

Introducción:

Como es sabido, la contratación pública constituye un poderoso instrumento de política económica en atención al elevado volumen de recursos que compromete, ya que según los últimos datos publicados por la Comisión Europea, en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del Producto Interior Bruto (PIB) europeo ¹. Este porcentaje en el gasto público ha supuesto que la contratación pública no sea entendida únicamente como una forma de aprovisionamiento, sino también como un instrumento de política económica que puede contribuir a la consecución de otros fines o políticas públicas como puede ser la lucha contra el desempleo ².

Son datos extraídos del Documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*, de 27 de abril de 2010 http://www.ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf

Acerca de la visión instrumental de la contratación pública, puede consultarse J. M^a GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, págs. 16 y 17.

Esta importancia macroeconómica justifica el interés de su regulación por las autoridades comunitarias con la finalidad de promover la apertura de los mercados públicos (como manifestación del interés general para toda la Comunidad). La nueva Directiva comunitaria 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos (acompañada para sectores especiales de la Directiva 2004/17) ³ con fecha de transposición límite de 31 de enero de 2006, amén de confirmar la tendencia hacia la formación de un derecho común europeo ⁴, obligan a una reflexión sobre sus consecuencias en la práctica administrativa nacional ⁵. Sobre todo desde la perspectiva de garantizar una adecuada satisfacción del interés público sustentada en los principios de eficiencia e integridad.

En la tramitación de dichas normas pueden tenerse en cuenta los siguientes documentos: Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras [COM(2002) 236 final - 2000/0115(COD)]; con Posición común (CE) n^o 33/2003, de 20 de marzo de 2003, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios -DOUE C 147 E, 24-6-2003 (2003/C 147 E/01)-. Entre sus novedades puede señalarse que la Comisión propone la introducción de mecanismos de compra electrónica, la introducción de un nuevo procedimiento (el denominado diálogo competitivo) y el reforzamiento de los criterios de selección y adjudicación, la posibilidad de concluir acuerdos-marco, la clarificación de las disposiciones relativas a las especificaciones técnicas, introducción de un vocabulario común de contratos públicos. Sobre esta propuesta de reforma resulta de interés el trabajo de J. BERMEJO VERA, «Objetivos, principios y prospectiva de la política

comunitaria de contratos públicos», Revista Galega de Administración Pública núm. 29, 2002, pp. 141-164.

Por todos, véase MORENO MOLINA, J. A., «Reciente evolución del derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho común», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley núm. 34, 2004, pp. 28-53.

Sobre el contenido de las misma, con visión propedéutica, puede consultarse el trabajo de FERNÁNDEZ GARCÍA, M., «La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho comunitario europeo», *RAP* 166, 2005, pp. 281-320.

La aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga, antes de analizar el régimen de los modificados en los contratos públicos, a realizar -aun suficientemente conocidas- unas precisiones previas ⁶. La primera, que es objetivo principal de esta normativa comunitaria garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 e diciembre de 2000, ARGE). Publicidad que debe promover auténtica concurrencia garantizando la efectividad del principio de igualdad de trato (como acaba de recordar la STJUE de 15 de septiembre de 2009, Acoset) ⁷.

Como primera novedad de esta directiva cabe destacar la que ella misma señala en su considerando 1: «La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2 [principios del Tratado, libertades comunitarias, igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia]».

Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a mi trabajo *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003. Más recientemente puede consultarse el libro de J. A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006.

A la segunda -y más relevante- que estos principios no solo son de aplicación al procedimiento de adjudicación sino que proyectan su influencia también en la fase de ejecución de los mismos -y mas en concreto en lo relativo a los modificados- al condicionar tal posibilidad a unos concreto supuestos con el fin de preservar el principio de transparencia e igualdad de trato y evitar que, mediante dicha técnica, se pueda «pervertir» el procedimiento y sus reglas ⁸. Es decir, la cuestión de los modificados está directamente relacionado con la adjudicación del contrato y la finalidad inicial en el contenida.

Me remito a mi reciente trabajo «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación Pública», REDA núm. 147, 2010, pp. 517-535.

1.- Sobre el modificado y su régimen jurídico. La opción de la LCSP

Como es bien conocido, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi* (artículo 196 LCSP), constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*)⁹. Así, aunque tras la adjudicación de todo contrato público comienza la ejecución del contrato con el fin de cumplir adecuadamente lo pactado nada impide que, siempre por interés público, puedan introducirse modificaciones a dicho objeto¹⁰.

⁹La inalterabilidad de lo pactado cede ante el derecho del *ius variandi*. Vid. HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 74-76. Para esta profesora el régimen diseñado por la LCAP resultaba ajustado al derecho comunitario de los contratos públicos aunque advertía que no debía superarse el límite del cincuenta por ciento del importe inicial del contrato (en tanto límite del supuesto del procedimiento negociado, pp. 205 a 210).

¹⁰Como bien advierte JURISTO SÁNCHEZ el principio de inalterabilidad del contrato que deriva del artículo 1091 del Código Civil se enuncia en los contratos públicos de forma positiva y negativa: ejecutar el contrato de conformidad al pliego y no modificar sin el procedimiento establecido. *La ejecución del contrato de obra pública*, Ed. Hauser y Menet, Madrid, 1991, 206. El interés público es, en todo caso, presupuesto habilitante para el ejercicio del *ius variandi*. MARTÍN REBOLLO, «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 589.

