caso.

Veamos, uno a uno, los supuestos establecidos por el legislador español, sobre la base de la jurisprudencia comunitaria, diferenciando dos tipos de alteración sustancial: cualitativa y cuantitativa.

Son alteraciones cualitativas en el artículo 107.3 del TRLCSP:

a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada (apartado a) artículo 107.3).

Este supuesto ya aparecía contemplado en la LCSP, en su artículo 221.1, pero solo para el contrato de obras.

Es clarificadora en este punto la postura que ha adoptado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha apreciado que la alteración es sustancial cuando amplíe el objeto del mismo, en gran medida, a prestaciones inicialmente no previstas (véase la Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2008 en el asunto C-454/2006 Presstext/Nachrichtenagentur, confirmada por otra de 29 de abril de 2010 en el asunto C-160/2008 Comisión/Alemania).

Ello no obstante, parece que este criterio no ha sido compartido por nuestro Tribunal Supremo, ya que en Sentencia de 27 de febrero de 2008, admite la legalidad de la ampliación del objeto de servicios de limpieza viaria y recogida de residuos sólidos urbanos.

b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedo definida por las condiciones de la adjudicación (artículo 107.3 apartado b)).

Conlleva esta limitación la prohibición de que los parámetros que se utilizaron para definir el precio sean variados, pero no solo, sino también que no esté permitido el cambio en la modalidad en el pago, al infringir así los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores. Situación que quedó patente y concluyó la Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, en el asunto ya mencionado C-496/1999 Comisión/CAS Succhi di Frutta. A la vista de dicha sentencia, para que juegue este impedimento, la ecuación prestación/precio habrá de quedar profundamente alterada en esencia con la introducción de dicha modificación.

Juan VILLAR³³ señala que esta limitación no debe ser interpretada en el sentido de prohibir incrementos en el precio, sino que han de tomarse como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato y sus bajas, no pudiendo aumentar con ocasión de la modificación el beneficio del contratista.

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 (apartado c) artículo 107.3).

Este supuesto, según doctrina mayoritaria, tiene un carácter subsidiario ya que para el mismo se produzca, habría de darse una modificación previa del contrato, que generalmente va a provocar que sea de aplicación el supuesto del apartado a) de este punto 3º, puesto que los requisitos de aptitud del contrato han cambiado.

En cuanto al término solvencia, resulta muy acertado y razonable lo señalado por la Abogacía General del Estado en la Circular 1/2011 de 7 de abril, ya citada.

d) 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 (apartado e) artículo 107.3).

Esta limitación se configura como una cláusula de cierre a las alteraciones cualitativas, que pueden distorsionar igualmente la competencia. Su función viene a condensar lo fundamental de la jurisprudencia comunitaria que recoge también la carta de emplazamiento y dictamen motivado de la Comisión Europea al Reino de España³⁴.

Y como alteración cuantitativa, la que dispone el apartado d) del artículo 107.3: *Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el diez por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones*

³³ www.contratodeobras.com, tema 18.

³⁴ CALVO RUATA, P., *op. cit.* Expresa que habrá de contemplarse de manera distinta en los contratos administrativos y en los privados. En los primeros, en virtud de la facultad de la administración de interpretarlos y modificarlos por razones de interés público, parece que podrá decidir si concurre o no esa posible presencia de otros licitadores o la eventualidad de ofertas sustancialmente diferentes; y quien impugne la modificación acordada, habrá de probar suficientemente que habrían acudido otros licitadores u ofertado cosas distintas, situándose al efecto en las circunstancias del momento de presentación. En los contratos privados, el poder adjudicador no ostentará estas facultades de decisión unilateral, aunque en la práctica la situación quizás quede resuelta de modo parecido que para los contratos administrativos.

sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

Si bien el precepto considera que una modificación en el precio solo es sustancial cuando iguale o exceda, en más o en menos el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en opinión de GALLEGO CÓRCOLES³⁵, existen dudas de si esta norma es respetuosa con la jurisprudencia europea (véase por ejemplo la Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005, en el asunto C-84/2003, Comisión/España), que considera que determinados preceptos del entonces vigente TRLCAP no se ajustaban al derecho comunitario, ya que el hecho de que la alteración no llegue al porcentaje citado, no implica que ésta no sea sustancial.

