

La zozobra de la modificación de contratos públicos

¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?

Pablo Calvo Ruata

RESUMEN

Las exigencias del derecho comunitario para fortalecer el mercado único europeo condicionan instituciones jurídicas de añeja tradición hispana como el *ius variandi* en la contratación pública. Las últimas respuestas legislativas españolas intentan cumplir esos requerimientos con dispar fortuna. No es fácil cohonestar la creciente tutela jurídica para los contratistas que Europa demanda, con el mantenimiento de prerrogativas administrativas necesarias para la buena gestión de los contratos públicos. Pero la defensa del interés público, focalizada en el buen fin del contrato, aconseja cierta ductilidad en la interpretación de las estrictas normas sobre modificación propiciadas por la Ley 2/2011. El horizonte de nuevas Directivas Comunitarias lo propicia, e impulsa la revisión profunda de los planteamientos de la actual legislación.

ABSTRACT

The demands of the community law leading to strengthen the unique European market within the scope of the public contracts have conditioned the old juridical Hispanic institutions like the *ius variandi*. The last Spanish legislative answers try to observe those requirements with uneven achievements. It is not easy to reconcile the increasing of the legal protection over the contractors that is demanded from Europe with the maintenance of the government prerogatives that are necessary to manage the public contracts. But the defense of the public interest focused on the successful conclusion

of a contract advises to apply a certain degree of flexibility about the interpretation of the rules of modification supported by the 2/2011 Law. The horizon of the new European Directives favours it and promotes a deep review about the approaches of the current legislation.

KEY WORDS: *Ius variandi*, public contracts, european market, new european Directives .

SUMARIO

I. INTRODUCCION: Crónica de una modificación anunciada. II. INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN EL RÉGIMEN ESPAÑOL DE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. III. RÉGIMEN GENERAL DE LA MODIFICACION DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO TRAS LA LEY 2/2011 DE ECONOMÍA SOSTENIBLE. IV. ESPECIALIDADES RESPECTO DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TRAS LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE. V. ARTICULACIÓN EN LOS NUEVOS PLIEGOS DE LAS NOVEDADES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL. VI. CAMBIOS EN EL FUTURO: LAS PROPUESTAS DE NUEVAS DIRECTIVAS. VII. UNA REFLEXIÓN FINAL. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: CRÓNICA DE UNA MODIFICACIÓN ANUNCIADA

Aludía Jesús Colás¹ al mito de Sísifo para endosar su tormento a las espaldas de la ley de Contratos del Sector Público inmisericordemente parcheada desde su promulgación en 2007. Desde entonces una cascada de modificaciones se ha cernido sobre ella sumiendo al intérprete en una más que notable inseguridad. Entre ellas, remedando a García Márquez, las más recientes no son sino *crónica de una muerte anunciada*. Me refiero, naturalmente, al fallecimiento del planteamiento original del régimen modificador de los contratos públicos por obra de la disposición final XVI de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de economía sostenible (LES) cuyas determinaciones lucen ahora en el Texto Refundido de esa Ley 30/2007 de Contratos del Sector público (TRLRSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de Noviembre publicado en el BOE núm. 276 de 16 del mismo mes y año.

.....

- 1 COLÁS TENÁS, J. (2011): «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).

¿Por qué anunciada? Bien conocido es. En trámite de elaboración de la que habría de ser la Ley de Contratos del Sector Público que traspusiera la ya inaplazable Directiva 2004/18 del Parlamento y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de Obras, de Suministro y de Servicios, los servicios de la Comisión Europea remitieron a las autoridades españolas carta trasladando sus observaciones sobre el anteproyecto de esta Ley. A ella siguieron reuniones y otras cartas concluyendo que el régimen contenido en el proyecto de ley, que permitía la modificación de contratos públicos tras su adjudicación, no era compatible con las normas comunitarias de contratación pública. Pese al aviso, no se aprovechó el trámite parlamentario para “contentar” suficientemente a Europa, y, como no podía ser de otra manera, la Comisión insistió en sus objeciones ahora ya sobre la ley aprobada.

Hay un dato fundamental que por obvio no se exhibe. Me refiero a que la Unión Europea es por encima de todo la articulación de la Europa de los Mercaderes donde deben tener cabida y ser respetados sus intereses prescindiendo de fronteras en aras a la sagrada libre competencia y el mercado². Por consiguiente, la adhesión al Club Europeo que tantos beneficios ha reportado a sus padres fundadores y a los estados europeos periféricos tardíos –aunque quizá alguno, volvemos a Grecia, añore la vieja dracma– supone inexorablemente la desfiguración de algunas instituciones extraordinariamente encarnadas en la cultura jurídica de los estados miembros. Sin duda esa protección de los mercaderes, clave para la interpretación del concepto de “Interés Público de la Unión”, pasa por encima de tradicionales manifestaciones jurídicas como en España el *ius variandi* contractual de la Administración heredado de Francia y aquí reformulado. Expresivamente lo vino a poner en valor el profesor González Varas³ recordando el designio europeo de arrumbar la tendencia a “comprar nacional”, aunque últimamente se oigan voces reclamando, por ejemplo, “comprar francés”⁴.

Por ello, no puede extrañar que ante un proyecto, luego ley, tan exhaustivo como la de Contratos del Sector Público, la Comisión Europea afilara el lápiz rojo y opusiera objeciones materializadas a través de Carta de Emplazamiento de 8 de mayo de 2008 en la que cuestionaba, si bien en distinta medida, los artículos.

.....

- 2 ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2009): «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», *Revista Electrónica CEMCI*, 3 (abril-junio).
- 3 GONZÁLEZ VARAS, S. (2008): *Tratado de Derecho Administrativo*, Thomson / Civitas, t. IV, pp. 44 y 45.
- 4 VELARDE FUERTES, J.: «El proteccionismo vuelve y rompe Europa», *ABC* (26 de diciembre de 2011).

155.b), 158.b), 194, 195, 202,206, 207, 216, 217, 220, 221, 225, 226, 232, 233, 241, 243, 244, 245, 246, 262, 272, 275, 258, 282 y 284 de la LCSP. Refería que la Directiva 2004/18 CE tiene como finalidad la apertura de los mercados de contratación pública, a la competencia, la protección de los intereses de aquellos licitadores que estén establecidos en un Estado miembro distinto al del poder adjudicador, y la prevención del riesgo de que los poderes adjudicadores se guíen por consideraciones no económicas al adjudicar los contratos. Y como corolario resaltaba que los poderes adjudicadores deben observar los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia; que las modificaciones contractuales los cumplen si no afectan a ninguna condición esencial/importante de la licitación, o sus modalidades están previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación cuya prueba compete a los poderes adjudicadores, requiriendo en caso contrario, una nueva adjudicación con arreglo al procedimiento pertinente⁵; también puntualizaba que acudir al procedimiento negociado sin publicidad sólo es posible en las estrictas condiciones de art. 31 de la Directiva 2004/18 CE. Así mismo, la Comisión, desestimando las alegaciones que el gobierno de España formuló, insistió mediante Dictamen motivado de 1-XII-2008, en la aplicación de las directivas en fase de ejecución (Sentencias Succhi di Frutta y Pissetext⁶), en la necesidad de interpretar el *ius variandi* en clave europea, en la indefinición de la ley española ante las situaciones modificatorias, y, la obligada reconducción de la definición y tratamiento de las circunstancias imprevistas.