Sin embargo, la práctica española ha venido interpretado de forma relajada esta regla sobre la máxima de que es una potestad administrativa cuya justificación radica en la mejor gestión del interés público (al que se considera sometido a eventual mutación)¹¹. El Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación -inmutabilidad del fin público y mutabilidad del contenido prestacional del contratista- al señalar que el interés público no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato (entre otras, STS de 1 de febrero de 2000 [RJ 2000, 318]). Incluso se ha afirmado que si la coyuntura, exógena al propio contrato, cambia, es posible modificar el contrato: esta justificación es

suficiente para acreditar que la modificación aprobada no excede los límites del ejercicio del «ius variandi» (STS de 19 febrero 2008. RJ 2008\1739)

¹¹De hecho, ya hace años el profesor VILLAR PALASÍ advertía que lo ordinario en los contratos administrativos de obras era la modificación de los mismos. Lo que se justificaba, entre otros motivos, en la complejidad y larga duración de los contratos. *Apuntes de Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1977, p. 374.

Con todo, el ejercicio de esta potestad, en tanto supone una alteración del objeto de la licitación -que recuérdese, debe ser cierto- debería tener carácter excepcional, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo:

«los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes» ¹².

¹²SSTS de 16 de abril de 1999, 9 de octubre de 1995 y de 30 de abril de 1977.

Así, aunque lo ordinario sería que no hubiera ninguna incidencia (en el caso de una gestión pausada del expediente ¹³) y se cumpliera lo acordado entre las partes, sin alteraciones ni modificación salvo en casos cuando menos excepcionales ¹⁴, la regla habitual es que es posible modificar el contrato casi a plena libertad del órgano de contratación ¹⁵. Y esta situación -claramente patológica- debe ser corregida para adaptar y situar adecuadamente a esta potestad de ius variandi ¹⁶.

¹³Como recomendada el Consejo de Estado, en su Memoria de 1992, p. 50.

¹⁴Vid. *Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp. 15-118. En el marcado carácter excepcional de esta prerrogativa ha insistido el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, sobre el anteproyecto de la LCSP.

¹⁵El Tribunal de Cuentas, en sus informes, con acierto, viene reiterando lo patológico de esta práctica.

¹⁶No se trata de prohibir esta técnica sino de redimensionarla a sus justos términos y hacerla compatible con el derecho comunitario.

Téngase en cuenta que con las modificaciones contractuales injustificadas no sólo se daña al erario público por el sobre coste que va a suponer ese contrato, sino que constituye un fraude al principio de selección objetiva del contratista ¹⁷, puesto que al final el precio pagado por la prestación objeto del contrato es con mucho la más onerosa de las ofertas presentadas por el resto de licitadores y candidatos a la adjudicación del contrato ¹⁸.

¹⁷No es una constatación novedosa. Ya ARIÑO ORTIZ denunció que el sistema de modificados «encierra en el fondo verdaderos contratos adicionales» y que «debe evitarse que los modificados se conviertan en un procedimiento irregular, sin licitación ni concurrencia». *Teoría del equivalente económicos en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pp. 179 y 180 respectivamente. De especial interés por sus observaciones críticas al concreto ejercicio de esta potestad resulta igualmente el trabajo de L. MARTÍN REBOLLO, «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)», ob. cit, pp. 575 a 658.

¹⁸Por todos, J. A MORENO MOLINA, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 640.

Al respecto, la LCSP -aunque incorpora ciertas mejoras técnicas- adolece de intentar corregir efectivamente los problemas tradicionales derivados de la ejecución de las prestaciones licitadas ¹⁹. Y no era una cuestión no advertida: el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública elaborado en el año 2004, ya señaló que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y sus precios no son aquellos por los que se compitió ²⁰. Además, afirmaba que la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que, en ocasiones, mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja. Asimismo, el informe entendía que para reforzar la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: si bien la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato pudiera parecer excesiva -si se requiere publicación en el Boletín Oficial-, al menos debería exigirse una publicidad vía perfil de contratante para las eventuales modificaciones de éste ²¹.

¹⁹Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto LÓPEZ-CONTRERAS y J. F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, Instituto de Empresa y Cátedra Jurídica del Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006, p. 159.

²⁰La práctica de las modificaciones en España acredita una clara «patología» que pervierte

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

²¹Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118. En el fondo, como advierte F. SOSA WAGNER, muchos de esos modificados pretender alterar directa y unilateralmente el objeto contractual SOSA WAGNER, F., *La Gestión de los servicios públicos locales*, Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2008, pp. 272.

Especialmente significativas son las previsiones de modificados que contemplan los artículos 202.1, 217 o 233 LCSP y concordantes, que no parecen guardar coherencia con la Directiva 2004/18, en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la referida norma tal y como ha interpretado el TJUE ²². A este respecto, la Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea dirigió a las autoridades españolas, con fecha 12 de diciembre de 2006, unas observaciones en relación con el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en las que se señala que ninguna disposición de la Directiva autoriza a modificar un contrato por «necesidades nuevas» ²³. En cuanto a las «causas imprevistas», la Comisión señala que éstas deben interpretarse de manera objetiva y la posibilidad de modificación por estas causas y el alcance de la misma deben encuadrarse en las limitaciones establecidas en el artículo 31.4 de la Directiva 2004/18.