En el mismo sentido ha insistido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su recomendación de 1 de marzo de 2012, al expresar que sí existen modificaciones, por debajo del diez por ciento, que sí son sustanciales, y por lo tanto, no podrán ser rechazadas de forma automática.

4. PROCEDIMIENTO.

Si la LCSP solo contemplaba un procedimiento de modificación para los contratos de obra en el supuesto que se pretendiese incluir unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, tras la reforma efectuada por la Ley de Economía Sostenible, el artículo 108 del TRLCSP recoge un procedimiento de modificación de carácter general.

Dicho procedimiento posee un carácter específico por razón de la materia, por lo que se regirá por lo dispuesto en la normativa de contratación pública, y subsidiariamente, tal y como especifica la Disposición Final tercera en su apartado 1 del TRLCSP, por los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del régimen jurídico y del procedimiento administrativo común.

A la vista de la dualidad de regímenes modificadorios, cabe distinguir un procedimiento para las modificaciones convencionales y otro para las legales, que a continuación paso a exponer.

³⁵ GALLEGO CÓRCOLES, I., "¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, nº 110, Ed. La Ley, 2011, pp. 56 - 66.

4.1. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (O Convencionales)

En un primer momento, a la vista de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 108 del TRLCSP, para las modificaciones convencionales bastará con que la documentación que rige la licitación contemple el procedimiento a seguir, teniendo el órgano de contratación total libertad para definir dicho procedimiento. Pero si se observa atentamente al articulado del resto del TR, los artículos 108 y 106 deben entenderse y ponerse en conexión con otros de la ley.

También, de forma introductoria, es oportuno traer a colación las consideraciones de la ya mencionada Circular 1/2011 de la Abogacía General del Estado: *"ante la regla del artículo 92 ter de la LCSP – art. 106 del TR - y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 92 quinquies – art. 108 del TR – del propio texto legal, han de distinguirse tres supuestos: 1) Modificación de un contrato administrativo, en el que ha de entenderse que el procedimiento que de seguirse es el establecido en el art. 195 de la LCSP – art. 211 del TR -. 2) Modificación de un contrato de una entidad del sector público estatal que no tenga la condición de Administración Pública. En este supuesto no se establece ninguna regla que fije el procedimiento que debe seguirse y así las cosas, dado que no resulta aplicable el procedimiento del art. 195, hay que entender que el procedimiento será el que se determine en la documentación que rija la licitación por el ente, organismo o entidad contratante, que podrá aplicar el procedimiento que, en su caso, haya establecido en las normas de contratación a que se refieren los artículos 175 y 176 de la LCSP – arts. 191 y 192 TR -, si bien deberá darse trámite de audiencia en todo caso al contratista, siendo recomendable el informe de la Asesoría jurídica. 3) Modificación de contrato privado de la Administración del Estado. Este supuesto no aparece recogido en la LCSP. Así las cosas, y dado que, de una parte, el procedimiento del art. 195 se refiere a los contratos administrativos, y de otra parte el supuesto que ahora se considera puede conceptuarse como equivalente al señalado en el anterior apartado, cabe razonablemente entender que el procedimiento que debe seguirse es el establecido en dicho apartado"*.

Por lo tanto, el apartado 3 del artículo 108 y el primero del artículo 219, obligan a que las modificaciones convencionales; y también las legales como luego se

verá; respeten el procedimiento del artículo 211, que contiene las siguientes previsiones, referidas tan solo a los contratos administrativos:

- Debe darse audiencia al contratista.
- En la Administración General del Estado, Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, los acuerdos se adoptarán previo informe jurídico. Cabe destacar en este punto que nada se establece con respecto a las Comunidades Autónomas y Entidades locales, ya que el precepto no es básico según la Disposición Final segunda apartado 3º del TRLCSP, por lo que en el caso de las Comunidades Autónomas habrá que estar a lo que establezcan las correspondientes normas autonómicas y en el de las Entidades Locales, según lo dispuesto en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, el informe corresponderá a la Intervención y Secretaría municipales.
- Será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas cuando la cuantía de la modificación sea superior al diez por ciento del precio primitivo, siempre que éste sea igual o superior a seis millones de euros.

A los trámites ya mencionados, aplicables de forma general a cualquier contrato administrativo, cabe añadir las especialidades de los distintos tipos de contrato. Peculiaridades que en el caso del contrato de obras vienen reguladas en el artículo 234 y en el contrato de concesión de obra pública en el artículo 243 en lo referido a la modificación del proyecto y en el artículo 250 a la modificación de la obra pública.