Cabe preguntarse si no se pecó de ingenuidad, como también tiente la sospecha de si la periférica España ha sido vista con excesivo recelo. Que sepamos Francia en materia de legislación sobre contratos públicos y concretamente en cuanto a modificaciones no parece haber tenido tantos problemas con su escueta regulación⁷. Tampoco parecen tenerlos las instituciones europeas en sus contratos internos⁸.

.....

5 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2004 en el asunto C-497/06 P Succhi di Frutta, SpA,

6 Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 19 de junio de 2008 Asunto C-454/06

7 El Code des marchés publics en su capítulo X, titulado: *Avenants (Modificaciones)*, dispone es su único artículo, el 20, redactado con arreglo al Decreto n° 2008-1355 de 19 diciembre de 2008: *En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet.*

8 GONZÁLEZ VARAS, S.: *op. cit.*, p. 339. Como ejemplo, un pliego de la Comisión Europea –Dirección General de Educación y Cultura Aprendizaje Permanente: Políticas y Pro-

II. INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN EL RÉGIMEN ESPAÑOL DE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

1. Focalización del *ius variandi* en los contratos administrativos

En la Unión Europea la apertura de la contratación pública para la consecución de un auténtico mercado interior resulta de “interés general”, y es principio capital –condensado en el art. 1.1. TRLCSP– que se proyecta sobre todos los contratos públicos cual remarca Gimeno Feliú⁹. Junto a ello hay que destacar que la Ley española, al no haber renunciado a conservar el tradicional corpus legal del contrato administrativo, sino todo lo contrario¹⁰, trata de distinguir la influencia de ese *interés* o *principio general* comunitario según se mueva en una u otra de estas dos categorías de contratos públicos: los administrativos y los privados. Al respecto, bueno será recordar que sólo son administrativos los concertados por los entes del sector público que por sorprendente ministerio de esta ley tienen la conceptualización de “administraciones públicas”; y que todos los demás suscritos por los otros entes del sector público –sean o no poderes adjudicadores en el sentido de la LCSP– son contratos privados, como también pueden serlo determinados tipos o clases de contratos de las administraciones públicas.

Debido a esta distinción, y al criterio por el cual las normas de la ley sobre efectos, cumplimiento y extinción –dentro de las que tradicionalmente se han alojado las correspondientes a las modificaciones contractuales– sólo a los administrativos resultan aplicables, la modificación de los contratos públicos no administrativos quedaba deferida a las normas de derecho privado. Pero, como ya se ha visto, se advierte una creciente inmisión del derecho europeo –obviamente público– en el terreno de la ejecución de los contratos públicos. A lo dicho en aquellos documentos, habría que añadir que por efecto de las

.....

grama Educación Escolar–, de licitación pública por procedimiento abierto EAC/14/2009, para contratar un “Estudio sobre los requisitos en materia de competencias que ha de cumplir el personal en el ámbito de la atención y la educación de la primera infancia (AE-PI)”, cuya cláusula 14 establece: *Renovación o modificación del contrato. El contrato no podrá renovarse. El contrato solo podrá modificarse si el órgano de contratación considera que la modificación es necesaria para la finalización del proyecto y si el motivo de la modificación es independiente de la voluntad del contratista*

9 GIMENO FELIÚ, J.M. (2011): *Las reformas legales de la Ley 30/2007 de contratos del Sector público, alcance y aspectos prácticos*. Civitas /Thomson, pp. 16, 21 y ss.

10 DÍAZ LEMA, J.M. (2009): «Contratos públicos versus contratos administrativos ¿Es conveniente mantener la duplicidad de la LCSP?», REDA, 141 (enero-marzo), p. 17.

denominadas Directivas de Recursos¹¹ se impone a los Estados la obligación de garantizar la limpieza, transparencia, eficacia e igualdad de los licitadores en los procedimientos de adjudicación con ese designio primordial de fortalecer el mercado único en el conjunto de la Unión que, obviamente, beneficia a sus miembros económica y políticamente más potentes¹². Y esto, en definitiva, exige la disposición por los entes adjudicadores y por los organismos creados para salvaguardar esos principios (arts. 40 y ss TRLCSP) de un conjunto de facultades cuya efectividad precisa de mecanismos, digamos, de imposición; facultades y mecanismos en algún modo trasladables a la fase de ejecución cuando como consecuencia de una modificación contractual se vulneren significativamente las condiciones de la adjudicación originaria. Es más, a la vista de iniciativas como el proceso de consulta sobre el Libro Verde referente a la modernización de la política de contratación pública de la UE «Hacia un mercado europeo de la contratación más eficiente»¹³, cabe pensar en una mayor necesidad futura de disponer de reforzadas facultades y mecanismos de imposición con los que garantizar esas nuevas exigencias comunitarias en las fases de ejecución y liquidación de los contratos públicos. Así lo evidencian las propuestas de nuevas Directivas de las que luego se dará cuenta.

Justamente estos mandatos europeos forzaron el replanteamiento del enfoque tradicional de la modificación de los contratos públicos llevado a cabo por la LES Pero en este replanteamiento hay una cuestión preliminar que conviene despejar: ¿las denominadas “potestades administrativas” que ahorman el *ius variandi*, disciplinadas, si bien en recesión, por en el Libro IV –«Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos»– del TRLCSP, son ahora ejercitables también por los distintos entes del sector público que no son administración pública?

Afirmarlo parece tesis arriesgada¹⁴ por mucho que quiera estirarse la virtualidad de las herramientas coercitivas en aras también de conjurar modifi-

.....