²²No en vano se permite las modificaciones por grandes importes -el límite del 20 por ciento como causa de resolución no es imperativo- y se constatan alteraciones sustanciales de los proyectos iniciales. De hecho, en la práctica los gestores de los contratos públicos han interiorizado al idea de que la facultad de modificación es ilimitada tanto en los supuestos y causas como en su importe.

²³España alegó, entre otras cosas, que las Directivas de contratos públicos no afectan a la fase de ejecución, que el *ius variandi* es una característica esencial de los contratos administrativos, que el concepto de causas imprevistas esta fuera del ámbito de las normas de contratación pública y que no es de aplicación a la Ley 31/2007. Con fecha de 27 de noviembre de 2008, la Comisión emitió Dictamen motivado contra el Reino de España al

entender que el régimen de los modificados no se ajusta al derecho comunitario.

Analizaremos el régimen propuesto en la LCSP y su interpretación por órganos consultivos. El artículo 202 LCSP declara que ²⁴:

²⁴Vid. JIMÉNEZ APARICIO (Dir.), *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo III, pp. 112-113 y J. VÁZQUEZ MATILLA, «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 94, 2010, pp. 54-63 y 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*, núm. 6983, 7 de julio de 2008, Editorial la Ley, (La Ley 36851/2008).

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

2. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual».

Pues bien, aun cuando el precepto parece claro, existe dudas interpretativas sobre el alcance del mismo y las posibilidades que contempla. Así, como ha advertido E. MUÑOZ LÓPEZ, los presupuestos que se establecen en este precepto son cuatro: a) interés público, b) causas imprevistas, c) adecuada motivación y d) que no se afecte al contenido esencial del contrato. Sin la concurrencia de todos ellos no podría existir una modificación ²⁵.

²⁵E. MUÑOZ LÓPEZ, en libro colectivo *Contratación del Sector Público Local*, La Ley, Madrid, 2ª ed., 2010, p. 1034.

El régimen de la LCSP ha sido analizado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en dos Informes. Así, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008, sobre *Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. 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*, defiende que el sistema legal contiene dos opciones: a) que se prevea la posibilidad de modificar el contrato en el pliego: si los documentos contractuales prevén expresamente la posibilidad de modificar determinadas cláusulas, le bastará con indicar cuáles son éstas y en qué

términos pueden ser modificadas, siendo indiferente si tienen o no el carácter de condiciones esenciales del contrato. Y ello porque siendo conocida esta posibilidad de antemano por todos los licitadores no se produce la ruptura del principio de igualdad entre ellos y de su corolario el de transparencia; y una segunda que b):

«cuando no se hubiese previsto la modificación, sólo podrán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que la modificación responda a necesidades del interés público, b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato».

En el Informe 5/10, de 23 de julio de 2010, *sobre la posibilidad de modificar un contrato de obras por causas imprevistas*, se insiste en esta idea aunque advierte -de forma sorprendente- que dicha «doctrina puede no ser plenamente acorde con los pronunciamientos de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, especialmente en la Sentencia conocida como "Succhi di Frutta", pero evidentemente es la adecuada de conformidad con la norma vigente en nuestro país en el momento actual».

Tal interpretación «sorprende» ya que de la literalidad del artículo 202 LCSP se deduce que no es posible todo tipo de modificación por el mero hecho de su previsión, en tanto de conformidad con el precepto indicado el contrato sólo puede ser modificado por causa de interés público que reúna los dos requisitos adicionales de:

a) que no haya sido prevista, y habrá que entender que, además, no fuera previsible de conformidad con los criterios de una buena administración, y

b) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato.

Además, como requisito formal se añade en el párrafo segundo que en el pliego de cláusulas se prevea, para el caso de que ocurra alguna de las circunstancias señaladas, las condiciones en que podrá producirse la modificación ²⁶.

²⁶Señala además el precepto como novedad que no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente, o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deben ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b) LCSP.

Sin embargo, a juicio de la Junta estatal, aunque reconoce que de conformidad con la redacción de este precepto parecería que la nueva Ley de Contratos del Sector Público no recoge la posibilidad de modificar el contrato por causas previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, no

comparte tal conclusión, por considerar que «resultaría desvirtuada, de una parte por los dispuesto en el artículo 194 que establece con carácter general la facultad de modificar los contratos por causas de interés público, lo que lógicamente incluye aquellas causas de modificación expresamente previstas en los pliegos y, por otra, por las diferentes normas reguladoras de cada tipo de contrato que de forma expresa admiten tal posibilidad (arts. 217, para el contrato de obras, 233 y 241, para la concesión de obras, 258 para el contrato de gestión de servicios públicos, 272, para el contrato de suministro y 282 para el de servicios) 27».

²⁷Sobre esta dualidad de supuestos se posiciona igualmente 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: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 99, 2010, p. 63. Advierte, sin embargo, que «subsisten aún algunas dudas interpretativas, derivadas de la dicción del artículo 202, sobre la fundamentación, el contenido y los límites de esta potestad administrativa». (p. 60).