También resulta interesante en el orden procedimental, aludir al apartado dos del artículo 219, que dispone que, las modificaciones habrán de formalizarse conforme al artículo 156, esto es, en documento administrativo.

Con respecto a este extremo, hay quienes afirman que se refiere tan solo a los contratos administrativos y no a los privados; otros incluso señalan que ni siquiera sería necesaria la formalización en documento administrativo, ya que no estamos ante elementos creados *ex novo*, porque son modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación, y son conocidas por las partes en el momento de la celebración del contrato; por lo que solo sería aplicable a las modificaciones legales.

No obstante, GRIS GONZÁLEZ argumenta que a pesar de que el artículo 219 esté ubicado en el Libro IV, dedicado a los contratos administrativos, el espíritu de la norma hace que dichas disposiciones se puedan trasladar a los contratos privados, y a mayor abundamiento, el principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, garantizaría que dicho precepto fuese aplicable a todos los modificados de contratos del sector público, sean convencionales o legales.

4.2. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (Modificaciones Legales)

El artículo 108 del TRLCSP, en su apartado 2, aplicable tanto a los contratos administrativos como privados, establece que antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

Además de atender a este precepto, el órgano de contratación se ha de someter también a lo dispuesto en el apartado primero en lo referente al procedimiento a seguir del artículo 211, las especificaciones para el contrato de obra (artículo 234) y concesiones de obra pública (artículos 243 y 250), así como a lo relativo a la formalización del contrato (artículo 219.2).

Hay autores que se han planteado si existe la necesidad, o no, de dar audiencia al redactor del proyecto cuando aún siendo un tercero ajeno al órgano de contratación, depende laboral, funcional o societariamente del ente del sector público contratante.

En mi opinión el precepto es claro y no ofrece dudas: el tercero debe ser ajeno en virtud de un contrato de servicios, por lo que si existe dependencia, en ningún caso existirá dicho contrato de servicios y por lo tanto, carecerá de sentido.

Es de reseñar, por otra parte, que no se haya establecido en la ley ningún plazo de tramitación del expediente, por lo que, de no existir otro específico en ley sectorial, será el general de tres meses establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del régimen jurídico y del procedimiento administrativo común. En cuanto a

los efectos del silencio, el mismo será negativo en virtud de lo dispuesto en el apartado 2ª de la Disposición Final 3ª del TRLCSP.

5. EFECTOS

5.1. Finalización de la vía administrativa, ejecutividad y obligatoriedad

Una vez acordada por el órgano de contratación, en el ejercicio de la potestad que le otorga el artículo 210 del TRLCSP, la modificación generará el fin de la vía administrativa, lo que tendrá efectos con el fin de que se puedan interponer los recursos administrativos oportunos y se pueda proceder a la revisión de oficio.

Además de abrir la vía del recurso, el acto será inmediatamente ejecutivo y desplegará todos los efectos reseñados en el acto modificatorio desde la fecha en que se dicte; salvo que en el mismo se disponga otra cosa; siendo, por otra parte, de cumplimiento obligatorio para el contratista, lo que significa que no podrá negarse a cumplir con la alteración del mismo, sin perjuicio, claro está, de que le quede expedita la vía para impugnarlo, utilizando los recursos que estime oportunos.

5.2. Restablecimiento del originario equilibrio económico

El artículo 87.1 del TRLCSP, referido al precio del contrato, reza que la retribución al contratista consistirá en un precio cierto, y relacionado con el mismo, el artículo 216, que establece el abono al contratista de la prestación realizada en los términos de la ley y del contrato, con arreglo al precio convenido.

Pero ambas precisiones pueden verse alteradas, esto es, el equilibrio de la ecuación presupuestaria, como consecuencia del ejercicio del *ius variandi* por la Administración, con lo que el contratista será compensado por esta quiebra económica del contrato.

El TRLCSP es meridiano al establecer, respecto a la concesión de obra pública, en su artículo 258.2 a), que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato cuando ella misma modifique por razones de interés público, y siempre de acuerdo con las previsiones del Libro I del Título IV, las condiciones de explotación de la obra. En lo que respecta a la gestión de servicios públicos, dice el

artículo 282.2 que se debe restablecer el originario equilibrio económico de los presupuestos económicos que fueran básicos en la adjudicación del contrato, advirtiendo, eso sí, en el apartado tercero del mismo artículo, que no habrá derecho al resarcimiento cuando los acuerdos carezcan de trascendencia económica.