- 11 Hay que referirlas a la Directiva 2007/66/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos
- 12 DÍAZ LEMA, J.M. (2009): *op. cit.*, apunta el valor preponderante de la tutela judicial efectiva de licitadores y contratistas y regresión de los privilegios administrativos que abonaría la unificación del conjunto de la contratación pública a costa de la eliminación de la contratación administrativa.
- 13 Bruselas, 27.1.2011 COM (2011) 15 final.
- 14 GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A. (2009): «Paradojas y sorpresas de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector público», REDA, 142 (abril-junio), p. 245.

caciones indebidas. El hecho de haberse añadido por la LES al Libro I de la LCSP (hoy TRLCSP), “Configuración de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos”, un Título V rotulado, genéricamente, “Modificación de los Contratos”, no significa generalizar, en materia de modificación contractual, a todos los contratos calificables de públicos lo que queda en la Ley de “prerrogativas administrativas”, cuyo concepto, a su vez, deberá leerse de la evolucionada manera que veremos más adelante. El nuevo Título V de Libro I, entiendo que consciente y deliberadamente –al encontrarse prisionero del forzado esquema de la LCSP que quiso aferrarse en la huida del derecho administrativo¹⁵ por parte de los sectores públicos empresarial y fundacional–, no hace sino ahormar y sintetizar el “minimum minimorum” de las “instrucciones” que la Comisión Europea cursó al Reino de España en esa “carta de emplazamiento” y “dictamen motivado”. Por consiguiente, sólo este es el contenido que afecta a todos los contratos públicos, sin perjuicio de que las “administraciones públicas en sentido propio” conserven además algunas de las especiales prerrogativas que disciplinaba el Libro IV de la LCSP en su versión primigenia, ahora reconducidas por la LES y plasmadas en el TRLCSP¹⁶. En cualquier caso, estas ahora limitadas prerrogativas administrativas también están supeditadas a esos parámetros –líneas rojas– dispuestos con carácter general en los nuevos arts. 105 a 108 de TRLCSP de aplicación general. De este modo, parece discutible alguna acusación de ubicación asistemática¹⁷ de estos artículos, dada su finalidad exclusivamente la defensiva de fijar las condiciones generales en que pueden admitirse modificaciones sin vulnerar principios comunitarios.

Precisamente sobre el alcance de las nuevas prevenciones generalizables a todos los contratos públicos (las del nuevo Título V del Libro I^o TRLCSP), resulta reveladora la sólo parcial aceptación de las sugerencias del Consejo Estado vertidas en su dictamen núm. 215/2010 sobre el anteproyecto de LES. Proponía reformar el art. 20.2 de la LCSP extendiendo la aplicación de las normas sobre modificaciones contractuales a todos los contratos públicos, así co-

.....

15 DEL SAZ CORDERO, S. (2007): «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *Revista de Administración Pública*, 174 (septiembre-diciembre), p. 337.

16 RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2011): «El nuevo régimen de modificación de de los contratos públicos tras la Ley de Economía Sostenible», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8 (diciembre), p. 11.

17 BLÁZQUEZ ROMÁN, A. (2011): «Modificaciones a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible», *Contratación Administrativa Práctica*, 108 (mayo).

mo el art. 21.2 residenciando íntegramente esta problemática en la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Sin embargo, el texto definitivo de la LES sólo matizadamente atendió tales sugerencias, al cuidarse muy mucho de precisar, al reformar el núm. 2 del art. 20 de la LCSP –quizá sin advertir que se arrojaba piedras sobre el propio tejado–, que a las modificaciones de los contratos privados les serán aplicables *las normas contenidas en el Título V del Libro I*, es decir, estas y sólo estas. O por decirlo de otra manera, parece excluir con tal acotación que les sean de aplicación generalizada e indiscriminada las normas sobre modificación que para los administrativos dispone el Libro IV de la Ley. Pudiera ser esta la razón por la cual la LES, en definitiva, no acogió la otra recomendación del Consejo de Estado de modificar el núm. 2 del art. 21, no aceptando, por tanto, residenciar en la jurisdicción contencioso-administrativa –cual deplora solvente doctrina¹⁸ la problemática de la modificación de los contratos privados en fase de ejecución. Y aclaro “en fase de ejecución”, puesto que en “fase de preparación y adjudicación” cabrá cuestionar, sustanciándose eventualmente en los Tribunales administrativos especiales en caso de licitaciones sujetas a regulación armonizada, y/o en definitiva en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por ejemplo, el contenido de cláusulas modificatorias contenidas en los pliegos.

Consecuencia de lo anterior es, como puede intuirse, que para los contratos privados de los entes adjudicadores que no sean administración pública, el efecto de la LES, hoy recogido en el TRLCSP, no es sino el establecimiento de barreras y limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes para modificarlos, y así justificar que se dificulte el fraude al mercado que es lo que primordialmente persigue la Unión¹⁹. Al igual que en el derecho nacional de obligaciones y contratos civiles o mercantiles existen con extraordinaria profusión limitaciones y condicionantes legales a la autonomía de la voluntad –recuérdese ad exemplum la proroga legal en los arrendamientos–, en los contratos públicos esos entes también la verán limitada, en contra de lo que originariamente se buscaba, por la imposibilidad de pactar opciones de modificación que traspasen esas líneas rojas, pues como apunta el Consejo de Estado en ese dictamen sobre la LES, [...] *por primera vez la modificación de los contratos celebrados en el ámbito de Sector público es sometida a determinadas reglas que prevalecen sobre el régimen civil*”. Ante tal mudanza, y pese a las objeciones oponibles, resulta casi obligado que en los contratos de estos entes

.....

18 MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, t. IV, p. 313.

19 MORENO MOLINA, J.A. / PLEITE GUADAMILLAS, F. (2011): *La nueva ley de contratos del sector público, estudio sistemático*, La Ley, p. 33.

—obviamente privados— puedan “pactarse” condiciones de ejecución²⁰ que faculten al ente contratante a imponer la modificación contractual en términos acaso similares o iguales a los que ley reserva para los administrativos²¹; pero si no se pactan, difícilmente podrán imponerse²².

Podríamos decir que, pese a su siempre obligada presencia, en el trasfondo de la LCSP subyace una “distinta densidad” de la noción de interés público en los administrativos y en los privados²³, con lo que trataría de justificarse, al menos en su planteamiento original, la persistencia en esa huida emprendida hace tiempo del derecho administrativo por parte del sector público empresarial y fundacional, aunque ello debe cohonestarse, porque no hay otro remedio, con la aplicación general de otros principios también significativos que la LCSP establece para todos por reflejo de la Directiva 2004/18 y, de las nuevas tendencias (el mencionado Libro Verde). Así, habrá de tenerse en cuenta en todos los contratos públicos, —sean administrativos, privados, armonizados o no—, el peso, además del ya citado art. 1.1 de la LCSP, de los arts. 22, 23, 25 y 28 de la misma, hoy con idéntica numeración en el TR, o el del art. 37.1 de la LES (incorporado al art. 22 .2 del TRLCSP) que impone a los entes, organismos y entidades del sector público velar por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública.