En estos Informes, se analizan, además, los requisitos del artículo 202 LPC apuntando una interpretación. Así, para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte que tal circunstancia, 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. En tal sentido, si para la redacción del proyecto se tuvo en cuenta la existencia de conducciones y servicios soterrados en la zona que debía ser ocupada por las obras y se requirió la intervención de las entidades titulares de los mismos para que aportaran la solución más adecuada para evitar que las obras pudieran ejecutarse sin causarles perjuicio, debe decirse que ninguna otra previsión era necesaria ni, probablemente, posible.

Del mismo modo que ocurre con la determinación de cuando es imprevisible que concurren circunstancias que afecten de una u otra manera a la ejecución del contrato, ocurre con el establecimiento de un criterio general a la hora de establecer si tales circunstancias y las modificaciones derivadas de su concurrencia afectan o no a las condiciones esenciales del contrato. Así nos recuerda que:

«Esta Junta ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en el informe 43/08, de 28 de julio de 2008, en el que se decía, con referencia al artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público, que la redacción empleada por el legislador en este precepto pone de manifiesto de manera clara que la expresión "condiciones esenciales del contrato" es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación, como acertadamente dice en su consulta la Intervención General, resulta difícil de hacer. Desde este punto de vista cabe decir que pueden imaginarse dos procedimientos para establecer el modo de concretar el alcance del concepto enunciado. El primero

de ellos consistiría en formular criterios de carácter general tales como los mencionados en el propio texto de la consulta, es decir la alteración de condiciones del contrato que de haber figurado en el anuncio de la licitación habrían permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o las que hacen referencia a las que supongan alteración de la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato. La adopción de métodos como los indicados en realidad no resuelve tampoco de forma directa el problema pues consisten en desplazar el momento de la interpretación del concepto de unos términos a otros. En efecto, en el primero de los casos indicados es preciso hacer un juicio de carácter subjetivo acerca de cuál habría sido el comportamiento de los licitadores de haber conocido la modificación contractual y en el segundo la necesidad de concreción se traslada a la determinación de cuáles son las alteraciones que afectan a la naturaleza de la prestación. En realidad, lo que ocurre es que la propia esencia de la figura del "concepto jurídico indeterminado" supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo. Por ello, la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de establecer a priori una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato».

Queda, pues, claro de conformidad con lo argumentado por la Junta Consultiva estatal, que la determinación de cuándo una modificación contractual afecta a las condiciones esenciales del contrato sólo puede hacerse mediante el análisis de cada caso concreto, no siendo aceptable con norma general más que la prevista en el artículo 221.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, relativa al contrato de obras, de conformidad con el cual *«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 menos, al 30 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido».*

De lo anterior se infiere que -según el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado- para el legislador existen al menos dos supuestos en que la modificación afecta a las condiciones esenciales del contrato: la primera cuando se produce una alteración cualitativa del proyecto inicial (modificación de los fines y características básicas) y cuantitativa, la segunda, establecida en el límite de que deban sustituirse unidades previstas por otras cuyo importe suponga al menos un 30% del precio primitivo del contrato. Sin embargo, fuera de estos dos casos será preciso el análisis pormenorizado de cada supuesto concreto para poder considerar que las alteraciones introducidas en la prestación del contrato o en determinadas condiciones o características producen un

cambio sustancial en la misma.

Esta posición de la Junta estatal resulta, en mi opinión, demasiado permisiva y puede dar lugar -lo que de hecho ha sucedido- a que nada haya cambiado en la relación de la práctica de los modificados.

Perspectiva más restrictiva ha defendido, por el contrario, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 15 de abril, concluyendo -para un caso en que se aplicaba la normativa anterior a LCSP- que todas las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes. En este Informe se analiza la doctrina del TJCE y se postula una interpretación del marco normativo español compatible con la misma y las exigencias comunitarias declarando que ²⁸:

²⁸Compartimos en este punto la opinión de ORDOÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam comunitariam* favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que sólo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. «La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo», *Boletín informativo del Ministerio de Justicia* núm. 1921, julio de 2002, p. 2354.

«Las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes».

Y ya analizando el supuesto de hecho -modificación de un contrato gestionado por el Consorcio de Teruel en relación a la gestión de residuos, con un eventual aumento del quinientos por cien- se declara que:

«La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos [esta interpretación quedaba ya confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial]. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial 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.

Resulta evidente que, amén de no quedar justificadas las causas que permiten, en su caso un modificado -no se acredita la causa imprevista ni los motivos de interés público en este modificado-, el objeto sobre el que se emite este Informe debe ser considerado como propio para una nueva e independiente licitación por alterarse el equilibrio económico de la prestación inicial dado que se propone un modificado equivalente a un 500 por ciento del valor de la prestación inicial. Además, en modo alguno puede considerarse como causa justificativa la existencia de un único licitador para la prestación de la actividad por afectarse desproporcionadamente al principio de libre competencia. Asimismo, como recuerda la referida STJUE de 29 de abril de 2004, «un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación» (apdos. 116-118).

En conclusión, el objeto de modificación que se propone, además de no acreditarse los presupuestos habilitantes, afecta a una condición esencial para la adjudicación del contrato y equivale a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación, recordando que el artículo 31 de la Directiva de Contratos Públicos de 2004, permite la utilización de un procedimiento negociado sin publicación previa para adjudicar un contrato público si se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado -deben ser objeto de una interpretación estricta y que la obligación de probar que existen las circunstancias excepcionales que justifican su uso incumbe a quien pretenda ampararse en la excepción- lo que permitiría previa negociación al menos con tres licitadores, no publicar una nueva convocatoria.