Según BLANQUER CRIADO³⁶, tan solo existen estos dos supuestos indemnizatorios en los casos de concesión de obra pública y gestión de servicios, no generando ningún tipo de restablecimiento en los contratos de obra, servicio o suministro. Pero observando con detenimiento los preceptos referidos a los otros tipos contractuales, el contratista sí tendrá derecho a ser más, más que indemnizado, compensado. Veamos las diferentes situaciones:

- En los contratos de obra, si las unidades de obra están previstas en el contrato (artículo 234) y se produce un aumento de las mismas, el adjudicatario tendrá derecho a ser abonado en el precio fijado en el contrato para esas unidades de obra. Sin embargo, si existe reducción de las mismas, no tendrá derecho a reclamar ningún tipo de indemnización.

- Lo mismo sucede en los contratos de suministro, previendo el artículo 296, que cuando existan aumentos de unidades de bienes, el adjudicatario tendrá derecho a ser compensado con el pago del precio previsto en el contrato, y si existen reducciones o supresiones, no tendrá tal derecho.

- El caso de los contratos de servicios es particular, ya que únicamente se ha establecido indemnización, en iguales términos que para los de obra y suministro, en el supuesto de contratos de servicio de mantenimiento. Así, en principio, parecería que no se podría extrapolar lo establecido en el artículo 306, a ningún otro servicio.

Sin embargo, siguiendo a FERNÁNDEZ ASTUDILLO³⁷, nada en la ley prohíbe que el adjudicatario solicite ser compensado cuando el poder adjudicador aumente los equipos o unidades previstos inicialmente en el contrato.

Hasta aquí, expuestos los casos de contratos administrativos del sector público, pero veamos qué es lo que sucede con los privados. Tendremos que distinguir que existen diferencias entre las modificaciones legales y convencionales. Si estamos ante

³⁶ BLANQUER CRIADO, D.V., *op. cit.*

³⁷ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., *Contratación pública. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Volumen 2, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.

una modificación prevista en la documentación que rige la licitación, habrá que estar a lo que establezca la misma, y en su defecto, siguiendo el artículo 20.2, a lo que disponga el derecho privado. Sin embargo, si estamos ante modificaciones legales, al no haber previsión en el pliego ni en ningún tipo de documento, se acudirá directamente al derecho privado.

Acudiendo a los artículos 1256, 1258 y 1289 del Código Civil, y por su clarificadora exposición, a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2010, recurso 2253/2005, se reconoce el derecho a la compensación siempre y cuando se rompa la correlación económica del contrato.

5.3. Resolución

La reforma en materia contractual operada por la Ley de Economía Sostenible establece una nueva causa de resolución en el apartado g) del artículo 223, señalando que 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, producirá la resolución del mismo.

Dicha causa de resolución, al incardinarse; al igual que sucede con el restablecimiento del equilibrio económico; en el Libro I, referido a los contratos administrativos, solo será de aplicación a estos, por lo que por lo que respecta a los contratos privados, habrá que estar a lo establecido en el artículo 105.

Además, anudado con esta causa de resolución establecida en el artículo 223 g), el artículo 225, apartado quinto, reconoce el derecho al contratista de recibir una indemnización del tres por cierto del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le sea imputable.

Dicho supuesto indemnizatorio solo es aplicable a los contratos administrativos, aunque tal y como expone la Circular de la Abogacía General del Estado 1/2011, de 7 de abril, no existe ningún impedimento legal para que la resolución de los contratos privados por la causa prevista en el artículo 105 del Texto Refundido, conlleve la indemnización al contratista.

Otro novedad introducida por la Ley de Economía Sostenible en la aplicación

de causas de resolución, es la supresión del supuesto en el que la Administración podía instar la resolución del contrato en los casos de modificación que excedan del veinte por ciento, y ello responde a la prohibición de introducir modificaciones que iguallen o excedan del diez por ciento de la adjudicación del contrato (artículo 107.1, apartado d)).