.....

20 DEL SAZ CORDERO, S. (2007): *op. cit.*, pp. 339 y 340.

21 Pueden resultar ilustrativos los pliegos de condiciones de la Sociedad Anónima Estatal ACUAMED, poder adjudicador, no administración pública.

22 Un sesgo de tinte “administrativo”, consistente en traer por la vía del pacto obligaciones para el contratista tomadas de las previstas en la Ley para los contratos administrativos, se observa en algún pliego reciente de empresa pública que ni siquiera ostenta la condición de poder adjudicador. Así, Mercasa para contratar el servicios de limpieza en varios de sus centros señala en el pliego de Cláusulas Particulares (29) lo siguiente: *Modificación del contrato. El contrato sólo podrá ser modificado por razones de interés público, en los casos y en la forma previstos en el artículo 92 ter de la LCSP y de acuerdo con el procedimiento regulado en el art. 195.* [Este artículo, hoy 211 del TRLCSP, está inserto en el Libro IV que disciplina los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos ¡administrativos!]

En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para el adjudicatario.

En particular, si durante la ejecución del contrato se produjera alguna modificación en cuanto al número de personas que deben prestar el servicio, número de horas en que deba prestarse, distintas condiciones de prestación de las previstas o espacios a limpiar, MERCASA deberá comunicar dichos cambios por escrito al contratista con quince días de antelación a la ejecución de la modificación, sin que la incidencia en el precio del o las modificaciones que se produzcan puedan superar el 10 % del precio de adjudicación del contrato

23 COLÁS TENAS, J. (2011): *op. cit.*

En cualquier caso, estimo debe mantenerse que el *ius variandi* sigue únicamente residenciado en los contratos públicos de carácter administrativo, como también viene a sostener Mellado Ruiz²⁴ al decir [...] *es evidente que únicamente los contratos administrativos pueden ser objeto de modificación unilateral y sólo los sujetos de la primera categoría (administraciones públicas en sentido estricto) gozan de tal prerrogativa... [de carácter] excepcional... [y utilizable] por razones de interés público ...y para atender a causas imprevistas*. Y si esto es así, es decir, si seguimos manteniendo que los poderes adjudicadores u otros entes del sector público no administraciones públicas, carecen de facultades para imponer *per se* modificaciones cuyo acaecimiento no prevea el pliego [y aún en las previstas pueden presentarse dificultades ante la renuencia del contratista], habrá que considerar qué efectividad puede tener para ellos lo previsto en el nuevo art. 107 TRLCSP que disciplina las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación. O por decirlo de otra manera, si la adopción de modificaciones sobre la base de este nuevo artículo y para estos entes sólo es actuable por la vía convencional. Esto nos conduce a otra consideración: si ante las dificultades modificatorias que impone la Ley para todos los contratos –también en los privados en los que el art. 22.2 reformado in fine obliga a cumplir las prevenciones del nuevo capítulo V del Libro I– quizá ya no resulte tan ventajoso en términos de “maniobrabilidad” ese régimen de derecho privado, aconsejando iniciar el camino de retorno en esa huida del derecho administrativo.

2. Replanteamiento del alcance *ius variandi* en los contratos administrativos

A. Algunas indicaciones sobre el tradicional concepto del *ius variandi* en la contratación administrativa española

Decía en 1997 Concepción Horgué²⁵ que el poder de modificación de los contratos administrativos se fue configurando como una potestad y no como un derecho subjetivo que habilita a su titular para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas; que su campo de actuación era precisamente el contractual aunque no significara que el poder modificatorio viniera atribuido en virtud de la relación contractual, ya que tal potestad deriva de la ley y no del pacto; y que las decisio-

.....

24 MELLADO RUIZ, L. (2010): «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de ley de economía sostenible», *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, 99 (junio).

25 HORGUÉ BAENA, C. (1997): *La modificación del contrato de obra, el ius variandi*, Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.

nes de la Administración en orden a la modificación contractual no implican su incumplimiento, y el contenido de las mismas persigue variar las prestaciones del contratista sin que por ello deba extinguirse o resolverse el contrato.

Esta potestad de la Administración se fundamentaba en la defensa del interés público constituida en causa del contrato que permite la excepción al tradicional principio de inmutabilidad que rige en los contratos privados (arts. 1254 y 1255 CC), ya que en los públicos lo inmutable queda referido al del fin que persiguen. Como contrapunto a esa posible mutabilidad apuntaba el principio del equivalente económico que ha de acompañarla, si bien dentro de los parámetros que la ley, y en su caso el pliego, establezcan. Por otra parte la justificación de este *ius variandi*, máxime en determinados contratos como el de obras, se apoyaba igualmente en aspectos de la propia fisonomía del contrato tales como la dificultad de prever todas y cada una de las incidencias que pueden manifestarse en su ejecución, o la de que este cumpla plenamente todas las necesidades que con el mismo se pretendan cubrir.

Sin perjuicio de todo lo anterior, advertía la Dra. Horgué ya en esas fechas y con la vista puesta en el primer texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, que tal potestad debe cohonestarse con la exigencia de que los principios de selección del contratista no se trastoquen por mor de la ulterior modificación contractual, traicionando los principios de objetividad y transparencia en la contratación, así como los de igualdad y buena administración.

Pese a que la modificación de los contratos administrativos encontraba su fundamento en esa prerrogativa administrativa, o por decirlo de otro modo, su ejercicio sólo a ésta correspondía, la realidad –seguramente por el contrapunto de ese principio de equivalencia– ha sido su alto grado de aceptación, reconocimiento y en muchos casos su búsqueda²⁶, incluso forzada, por los contratistas, que como es lógico tratan de hacer lo más prospera a sus intereses la ejecución del contrato. Aunque repetidamente el Consejo de Estado ha clamado por el uso prudente de esta potestad, la realidad es que sus informes después de advertirlo seriamente terminaban aceptando las modificaciones propuestas en aras a un interés público articulado en torno a las más variadas razones: inconveniencia de incluir en la obra iniciada a un nuevo contratista; el retraso que supone una nueva licitación, etc. Si además tenemos en cuenta que sólo determinadas modificaciones precisaban –y preci-

.....

26 MESA VILLA, M. (2011): «La incidencia de la reforma de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, operada por Ley 2/2011 de Economía Sostenible, en el régimen jurídico de contratación de las entidades que no tienen el carácter de Administración Pública», *Contratación Administrativa Práctica*, 108 (mayo).

san, si bien ahora menos todavía– del dictamen del Consejo de Estado o de órganos consultivos de esa naturaleza de las comunidades autónomas, con vendremos en la cuasi rutina de la modificación, que, por otro lado desde tiempo inmemorial ha sido –y, me temo que seguirá siendo, ya veremos mediante que vericuetos– santo y seña, sobretodo, de las obras públicas.