Personalmente, entiendo más acorde con la lógica y finalidad de la potestad del *ius variandi* esta interpretación que se ajusta, por lo demás, a la doctrina del TJUE que ahora se expondrá.

2.- La doctrina del TJUE sobre los modificados: repercusiones prácticas

En la conocida Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta) ²⁹, el Tribunal aborda la cuestión al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato:

²⁹Los antecedentes de esta Sentencia vienen referidos a un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán, con el objeto de poder responder a las peticiones de zumo de frutas y confituras de los países beneficiarios, y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizará en especie, y más concretamente, en frutas que estaban fuera del mercado como consecuencia de operaciones de retirada, adjudicó varios lotes a la mercantil Trento Frutta. El motivo del recurso interpuesto por la mercantil Succhi di Frutta fue la modificación del aludido contrato, que permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan, aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos (en concreto

nectarinas) retirados del mercado en las proporciones de equivalencia que señaló ex novo. A la vista de todo lo anterior, Succhi di Frutta, no resultó adjudicataria, ni recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión que modificaba el contrato. La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 y T-10), CAS Succhi di Frutta SpA/Comisión, estimó el recurso de Succhi di Frutta Spa, manteniendo que se había producido una vulneración de los principios arriba aludidos, por lo que la Comisión interpuso el 5 de diciembre de 2006 recurso de casación frente a la STPI. El TJCE admitió la legitimación de Succhi di Frutta y estimó su recurso. Sobre el contenido de esta relevante Sentencia del TJCE resulta de interés el trabajo de J. VÁZQUEZ MATILLA, «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», REDA núm. 173, 2009 en especial pp. 536 a 544.

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

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

«todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata».

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

En consecuencia, la modificación del contrato no es posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentra entre los pactos del contrato (la previsión del artículo 202.2 LCSP se presenta como principal límite a los modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación) ³⁰. Sólo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero «objeto del contrato», lo que exige además una cunatificación a los efectos de clacular correctamente el valor estimado del contrato.

³⁰Opinión que comparte RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R., «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos», en libro col. La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 413-414. Sin embargo, una interpretación «generosa» del articulado de la LCSP (como la que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008) puede conducir a estas previsiones se comporten como una facultad ilimitada para modificar los contratos celebrados, sin restricción alguna del valor de las modificaciones y con independencia de que las modificaciones alteren o no sustancialmente el objeto del contrato o cualquier otra de las condiciones esenciales de la adjudicación del contrato. Tal posibilidad falseará, en la práctica, la competencia y vulnerará los principios y normas que tienen por objeto garantizar la efectividad de los derechos conferidos por el Tratado y la Directiva de contratos públicos.

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultaría una nueva adjudicación decidida directamente. Y para saber en supuestos nos encontramos en presencia de una nueva adjudicación debe destacarse la STJUE de 19 de junio de 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GMBH) ha declarado que esto no sucede cuando ³¹:

³¹La STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset, insite en esta idea recordando su apartado 62 que «toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación».

«El término "adjudicar", empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

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

3) El término "adjudicar", empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario,

durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular» 32.

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

Sí que existirá sin embargo una nueva adjudicación, cuando las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos 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 (véase, en este sentido, STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, apartados 44 y 46) 33.

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

Asimismo, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada 34. Y también cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos 35. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial 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 36.

34 Obviamente, corresponde al poder adjudicador la carga de al prueba a la hora de demostrar que un modificado no altera el sistema general de la licitación o los documentos de la licitación. Así lo declara, entre otras, la STJUE de 15 de mayo de 1995, Comisión/Republica Italiana, en su apartado 23, al exigir una interpretación estricta de las excepciones. Y, especialmente, en la STJUE de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España al afirmar el apartado 48 lo siguiente: «Según la jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos

reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento».

³⁵Esta última interpretación quedaba ya confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

³⁶Es el criterio adoptado recordemos, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 5/2009, de 19 de abril, «Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad».

En esta línea restrictiva debe reseñarse la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, Wall AG (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main - Alemania). Aun tratándose de una concesión de servicios -excluida del ámbito de aplicación- el TJCE entiende que:

«Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada».

En definitiva, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad -entendida como una potestad condicionada- en la que, en tanto parte del procedimiento de

adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta del modificación ³⁷.

³⁷Vid. J. L. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ob. cit., p. 243.

Desde esta perspectiva es como, entiendo, debe analizarse la problemática administrativa analizada, recordando que toda autoridad pública tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario ³⁸. Sólo así cobra sentido el principio de seguridad jurídica en un ordenamiento plural ³⁹. Por ello, el sistema vigente en la LCSP no parece compatible con el derecho comunitario. De todo lo anterior, cabe concluir que la actual regulación de las modificaciones de los contratos es incompatible con los principios de la contratación pública y en consecuencia con las Directivas que los desarrollan ⁴⁰.

³⁸L. MARTÍN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación de la LCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008 (Ed. J. M. Gimeno), Zaragoza, 2008, pp. 49-87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario -con fundamento en las SSTJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C -165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en la LCSP.