También se suprime de la redacción dada al artículo 243, para la resolución del contrato de concesión de obra pública, la posibilidad de que el concesionario solicite la resolución cuando las modificaciones impuestas incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al veinte por ciento del importe de los mismos. Ahora será el plan económico-financiero de la concesión, el que recoja, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del aumento o disminución de costes.

6. RÉGIMEN TRANSITORIO

Al régimen de derecho transitorio de la reforma de la LCSP efectuada por la Ley de Economía Sostenible, en materia de modificación de contratos, se dedica en el actual Texto Refundido de la LCSP, la Disposición Transitoria primera, en su apartado segundo, indicando la misma que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, es decir, los que lo hayan sido con anterioridad a 7 de marzo de 2011³⁸, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración, por la normativa anterior.

Aunque el precepto nada establece sobre las modificaciones de los contratos, ha de entenderse que éstas quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la Disposición aludida, puesto que la misma está incluida en el Título V del Libro I del TRLCSP.

En la ya mencionada en otros apartados de este trabajo, Circular 1/2011 de la Abogacía General del Estado, se establece que el criterio a seguir por ser el más ajustado al derecho comunitario, es entender que a las modificaciones, sean de contratos adjudicados con anterior a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, o adjudicados con posterioridad, se le aplique el nuevo régimen, puesto que éste era el que

³⁸ La Ley de Economía Sostenible fue publicada en el B.O.E. Nº 55, de 5 de marzo de 2011, entrando en vigor no al día siguiente (ya que era domingo), sino el 7 de marzo.

ya exigía la jurisprudencia del TJUE. Con rotundidad se advierte por parte del Abogado General del Estado, que el criterio correcto a seguir es el mencionado; si bien doctrina mayoritaria, la cual comparto, está de acuerdo en admitir que el tenor literal de la ley es muy claro y el régimen de modificados establecido por la Ley de Economía Sostenible será única y exclusivamente aplicable a los contratos adjudicados a partir de su entrada en vigor, siendo descartado, por lo tanto, el parecer de la Circular.

En cuanto a los contratos privados, a pesar de que la Disposición Transitoria solo alude a los contratos administrativos, hay que entender que también le es aplicable dicho régimen transitorio a aquéllos, y esto porque el ámbito de aplicación del Texto Refundido abarca ambos tipos de contratos, y no tendría ningún sentido que existiesen dos regímenes diferentes en cuando a la transitoriedad de la ley. A este respecto, es aclaratoria la Recomendación 1/2011, de 29 de marzo, de la Comisión Consultiva de Contratación de la junta de Andalucía, entendiendo la misma que los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible, serán aquellos cuyos pliegos hubiesen sido publicados con anterioridad a esa fecha, y en los negociados sin publicidad, habrá que estar a la fecha de aprobación de los pliegos. Además, la misma añade que en los expedientes que aún no se hubiese abierto la fase de licitación, deberían adaptar sus previsiones a lo dispuesto en la LCSP reformada, con la incorporación del régimen establecido por la Ley de Economía Sostenible.

7. LA MODIFICACIÓN DE CONTRATOS EN LAS PROPUESTAS DE NUEVAS DIRECTIVAS

En el ámbito de la Estrategia Europea 2020³⁹, la Comisión Europea, en su comunicación "Acta del mercado único: 12 prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza", señaló la necesidad de modernizar el ámbito normativo de la

³⁹ La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 "Una agenda digital para Europa", "Unión por la innovación", "Una política industrial integrada para la era de la globalización", "Energía 2020" y "Una Europa que utilice eficazmente los recursos". Aplica también el Acta del Mercado único, y en particular su duodécima medida clave: "Revisión y modernización del mercado normativo de los contratos públicos". Sobre la transposición de las anteriores Directivas en los Estados miembros resulta de gran interés el libro coordinado por SÁNCHEZ MORÓN, M., *El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus Estados miembros*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.

contratación pública, de la cual surgió la adopción de tres propuestas de Directivas, publicadas en el DOUE. de 5 de abril de 2012:

- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, energía, los transportes y los servicios postales.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Pues bien, casi dos años después, el 15 de enero de 2014, el Parlamento Europeo ha aprobado las tres Directivas comunitarias con el objetivo de fijar estándares comunes en la contratación a nivel europeo. No obstante, los Estados Miembros dispondrán de dos años para transponer las disposiciones de las nuevas normas a sus respectivas legislaciones nacionales.