B. *Sus matizaciones en el texto inicial de la LCSP*

Cual puso de manifiesto la defensa del Reino de España ante las objeciones de la Comisión Europea sobre la LCSP, ésta pretendía afirmar la innecesariedad de generalizar sus determinaciones legales sobre la modificación a todos los contratos del sector público, acotándolas en el campo de los contratos administrativos donde los principios comunitarios habían de cohonestarse con la facultad de la administración de variarlos cuando así lo exigieran razones de interés público. En el fallido argumento de que la modificación se residencia únicamente en fase de ejecución y que a esta no afecta la Directiva de contratos públicos, descansaba la exclusión de normas generales sobre modificación para todo el resto de los contratos públicos –como sabemos privados– en la LCSP. Como coartada, al resultar inviable orillar el sometimiento de las modificaciones a las cortapisas europeas en una ley cuyo objetivo, en buena medida, era trasponer la Directiva y sus principios, se acudió al recurso de tratar de incluir sus criterios proyectándolos únicamente sobre los contratos administrativos. Esto, como es bien sabido, propició la compleja y, porqué no decirlo equivocada, redacción primigenia del art. 202 de la LCSP, a cuyo contenido se aludirá, así como las especialidades que sobre modificaciones dispuso para cada tipo de contrato administrativo dentro de su Libro IV sobre efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. De esta forma los contratos del sector público empresarial y fundacional conservarían mayores cotas de “maniobrabilidad” al tener abiertas las puertas a la modificación por el simple acuerdo de voluntades.

III. RÉGIMEN GENERAL DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO TRAS LA LEY 2/2011 DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

1. El nuevo Título V del Libro I del hoy TRLCSP

Aunque las objeciones de la Comisión Europea se centraron en preceptos referidos a los contratos administrativos, resultaba obligado corregir la LCSP y plasmar, dentro de lo concerniente a los elementos estructurales de todos los contratos públicos, los principios de la Jurisprudencia Europea atinentes a las modificaciones contractuales. De ahí la introducción de ese nuevo Tí-

tulo V rotulado “Modificación de los contratos” en el Libro I cuya interpretación general, además de por aquella jurisprudencia europea, debe estar guiada por lo que la propia LES señaló en su art. 37 hoy trasladado como núm. 2 del art. 22 del TRLCSP. De este interesa ahora destacar la obligación de todos los entes del sector público de velar por la [...] *eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública en los términos previstos en la LCSP.* E interesa destacarlo porque la “eficiencia contractual” también está ligada a la obtención del fin perseguido por el contrato²⁷, lo cual puede actuar como contrapeso ante la tentación de interpretar el término *mantenimiento* como una llamada a la radical inmodificabilidad del contrato público.

Comprendía este nuevo Título V del Libro I de la LCSP cuatro artículos numerados como 92.bis, ter, quater y quinquies, y que hoy son los arts. 105, 106, 107 y 108 del TRLCSP. Sus determinaciones –establecidas, insistimos, como salvaguardia de los principios comunitarios– son aplicables a todos los contratos públicos si bien, el carácter administrativo o privado de los diversos contratos públicos, propiciará diferencias principalmente en la ejecutividad de las reacciones/opciones que la aplicación de este nuevo título conlleva, y, en su tratamiento procesal. Por ello trataré de efectuar, cuando resulte necesario y posible, un enfoque dual entre administrativos y privados.

En este nuevo Título V del Libro I puede distinguirse, a su vez, el marco legal general y límites intraspasables de cualquier tipo de modificación [art. 105]; el régimen de las dos opciones modificatorias: las previstas en el pliego y las imprevistas [arts. 106 y 107 respectivamente]; y las cuestiones generales de carácter procedimental [art. 108 TRLCSP].

A. Las determinaciones generales sobre la modificación de los contratos públicos del art. 105 TRLCSP

a) Enfoques de su número 1

Su párrafo primero se inicia advirtiendo de que *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 107.* Del mismo conviene destacar:

La expresión *sin perjuicio* con que se abre este número uno para referirse a los supuestos de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato,

.....

²⁷ GIMENO FELIÚ, J.M^a. (2011): *op. cit.*, p. 24.

revisión de precios, y prórroga del plazo, da a entender que también estos constituyen modificaciones contractuales aunque su tratamiento y alcance no quiere mezclarse, y entiendo que disciplinarse, con las disposiciones que este nuevo Título establece²⁸. Convendrá sin embargo resaltar que su regulación en el TRLCSP no afecta igualmente a todo tipo de contratos²⁹. En efecto, sobre la cesión del contrato y revisión de precios sólo hay normas referidas a los administrativos (arts. 226 y 87 y ss. del TRLCSP). Precisamente en el 226 el Texto Refundido ha introducido una de sus pocas armonizaciones al añadir y advertir en su último inciso, que [...] *la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato.*

Sobre la sucesión del contratista, cuya regulación se efectúa ahora a través del 85 del TRLCSP, introducido asimismo por la LES, al encontrarse sistemáticamente inserto en el Libro I, no ofrecer matizaciones en orden a su ámbito o espectro de aplicación, estar concernido directamente su contenido con la salvaguardia del principio de solvencia, y pese a ostentar en parte el contenido que expresaba el primitivo art. 202.4 (modificación de los contratos administrativos), debemos inclinarnos por su aplicación general. Este nuevo/viejo precepto, contempla las condiciones y consecuencias en los casos de fusión de empresas en que participe la contratista, así como los de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas. Pero la obligada resolución del contrato que dispone in fine ese art. 85 TRLCSP, también para el caso de contratos privados, de no reunir el propuesto como subrogado las condiciones mínimas de solvencia o de compromiso solidario de ejecución, puede resultar problemática. En efecto, la falta de potestades administrativas del Ente contratante no administración pública para por sí mismo resolverlo, obligará a que deba hacerse consensuadamente. Pero ¿qué ocurre si no se produce el consenso? Estimo que el ente perjudicado por la

.....

28 En la misma línea, COLÁS TENA, J. (2011): *op. cit.*; DÍEZ CALZADA, R. (2011): «Comentarios al nuevo Régimen de modificación de los Contratos del Sector Público», *Contratación Administrativa Práctica*, 112, (octubre); y RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2011): *op. cit.*, p. 12. BLÁZQUEZ ROMÁN, A. (2011): *op. cit.*, entiende que ahora son claramente supuestos de modificación.