³⁹Vid. J. BERMEJO VERA, El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural. Discurso de ingreso Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, leído el día 6 de abril de 2005, pp. 105-117 (publicado en Cuadernos Civitas, Madrid, 2005).

⁴⁰Vid VÁZQUEZ MATILLA, «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», ob. cit., pp. 562 a 564.

En todo caso, y en virtud de la jurisprudencia descrita, deberán ser presupuestos habilitantes en el artículo 202.1 LCSP la existencia de causas imprevistas y de interés público y que no se afecte a los elementos esenciales del objeto de la prestación ⁴¹. Cuando se altera la esencialidad se altera el objeto

del contrato -que debe ser determinado y cierto, recuérdese- de tal manera que esa «modificación» equivale a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación ⁴².

⁴¹Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

⁴²Ciertamente el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE, permite la utilización de un procedimiento negociado sin publicación previa para adjudicar un contrato público si se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado (deben ser objeto de una interpretación estricta y que la obligación de probar que existen las circunstancias excepcionales que justifican su uso incumbe a quien pretenda ampararse en la excepción).

Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia ⁴³ -como recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* «un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación» (apdos. 116-118)-. Y el interés público debe ser real e indubitado ⁴⁴. Así, las nuevas necesidades, en principio, deben ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial del contrato ⁴⁵.

⁴³Criterio de la diligencia ya apuntado por BARRERO RODRIGUEZ, C., *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, p. 100. También RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R., «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos», en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, pp. 411-412. Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LÓPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. cit, p 1035.

⁴⁴Vid. CEPEDA MORRAS J., YÁNEZ DÍAZ C., y Otros, *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 719-721.

⁴⁵MEILÁN GIL, J. L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

Por lo demás, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato (la previsión del artículo 202.2 LCSP se presenta como principal límite a los modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación) ⁴⁶. Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación ⁴⁷. Previsión que se deberá tener en cuenta a efectos de calcular el valor estimado del contrato.

⁴⁶Opinión que comparte RODRÍGUEZ CASTAÑO, A. R., Efectos, cumplimiento....« Ob. Cit. Pp. 413-414. Así lo ha entendido también la Junta Regional de Murcia de Contratación Administrativa al resolver la Consulta sobre la interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público sobre la modificación de los contratos en su Informe 01/2009 de 7 de abril. Sin embargo, una interpretación «generosa» del articulado de la LCSP (como la que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008) puede conducir a estas previsiones se comporten como una facultad ilimitada para modificar los contratos celebrados, sin restricción alguna del valor de las modificaciones y con independencia de que las modificaciones alteren o no sustancialmente el objeto del contrato o cualquier otra de las condiciones esenciales de la adjudicación del contrato. Tal posibilidad falseará, en la práctica, la competencia y vulnerará los principios y normas que tienen por objeto garantizar la efectividad de los derechos conferidos por el Tratado y la Directiva de contratos públicos.

⁴⁷No se trata de incorporar al pliego una cláusula de estilo, entendiéndose que es ésta una mera exigencia formal y que no ha de afectar a la modificación. Es una auténtica regla sustantiva de obligado cumplimiento. Sin previsión expresa no puede existir un modificado.

3.- La nueva regulación de los modificados en el Proyecto de Ley de Economía sostenible: la insuficiencia de la reforma

De lo descrito se constata que la LCSP contiene una regulación muy posibilista con esta práctica, lo que quiebra la doctrina comunitaria sobre esta materia ⁴⁸. Conscientes de esta situación -no en vano hay demanda de la Comisión contra el Reino de España por este asunto- el Proyecto de Ley de Economía sostenible (aprobado por el Congreso de Ministros el 19 de marzo de 2010), prevé una sustancial modificación de este régimen ⁴⁹.

⁴⁸Vid en este sentido VÁZQUEZ MATILLA, «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *ob. cit.*, pp. 529-564.

⁴⁹Resulta cuando menos cuestionable que se utilice esta norma para la modificación de la LCSP, recientemente modificada en profundidad por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Así lo entiende también en Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen sobre la norma (Dictamen 215/2010).

El Proyecto de Ley de Economía Sostenible aborda esta cuestión -quizá por la demanda de la Comisión contra el Reino de España- y, mediante la Disposición Adicional Decimo octava, apartado séptimo, propone introducir un nuevo Título V en el Libro I: Modificación de los contratos -introduce cuatro nuevos preceptos (del 92.bis al 92.quinquies), se reforma el 216 (obras a tanto alzado), el 217 (modificación del contrato de obras), el 226 (modificación del proyecto), el 233 (modificación obra pública), el 272 (contrato de suministro) y el 282 (contrato de servicios) ⁵⁰-, advirtiendo que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento ⁵¹. Regulación que ha de aplicar todo poder adjudicador, aunque no tenga la consideración de Administración Pública (motivo por el que se ajusta el artículo 20 LCSP). Novedad ciertamente destacada en tanto tradicionalmente, bajo la argumentación de estar sometidos al derecho privado, los poderes adjudicadores no Administración Pública entendían que no existían límites a la posibilidad de acordar modificados ⁵².

⁵⁰También se modifican a estos efectos el artículo 20 y 195 LCSP. También se modifican los artículos 206, 207, 208, 220 y 284 (causas y efectos de resolución) e incluye nueva causa de resolución del contrato, como es «*la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I*» -nuevo artículo 206.h) LCSP- lo que conllevará una indemnización al contratista con el 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista -nuevo artículo 208.6 LCSP-.