Como novedad, se regulan las incidencias en la ejecución del contrato, que obligan a proceder a la modificación del mismo, estableciendo las circunstancias en las que se permitirá acudir al procedimiento modificadorio, no siendo necesario, por lo tanto, acudir a una nueva licitación. A tal fin, nos detendremos en el estudio de dicha propuesta, ya que los planteamientos de la misma, se repiten prácticamente en idénticos términos en las otras dos propuestas de directiva.

La Exposición de motivos de la Directiva de Contratación pública señala que: *"(...) la modificación de los contratos durante su período de vigencia se ha convertido en una cuestión cada vez más pertinente y problemática para los profesionales. Y por ello, se incluye una disposición específica sobre la modificación de los contratos que incorpora las soluciones básicas desarrolladas por la jurisprudencia y ofrece una solución pragmática para tratar las circunstancias imprevistas que exigen la adaptación de un contrato público durante su período de vigencia (...)"*.

El diseño normativo contenido en la misma es coherente con la doctrina seguida a lo largo de los años por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al establecer en su artículo 72 que se prohibirá cualquier tipo de modificación contractual, que suponga alteración del contenido sustancial, y ésta no lo será cuando:

- Su valor no supere los umbrales fijados en su artículo 4 y sea inferior al cinco por ciento del precio del contrato inicial.

- Hayan sido previstas en la documentación de la contratación, en opciones o cláusulas de revisión, de forma clara, precisa e inequívoca.

Pero también establece en qué casos sí se considerarán sustanciales dichas modificaciones, con la finalidad de aportar seguridad jurídica, que conllevarán a la convocatoria de una nueva licitación:

- Cuando introduzca condiciones que habrían permitido la selección de otros candidatos o correspondiese la adjudicación a otro licitador.

- Cuando se altere el equilibrio económico.

- Cuando amplíe de forma considerable el ámbito objetivo del contrato.

- Cuando implique la sustitución del socio contratista, aunque con matices, esto es, salvo los casos de sucesión total o parcial por reestructuración empresarial en tanto se respeten los principios de la licitación.

- Cuando tenga por objeto subsanar deficiencias que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales, o cuando la modificación tenga por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista.

Este diseño, resulta similar al que, como ya se ha anticipado, venía siendo objeto de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y al introducido por la Ley de Economía Sostenible modificando la Ley de Contratos del Sector Público; pero la Directiva va más allá y establece que en ciertos casos, será posible proceder a una modificación contractual sustancial no utilizando una nueva licitación, siempre y cuando se cumplan unas determinadas condiciones:

- Que la necesidad de la misma se derive de circunstancias que no se pudieron prever por un poder adjudicador diligente;

- Que no se altere la naturaleza global del contrato;

- Y que el aumento del precio no sea superior al cincuenta por ciento del precio inicial.

Se abre con esta previsión un cúmulo de dudas interpretativas, lo que puede ser

contrario al principio de seguridad jurídica que exigirá una fuerte labor interpretativa.

Los considerandos 34, 35 y 37 de la Propuesta de Directiva publicada el 12 de abril de 2012, ofrecen unos buenos elementos explicativos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar las reglas establecidas por la misma⁴⁰. El Considerando 34 precisa de forma bastante clarificadora el concepto de circunstancias imprevistas, completándolo con el Considerando 35 que explica cómo habrá que determinar la imprevisibilidad, que se hará en atención a los recursos de que se disponían, la naturaleza y características del proyecto, las buenas prácticas y la necesidad de asegurar una proporción adecuada entre los recursos destinados a la preparación de la adjudicación y su valor previsto.

En cuanto al límite cuantitativo, resulta salientable la opinión de LÓPEZ MORA⁴¹, sobre la particularización de dicho límite en función de cada contrato particularmente concebido, o en proporción a la magnitud y duración del mismo.

Por último, interesa destacar que la Directiva de contratación pública, como elemento de control, incluye la obligatoriedad de publicación de las modificaciones, para proceder a la comprobación del adecuado cumplimiento y tramitación de lo que figure en el pliego⁴². Una vez esté traspuesta la Directiva, de no hacerlo antes, obligará al legislador español a replantear la redacción del artículo 40 del TRLCSP, ya que el mismo establece que los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación; no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

No obstante, existen leyes autonómicas, como la Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, que ya han introducido disposiciones posibilitando la interposición de recurso especial contra la modificación contractual, una vez publicada la misma en el Boletín oficial correspondiente y/o perfil en el que se

⁴⁰ Vid. LAZO VITORIA, X., *La propuesta de Directiva de Concesiones: rasgos fundamentales*, publicado en www.obcp.es, de 23 de marzo de 2013.