29 En la creciente inmisión del derecho comunitario en estos aspectos resulta significativo que la propuesta de nueva Directiva relativa a la Contratación Pública [Bruselas 20.12.2011 (COM 2011) 836 final], contenga dentro del Título II, un capítulo, el IV, referente a la ejecución del contrato, que disciplina entre otras cosas la posibilidad de prever compensaciones por riesgos de aumento en los precios, o el alcance de la sustitución del socio contractual.

improcedente subrogación que se le pretende imponer, habrá de demandar ante el Juzgado Civil la resolución del contrato con la pertinente indemnización. Cabría, de conformidad el art. 50 del TRLCSP, someter a Arbitraje las discrepancias. Y para llevarlo a cabo satisfactoriamente, parece aconsejable insertar en el contrato la oportuna cláusula compromisoria o convenio arbitral con arreglo al art. 9 de la ley de 60/2003 de Arbitraje.

La prórroga de los contratos también ofrece problemática sugerente. De ella se ocupan con carácter general los arts. 23, 26.1.g), 88.1; asimismo en determinados contratos administrativos aparecen referencias al respecto, así en los arts. 213, 258, 278, 303 y 310 todos del TRLCSP. Conviene destacar que el art. 23, que alude al plazo de duración de los contratos, está ubicado en las disposiciones generales sobre la contratación del sector público (Título I del Libro I), lo cual resulta de significativa importancia dado que será aplicable a todos los contratos que concierten los entes incardinados en el mismo. Es decir, no sólo regirá para los *contratos administrativos*, sino también para los de “regulación armonizada”, e, incluso, a los que ni siquiera tengan esa cualificación concertados por poderes adjudicadores no administraciones públicas u otros entes del sector público. La razón de ello hay de buscarla en que la duración de los contratos, y por ende el régimen de prórrogas, puede afectar a los principios comunitarios de contratación pública, puesto que conceder facilidades importantes para prorrogarlos puede burlar condiciones exigidas a los contratistas u ofertadas por ellos determinantes de la adjudicación del contrato. Si prorrogar representa modificar el contrato, y si al hacerlo se contravienen los principios comunitarios, habrá que resolverlo con las distintas implicaciones procesales o procedimentales que conllevará según sean o no administrativos, y sin perjuicio de ciertas especialidades en cuanto a posibles prórrogas, por ejemplo, en los contratos de gestión de servicios públicos.

Conviene no perder de vista que el número 2 del art. 23 dispone que *el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga*. Y que el art. 26 –también en el mismo título del Libro I– al establecer las menciones que con carácter mínimo deben incluir los contratos que celebren los entes del sector público, señala en la letra g): *la duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas*.

Lo anterior viene a significar, al menos desde la posición del contratista, un notable incremento de las dificultades para obtener prórroga puesto que además de excluirse, como antes, su obtención tácita, ahora sólo cabrá conce-

derla si en el pliego se han previsto las circunstancias que permitan autorizarlo, y si las causas esgrimidas se acoplan a tales circunstancias. Pero radicalizar las dificultades de prorrogar quizá sea excesivo. No hay que perder de vista, al menos para el contrato administrativo, que de conformidad con el art. 213.2 TRLCSP: [...] *si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será por lo menos igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor.*

Parecería que el ente contratante, sea cual fuere su condición, ostenta ex art. 23.2 situación de privilegio para imponer obligatoriamente la prórroga salvo que expresamente el contrato prevea lo contrario. Pero la cosa no es tan sencilla. La prórroga a que alude ese núm. 2 se refiere, al parecer, sólo a los contratos de tracto sucesivo y siempre que esté prevista, en cuyo caso su imposición queda en manos del ente contratante como facultad ex contractu en aquellos de naturaleza privada.

Contempla asimismo el apdo. 1 del art. 105 dos situaciones o supuestos respecto de la eventual modificación de los contratos públicos: que tal posibilidad esté prevista en el anuncio o en el pliego; o que no lo esté. Las consecuencias y efectos de una y otra difieren sustancialmente como veremos.

La dual previsión en el anuncio o en el pliego parece justificada porque determinados contratos no precisan de publicidad. Pero, ¿qué pasa si está prevista en el anuncio pero no en el pliego, o viceversa? Creo que si su formulación es lo suficientemente explícita para cumplir los requisitos que más adelante se exponen, será indiferente su ubicación en uno u otro, siempre, naturalmente, que su expresión obedezca claramente al designio del órgano de contratación.

b) *Inmodificabilidad o resolución*

El segundo párrafo de este núm. 1 reafirma que *en cualesquiera otros supuestos* –es decir, fuera de esas dos situaciones cuyas determinaciones se especifican en los arts. 106 y 107– *si fuese necesario que la prestación se ejecutase de forma distinta a la pactada*³⁰, *inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes.*

.....

30 No parece que la colocación de esta coma tras la palabra “pactada” sea muy congruente. Debería haberse colocado tras el adverbio “inicialmente” que prosigue a la palabra pactada. Así quedaría más claro que de pretenderse ejecutar la prestación de manera distinta a los términos *inicialmente* pactados, no estando esto previsto, debe resolverse y celebrar un nuevo contrato cumpliendo para ello con todas las prevenciones legales.

Por consiguiente, si se pretende conducir el resultado del contrato –la prestación– a algo que no encaje en ninguno de los parámetros de los arts. 106 y 107 deberá resolverse el contrato, y remodelando el objeto y condiciones de lo pretendido, contratar de nuevo. Pero observemos que la fórmula legal proscribiera la mera conveniencia o simple utilidad de una ejecución distinta a la pactada para embarcarse en la resolución del contrato y posterior celebración de otro. Parece demandar que se acredite –especialmente en los de obra– la necesidad de concebir la prestación de forma sustancialmente diferente, o de utilizar sistemas de ejecución significativamente distintos a los indicados en los pliegos, o que el resultado final sea claramente divergente de lo previsto en principio, y que además concurren razones de interés público de la densidad pertinente según su clase. Sólo en estas condiciones debe acudir a la “cirugía” de la resolución debiendo tenerse en cuenta como advierte Muñoz Machado que [...] *la regulación de fondo de los contratos persigue sobremano que estos se extingan por cumplimiento y no por resolución anticipada motivada por la imposibilidad de alcanzar el fin o por incumplimiento de alguna de las partes*³¹. De todas formas, las opciones y consecuencias de la resolución no son iguales en los administrativos que en los que no tienen este carácter. Por tanto, esa drástica solución debe atemperarse a tenor de los también principios comunitarios que propenden a la inmodificabilidad y por tanto al mantenimiento del contrato. Así pues, el debido equilibrio de los distintos principios comunitarios aconseja que la interpretación en favor del mantenimiento del contrato se realice aplicando criterios flexibles tanto en la exégesis de las condiciones modificatorias previstas en los pliegos, como en el alcance de los conceptos, muchas veces indeterminados, con que la ley ahorma las tasadas circunstancias imprevistas que habilitan para modificar a falta de cláusula expresa. Esta equilibrada combinación de exigencia y flexibilidad puede resultar extraordinariamente útil para evitar maniobras espurias que so capa de pretendida necesidad de variar la prestación, escondan únicamente el propósito de deshacerse de un contrato incommo para alguna, o para las dos partes contratantes.