⁵¹Cuestión analizada por M. BERNAL BLAY en su ponencia «Reflexiones sobre la fase de ejecución de los contratos: régimen de modificación y pago de los contratos», en el Seminario que sobre Novedades en la contratación pública se celebró en Formigal los días 23 y 24 de septiembre de 2010 (en el marco de las actividades del Proyecto de investigación *Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva* -DER JURI 2009-12116-). Sobre el mismo me remito a la Crónica elaborada por T. MEDINA, publicada en el num. 37 de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 2010.

⁵²Una primera valoración sobre el contenido del nuevo régimen proyectado puede verse en el trabajo de MELLADO RUIZ L., «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», ob. cit., pp. 64 a 68.

El nuevo artículo 92 bis dice:

«Artículo 92 bis. Supuestos

1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter.

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

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)».

La regulación propuesta pretender limitar la práctica de los modificados tipificando los supuesto con el fin de que cualquier otro distinto se proceda a procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Se insiste en la idea de que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios -solo si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b) LCSP-.

Y para ello el artículo 92 ter desarrolla cómo se deberá tramitar estableciendo que tal posibilidad se condiciona a que en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la

misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas. Es decir, el pliego no sólo debe prever al posibilidad sino que debe determinar y cuantificar en qué y cómo procede esta modificación. Lo que tendrá sus efectos a la hora de calcular el valor estimado del contrato (por lo que se modifica en tal sentido el artículo 76 LCSP).

Y aunque nada se dice, lógicamente, como ha insistido el TJUE, serán requisitos *sine qua nom* el que exista un interés público que lo aconseje, que no se afecte al contenido esencial y que se motive y acredite la causa que ampara finalmente el modificado. Es decir, no hay libertad para el *ius variandi* en la medida en que esta juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible. Solo así se garantiza la igualdad de trato tal y como exige la STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, en su apartado 110. Es este, por lo demás, el criterio de la Comisión que considera que el régimen de modificación de los contratos tras su adjudicación, tal y como está regulado en la LCSP, no respeta los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en la Directiva 2004/18/CE, puesto que otorga a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos públicos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca ⁵³.

⁵³Noticias de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2009 (IP/09/1752).

El proyectado art. 92 ter obliga, además, a indicar en los pliegos o en el anuncio de licitación el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, *con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar*. Como bien han apuntado BERNAL BLAY y VÁZQUEZ MATILLA, dicho porcentaje de modificación previsto en el Pliego o en el anuncio deberá haber sido tenido en cuenta previamente, a la hora de calcular el valor estimado del contrato, puesto que, como señala el artículo 76 LCSP, dicho valor debe incluir «cualquier forma de opción eventual» del contrato ⁵⁴. El aumento que sufrirá el valor estimado del contrato por la adición del importe del modificado previsto puede repercutir en cuestiones como el procedimiento de adjudicación a utilizar o la publicidad de la licitación.

⁵⁴ BERNAL BLAY en su ponencia «Reflexiones sobre la fase de ejecución de los contratos: régimen de modificación y pago de los contratos», en el Seminario que sobre Novedades en la contratación pública se celebró en Formigal los días 23 y 24 de septiembre de 2010 (en el marco de las actividades del Proyecto de investigación *Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva*

-DER JURI 2009-12116-); Vázquez Matilla, en «La modificación de los contratos administrativos: ...», *ob. cit.*, p. 559.

Sin embargo, y pese a estar la cuestión subiudice ante el TJUE, el texto postula la interpretación de que hay dos opciones para los modificados: los previstos en el Pliego y aquellos que no se han previsto. Este último caso se regula en el artículo 92 quater que indica:

«Artículo 92 quáter. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación

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

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

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

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

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

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

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

a) cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación

c) cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas

d) cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

e) en cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas».

Y aquí surgen las dudas de si la reforma se ajusta a la legalidad comunitaria en tanto se permiten modificados no previstos -aunque es cierto que limitados en todo caso aun máximo de diez por ciento al alta y a la baja- y a que exista inadecuación, fuerza mayor o ajuste a nuevos estándares técnicos ⁵⁵, que no afecten al contenido esencial (dando parámetros para entender cuando concurre tal circunstancia), lo que puede interpretarse como que en los anteriores supuestos -los previstos- sí que podría alterarse el contenido esencial. Tal posibilidad interpretativa, creo, no encaja con la jurisprudencia del TJUE y puede suponer una quiebra del modelo.

⁵⁵Este concreto supuesto es más bien una condición de ejecución -sobre todo en los de larga duración- ligada a la conocida cláusula de progreso. Vid. QUINTANA LÓPEZ, A., «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, núm. 131, 2006, pp. 421 a 444.

En definitiva, aunque es cierto, que la reforma propuesta en España es un notable avance, no parece compatible con las exigencias comunitarias e introduce dudas e inseguridad jurídica, lo que no evitará que la técnica del modificado se utilice como fraude ⁵⁶. Es necesaria una regulación clara a partir de las exigencias fijadas por la jurisprudencia comunitaria, en al que sería posible admitir -con una previsión detallada- tanto a la cláusula de progreso como de fuerza mayor como supuestos de «ajuste» del propio contrato que no quebrarían el principio de igualdad de trato.