⁴¹ LÓPEZ MORA, E., *La futura regulación de la modificación de contratos de concesión durante su vigencia*, publicado en www.obcp.es, de 28 de enero de 2013.

⁴² En este sentido, ya lo prevé, entre otras leyes autonómicas, el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración Pública Gallega.

publicó la adjudicación.

Esta previsión seguida por la ley aragonesa, ha sido también la que ha establecido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 12/2012, de 23 de mayo; pero no es, sin embargo, la seguida por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que ha establecido, en diferentes ocasiones, que para los actos de ejecución del contrato (entre los que se encuentra la modificación) solo cabrá acudir al régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común.

De todas formas, opiniones a favor, opiniones en contra, dicha discusión quedará superada tras la nueva regulación que ha propuesto la Directiva, incluyendo entre el objeto del recurso especial en materia de contratación, los acuerdos de modificación en los contratos públicos.

8. CONCLUSIONES FINALES

La nueva regulación del régimen modificatorio de los contratos públicos, contenida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que ha introducido la Ley de Economía Sostenible, ha procurado adaptarse a las exigencias del Derecho Comunitario, incluso, como se ha visto, anticipándose a lo dispuesto por las Directivas Comunitarias, aprobadas por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014.

Lo que no se puede obviar, es que la oportunidad del ejercicio del *ius variandi* necesita de una adecuada motivación sobre los requisitos y supuestos que permiten acudir a la misma, y que de no existir, impide la alteración del contrato. En todo caso, además, responderán a las exigencias que se derivan del interés público.

De acuerdo con todo lo expuesto en el presente trabajo, se pueden establecer una serie de conclusiones a modo de resumen:

1) La Ley de Economía Sostenible ha introducido un régimen de modificación acorde con las exigencias comunitarias, previendo que el contrato se llevará a cabo en la forma inicialmente pactada, siendo admisibles variaciones cuando

así se haya previsto en la documentación que rige la licitación (previsión en los pliegos o anuncio de licitación) o en los casos establecidos legalmente; existiendo así una dualidad de regímenes en materia de modificación contractual.

2) La nueva regulación se aplica a todos los contratos del sector público, administrativos o privados, cualquiera que sea el poder adjudicador. El hecho de incluir en el ámbito de aplicación de la ley a los contratos privados, supone una desnaturalización de los mismos, "administrativándolo".

3) La modificación no podrá realizarse con el objeto de añadir prestaciones complementarias, aumentar el objeto del contrato con el fin de que cumpla propósitos nuevos no contemplados en la documentación inicial, o incorporar una prestación susceptible de uso o explotación independiente.

4) Las modificaciones convencionales requieren que se hayan incluido bien en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, bien en el anuncio de licitación y no podrán afectar a ninguna condición esencial de la licitación y han de hacerlo de forma clara, precisa e inequívoca; no estableciendo el nuevo régimen ningún tipo de límite máximo a las modificaciones que puedan prever los pliegos.

5) Las modificaciones legales solo se podrán producir por alguna de las causas expuestas en el artículo 107, sin que se puedan alterar las condiciones esenciales del contrato, y debiendo limitarse a introducir las variaciones necesarias para responder a la causa objetiva que haga necesaria la novación. Supuestos que han ido más allá de lo dispuesto por la doctrina comunitaria, si bien, se adaptan en buena medida a la Propuestas de Directivas comunitarias.

6) El procedimiento a seguir en el caso de modificados derivados del artículo 106 (convencionales) será el que se haya fijado en el pliego respetando los preceptos del TRLCSP, y en el caso de las modificaciones legales (artículo 107) será el recogido en el propio Texto Refundido.

7) La modificación pondrá fin a la vía administrativa, siendo inmediatamente ejecutiva y obligará al contratista. Éste tendrá derecho a indemnización siempre que se produzca una alteración del equilibrio económico del contrato en los términos expuestos.