Y volviendo sobre la problemática de la resolución obligatoria, parece que el precepto la hace depender de una decisión o iniciativa del Ente contratante como dominus del contrato. Por ello el Abogado General Estado³², apunta, ex art. hoy 223.g) del TRLCSP, para los contratos administrativos, como quantum indemnizatorio de la resolución el 3 % del precio de lo que resta para concluir.

.....

31 MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *op. cit.*, p. 272.

32 Circular del Abogado General del Estado núm. 1/2011 de 7 de abril sobre régimen de modificación de los Contratos del Sector Público.

Pero como a los privados de la administración y a los también privados de los entes del sector público que no son administración pública en el sentido del TRLCSP, únicamente es aplicable el 105.1 párrafo 2º, propone que sus pliegos recojan ese porcentaje del 3% establecido para los administrativos como límite indemnizatorio. Al efecto arguye que si en el ámbito de la contratación regida por el Derecho privado es excepcional la resolución del vínculo contractual por voluntad de una sola de las partes dado lo dispuesto en los artículos 1091 y 1258 del Código Civil (y demás preceptos concordantes), resulta indudable que la resolución del contrato por consecuencia de la modificación en el supuesto del art. 105.1, párrafo segundo del TRLCSP, debe llevar aparejada la pertinente indemnización al contratista, pues es éste quien de forma singular sufre el perjuicio económico que comporta la obligada resolución del contrato que sanciona dicha norma. De no preverse este límite del 3% puede ser problemático que el juez civil se atenga al mismo. Resultan de interés las acotaciones de Díaz Corral y Hayec Rodríguez sobre las variadas, posibles y negativas consecuencias que la obligada resolución puede ocasionar³³.

Finalmente, el precepto advierte de que el nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III, es decir bajo los principios, determinaciones y con elección del procedimiento que mejor cuadre dentro de los previstos en este libro. Por tanto, no da opciones para acudir a adjudicaciones directas o maniobras similares.

c) *Modificaciones y contratos complementarios*

Este art. 105 del TRLCSP avanza un paso más en ese delineamiento del marco general modificadorio al añadir en su núm. 2 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 si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b).*

Con la alusión a los contratos complementarios parece perseguirse un doble objetivo: insistir en la tradicional separación conceptual entre contratos complementarios y modificación contractual rechazando que ésta ampare un

.....

33 DÍAZ CORRAL, P. / HAYEC RODRÍGUEZ, E. (2011): «La Ley 2/2011 de Economía Sostenible y su incidencia en la Administración local», *Revista de Estudios Locales*, 141, p. 62.

contrato complementario; y, acotar el marco de aquellos. Se ha dicho que en la modificación contractual, el contrato permanece aunque alterado, mientras que los complementarios son contratos nuevos y separados del principal, aunque entre ambos existe una fuerte interrelación o dependencia. Precisamente en los contratos complementarios, por ser nuevos contratos, debe existir licitación expresa, adjudicación y formalización, obligando a ello la Directiva 2004/18 y el TRLCSP. Ahora bien, ambos permiten algo singular: acudir al procedimiento negociado sin publicidad, con matices según los diversos tipos de contratos, en razón a que esa cercanía, interdependencia o funcionalidad reclaman para su efectividad o buen fin que su ejecución pueda confiarse al mismo adjudicatario.

Pero como se apunta, este núm. 2 del art. 105 TR trata de avanzar un poco más en la delimitación las bases conceptuales de los contratos complementarios en oposición a lo que constituye la modificación contractual, de manera que todo aquello que encaje en los supuestos que cita, habrá de calificarse de actuaciones complementarias necesitadas de nueva contratación y adjudicación. De ahí resulta, cual advierte por Blázquez Román³⁴ que constituyan a su vez las líneas rojas o límites infranqueables a la posibilidad de modificación. Por tanto no será factible, ni previéndolo en los pliegos con antelación, ni, por supuesto, con apoyatura en el art. 107, cuando:

- Se pretenda adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, entendiendo por ellas las que actúan como satélites de la principal; o
- Ampliar el objeto del contrato para:
 - Cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria; o,
 - Incorporar una prestación susceptible de aprovechamiento independiente.

No obstante, una interpretación demasiado estricta de este núm. 2 puede interferir en el campo de las modificaciones convencionales reduciéndolas a simples detalles o ajustes. No creo que esto sea lo adecuado. Si nos posicionamos razonablemente a favor del mantenimiento de los contratos, es necesario flexibilizar la interpretación de los hoy numerosos obstáculos a su modificación entre los que tienen destacada significación los precedentes.

E insistiendo sobre contratos complementarios y procedimiento negociado sin publicidad, advertir de que tanto la Directiva y como el TRLCSP, establecen también otros casos en que se justifica acudir al mismo y que po-

.....

34 BLÁZQUEZ ROMÁN, J.A. (2011): *op. cit.*

drían constituir contratos complementarios por encajar en alguna de esas circunstancias (prestaciones complementarias, ampliación del objeto para finalidades nuevas, o incorporación de prestación de aprovechamiento independiente). Sin embargo, no alude expresamente a ellos este núm. 2 del art. 105 TR. Pero, repasando el art. 31 de la Directiva, bien podrían configurarse como contrato complementario en los de suministro, las entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial, que constituyan, bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, bien una ampliación de los suministros o de instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue al poder adjudicador a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. Esta prevención de la Directiva (art.31.2.b) se recoge prácticamente al pie de la letra en el art. 173. c) del TRLCSP. Como puede colegirse en estos casos, se faculta la adjudicación de estos suministros al mismo proveedor del contrato principal.

Así mismo, debe traerse a colación el art. 61 de la Directiva, adjudicación de obras complementarias al concesionario de contrato de concesión de obras públicas, a las que, curiosamente, la misma excluye de su aplicación. Por esa razón, la Directiva no establece para estos casos la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad, puesto que, si no es aplicable la Directiva habrá libertad para hacerlo en la forma que establezcan las legislaciones nacionales aunque siempre cumpliendo los principios generales sobre contratación pública. Pero, como el TRLCSP regula este contrato configurándolo como exclusivamente administrativo³⁵, parece lógico que aproveche las disposiciones del contrato de obra, en los particulares que afectan a la contratación de complementarias, para regular la adjudicación por procedimiento negociado sin publicidad de las también complementarias en el de Concesión de Obra pública.