⁵⁶Un ejemplo -aun siendo mejorable- podría ser la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos de Navarra en su artículo 105 que indica que ninguna modificación puede suponer transformación del objeto y que cuando se supera el lite del cincuenta por ciento debe licitarse por procedimiento negociado (no adjudicación directa al mismo licitador). M. RAZQUIN destaca como el modelo de esta Ley Foral limita la potestad del *ius variandi*, lo que, a su juicio, debe redundar en una mejor preparación del contrato y en evitar la fuga de los principios de la contratación pública (es especial concurrencia e igualdad de trato). «La ejecución de los contratos. Retribución y revisión. La extinción e invalidez de los contratos», en libro colectivo *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, INAP, Pamplona, 2006, pp. 427-428.

Por lo demás, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes ⁵⁷, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras y, en general de todo personal responsable de ejecución del proyecto ⁵⁸(debe existir auténtica imprevisibilidad y no mera imprevisión, ni mucho menos error o cambio de criterios políticos ⁵⁹).

⁵⁷Sorprende, cuando menos, que en los supuestos de contratos de colaboración pública privada, donde realmente existe transferencia de riesgos en la construcción, no suelen darse los supuestos de modificación contractual. Y ello porque el beneficiario con este cumplimiento correcto es el propio contratista. Por todos, sobre esta ventaja del contrato de CPP en el cumplimiento en fase de ejecución, me remito a T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público, La Ley*, Madrid, 2009, pp. 665 y 666. En El Reino Unido se exploró ya esta modalidad contractual a través de los Project Finance Initiative (PFI), que se configuran como instrumentos para un efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión de sector privado y donde el criterio rector de estas PFI es el «Value for Money» en tanto parámetro de eficiencia. Al respecto resulta de interés el estudio de DE LA CRUZ FERRER, J., «Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido», *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, 2000, pp. 471-486 así como el trabajo de NIETO GARRIDO, E., «La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido», *RAP* núm. 164, 2004, pp. 389-406.

⁵⁸La cuestión de la responsabilidad del autor del Proyecto es un elemento clave para regular esta problemática. Así lo habían entendido ya en el Derecho Romano. Como indica DE LA PEÑA OLIVAS, J. M. ya antes de Cristo, debían ser corrientes los modificados de obra. Según Vitrubio, que fué arquitecto de Julio César, en Éfeso existía una ley por la que se obligaba al arquitecto cuando se le encargaba dirigir una obra pública, a fijar el coste máximo y, fijada esta cantidad quedaban hipotecados todos sus bienes ante el magistrado hasta que la obra estuviera totalmente terminada. Acabada ésta, si el coste había respondido a lo estipulado, quedaba el arquitecto libre y era premiado con decretos honoríficos; en caso contrario, si el exceso no sobrepasaba el 25%, la diferencia se pagaba con dinero público y el arquitecto no quedaba sometido a pena alguna, mientras que el exceso del 25% se abonaba con cargo a los bienes del arquitecto. «Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano (Nuevos Elementos de Ingeniería Romana)», III Congreso de las Obras Públicas Romanas. Astorga 2006, Junta de Castilla y León - Colegio de Ingenieros T. de O.P., p. 354.

⁵⁹No comparto, por ello, la opinión de JIMÉNEZ APARICIO, al entender cumplida la imprevisión con la deficiencia del proyecto. *Comentarios...*, ob. cit., 932 a 933.

Por lo demás, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad -en modo entendida como una potestad condicionada- en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta del modificación ⁶⁰.

⁶⁰Así lo han defendido con buen criterio los profesores SÁINZ MORENO («Prerrogativas de la Administración», en libro colectivo *Derecho de los Contratos Públicos*, Praxis, Madrid, 1996, p. 448) y MARTÍN REBOLLO («Modificación...», ob. cit, p. 579).

En suma, para que una eventual modificación de un contrato público -para todo poder adjudicador, sea o no Administración pública y los entes sometidos a la Ley 31/2007- se atenga a la legalidad comunitaria, amén de la imprevisibilidad y necesaria existencia de interes público (presupuestos habilitantes y auténticos conceptos jurídicos indeterminados), insistimos en que sería preciso que se cumplieran las dos condiciones relativas a que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación (lo que equivaldría a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación); así como que la posibilidad de incluir una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación ⁶¹. Solo así se da sentido a la finalidad de los principios de la contratación pública -en especial de concurrencia e igualdad de trato- ⁶².

⁶¹De hecho, en la constestación del Reino de España a la referida Carta de emplazamiento por esta cuestión se aduce que el artículo 202.1 LCSP es de aplicación preferente y prevalece frente a las otras disposiciones de la LCSP en todo caso, lo que impide modificaciones que afecten al contenido esencial del contrato.

⁶²Insistimos en recordar la doctrina de la STJUE *Succhi di frutta*: «Todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego» (apartado 111). Por lo demás, una programación insatisfactoria o insuficiente por parte del poder adjudicador no es una circunstancia imprevisible a los efectos del Derecho comunitario.

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

En suma, urge adaptar correctamente la legislación sobre los modificados en la contratación pública, lo que exige un cambio de cultura en la gestión de los mismos y, sin duda, una mayor

profesionalización en su tramitación con elementos de control específicos rápidos y efectivos.