8) Cuando devenga imposible la ejecución de la prestación en los términos inicialmente pactados o se produzca una lesión grave en el interés público y no sea

posible la modificación del contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I del TRLCSP, procederá la resolución.

9) La normativa aplicable al modificado debe ser al vigente cuando se celebró el contrato, sin que nada obste a la interpretación de la misma conforme al Derecho Comunitario.

En definitiva, y a pesar de opiniones en contra, la reforma efectuada por España supone un notable avance en materia de modificación contractual, adaptándose a lo dispuesto por la jurisprudencia comunitaria, e incluso ha ido más allá; lo que por otra parte, puede generar dudas e inseguridad jurídica ya que, ha habido, quizás, exceso de celo en la apreciación de los presupuestos para modificar un contrato.

Pero lo importante y verdaderamente urgente es que los servidores públicos apliquen de forma correcta la legislación en las modificaciones de los contratos públicos, ateniéndose, en palabras de GIMENO FELIÚ, "*a un código ético estricto que evite conflictos de intereses, y que la gestión pública se rijan, como no puede ser de otro modo, por la transparencia, integridad y la eficiencia, colaborando a dignificar su contratación, sobre todo de cara a la opinión pública, frenando la corrupción instalada en la contratación administrativa*".

9. BIBLIOGRAFÍA

BERNAL BLAY, M.A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011.

BLANQUER CRIADO, D.V., *Los Contratos del Sector Público*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

CALVO RUATA, P., "La zozobra de la modificación de contratos públicos. ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?", *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011*, nº 3, 2012

COLÁS TENAS, J., "La reforma de la legislación de contratos públicos en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos públicos", *El derecho, Boletín de Derecho Local*, junio, 2011.

DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., "La nueva regulación de la modificación de los contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: de la apariencia a la incertidumbre", Col. en *El nuevo Derecho Administrativo: Liber amicorum Enrique Rivero Ysern*, Coordinadores: Miguel Domínguez BERRUETA DE JUAL y Ángel SÁNCHEZ BLANCO, Salamanca, 2011.

DÍAZ LEMA, J.M., "Contratos públicos versus contratos administrativos ¿Es conveniente

mantener la duplicidad de la LCSP?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 141 (enero-marzo 2009).

DÍEZ CALAZADA, J.R., "Comentarios al nuevo régimen de modificación de contratos del sector público", *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, nº 112, septiembre 2011.

ESCROHUELA MORALES, F.J., *Guía práctica de la Contratación del Sector Público*. Ed. La Ley. Madrid 2012.

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M., *Contratación pública. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Volumen 2, Editorial Bosch, Barcelona, 2008.

GALLEGO CÓRCOLES, I., "¿Qué es la modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?", *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, nº 110, julio 2011.

GIMENO FELIÚ, J.M., *Las reformas legales de la Ley 30/2007 de contratos del Sector público, alcalde y aspectos prácticos*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011. "El régimen de modificación de los contratos públicos, regulación actual y perspectivas de cambio", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 149, enero-marzo 2011. "La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable", *Ponencia en las Jornadas sobre contratación pública del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid*. Abril 2013.

GRIS GONZÁLEZ, J.C., "La modificación de los contratos del sector público", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 28, septiembre 2012.

LAZO VITORIA, X., *La propuesta de Directiva de Concesiones: rasgos fundamentales*, publicado en www.obcp.es, de 23 de marzo de 2013.

LÓPEZ MORA, E., *La futura regulación de la modificación de contratos de concesión durante su vigencia*, publicado en www.obcp.es, de 28 de enero de 2013.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J., "La tramitación de los futuros modificados de contratos del sector público con la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible", *Contratación Administrativa práctica*, nº 110, julio.

MELLADO RUIZ, L., "El nuevo y necesario régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de ley de economía sostenible", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 108. Mayo 2011.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Título IV, Ed. Iustel, Madrid, 2011.

PUERTA SEGUIDO, F., "El régimen de la modificación de los contratos del Sector Público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

QUINTANA LÓPEZ, A., "Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas", *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 131, Civitas, Madrid, 2006.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J., "Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos en el proyecto de ley de economía sostenible", *Revista aragonesa de administración pública*, nº 37, diciembre 2010. "Transformación sustancial del régimen

de modificación del contrato por la Ley de Economía Sostenible", *Contratación Administrativa Práctica*, nº 114, diciembre 2011.