El precepto alude a los arts. 171 b) y el 174 b) del TRLCSP –aplicables a los administrativos pero también a los de Regulación armonizada de los poderes adjudicadores³⁶ que admiten la adjudicación de determinadas obras o

.....

35 Según la Instrucción del Abogado General del Estado de 5 de febrero de 2008, el contrato de concesión de obra pública en armonía con los arts. 223 a 249 de la LCSP –240 a 274 TR– sólo puede concertarse por los entes que tengan la condición de Administración Pública. Sin embargo, el informe 6/2010 de 7 de julio de la Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía señala que el mismo [...] puede celebrarse por cualquiera de las entidades que integran el sector público...”.

36 La aplicación de los arts. 155 b) y 158 b) –*hoy 171 b) y 174 b) del TRLCSP*– a los contratos de regulación armonizada de los poderes adjudicadores no administraciones públicas, no parece ahora ofrecer dudas. En primer lugar, porque su redacción dimana y viene a

servicios calificados de “complementarios” mediante procedimiento negociado, insistimos, sin publicidad, al contratista principal. Esto podría tildarse de omisión de los principios de igualdad y transparencia, pero sería excesivo dado el límite del 50% del precio primitivo. En cualquier caso la LES dio un cuarto de vuelta a esos dos preceptos matizando la primitiva redacción que hablaba de la presencia de una “circunstancia imprevista” –por cierto, la expresión que utiliza la Directiva–, por la más exigente que luce en el TRLCSP, de una *circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente*, lo que nos lleva al campo minado de los conceptos indeterminados. En efecto, ¿en qué nivel ha de situarse la diligencia para excusar la imprevisión? Quizá la respuesta pueda venir extrapolando la figura que en materia de responsabilidad profesional se conoce como la aplicación de la *lex artis ad hoc*. Es decir, el poder adjudicador habrá sido diligente si aplicó la técnica adecuada según el estado actual de la ciencia concerniente a la misma.

Por lo demás, se mantiene el resto de las exigencias que ya figuraban en el primitivo texto de estos dos preceptos (hoy 171 b y 174 b TR) para contratar actuaciones complementarias por procedimiento negociado sin publicidad: que sean necesarias para ejecutar la obra o el servicio tal y como estaba descrito en el proyecto o en el contrato *sin modificarla/o*. Pero, ¿qué quiere decirse con esto último? Entendemos que no es sino una precisión de carácter jurídico para evidenciar lo que ya hemos dicho y sostiene la doctrina: que la

.....

coincidir en ambos casos con el art. 31 núm. 4 de la Directiva cuya aplicación a los poderes adjudicadores en contratos de regulación armonizada es su principal razón de ser. Y, asimismo, porque aunque los mismos se encuentren incluidos dentro del capítulo 1º del Título I del Libro 3º que se refiere a la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, no puede obviarse que el art. 174.1 del propio TRLCSP, inserto en el capítulo 2º del Título I del Libro 3º, que se refiere a la adjudicación de otros contratos del Sector Público, remite, salvo las excepciones que dispone en la letra a) de su número 1º entre las que esos artículos no figuran, a las normas de adjudicación concernientes a las Administraciones Públicas. En todo caso, se aprecian otros elementos que refuerzan la tesis anterior. Y así, la LES modificó parcialmente las letras b) de ambos artículos, 155 y 158, sustituyendo la palabra *imprevista* –concerniente a la circunstancia que permite acudir al procedimiento negociado para la contratación de obras complementarias–, por la locución, también referida a esa circunstancia, de *que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente*. La alusión, no a la Administración, sino a un poder adjudicador, prueba una vez más su aplicación a los mencionados contratos de regulación armonizada. Pero hay más, no se detuvo ahí la modificación operada por la Ley de Economía Sostenible, sino que sustituyó la referencia específica a la “Administración” por la genérica de “al órgano de contratación”, quien ante los grandes inconvenientes que le pueda suponer no incluir esas obras o servicios complementarios, queda facultado para contratarlos con el mismo adjudicatario por el procedimiento negociado sin publicidad.

obra o el servicio complementario NO modifica el contrato principal, y requiere su ejecución, certificación y liquidación separadas. Ahora bien, eso quizá solo será sobre el papel, porque en la práctica dentro del resultado final del conjunto de las obras o los servicios prestados acaso sea extraordinariamente difícil distinguir hasta donde llega la prestación original y donde está la complementaria. También permanece incólume la exigencia de que esas obras o servicios complementarios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al *órgano de contratación*, dice ahora tras la LES Este cambio terminológico anuncia que tal prevención es aplicable no solo a la Administración, sino también a los demás poderes adjudicadores en contratos de regulación armonizada. No obstante si se trata de contratos no armonizados de simples poderes adjudicadores o de cualquiera otro de los demás entes del sector público, la aplicación de esas prevenciones ante obras y servicios complementarios deberán adaptarse y reconducirse en las “Instrucciones de Contratación” con que esos entes deben dotarse con arreglo al art. 191.2 y 192.3 TRLCSP.

d) *Ampliación y finalidades nuevas*

En la prohibición de modificar para *ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria*, la acumulación de conceptos indeterminados es casi insoportable. ¿Qué debe entenderse, en buena hermenéutica, por *ampliar el objeto del contrato*? Por un lado, y a sensu contrario, parecería que una reducción o limitación del objeto del contrato estaría permitida aunque ello condujera a satisfacer finalidades nuevas no previstas inicialmente. Por otra parte, creo que no se ampliará el objeto del contrato con simples variaciones de detalle o poca monta, o de aspectos parciales del mismo. Quizá para desenmarañar los problemas que plantea haya que atenerse a las definiciones o conceptualizaciones que para los distintos tipos de contratos establece el TRLCSP en los arts. 5 y siguientes.

Y así, para el de Obras, acudiendo al art. 6, parece que la presencia de una ampliación se evidenciará: a) Si las actuaciones en que consista no coinciden con ninguna de las “descripciones” de las obras que el proyecto contemple con arreglo al Anexo I de la LCSP. b) Pero además, esa ampliación deberá estar calificada por un elemento suplementario: que con ella se pretendan cumplir finalidades nuevas, es decir que escapen claramente de las perseguidas con carácter fundamental por el conjunto de documentos y actuaciones obrantes en el proceso de preparación y adjudicación del contrato. Puede sostenerse que sólo la ejecución de obra ampliatoria en que concurran acumulativamente las dos circunstancias anteriores, permite configurarla como modificación proscrita. Pero bien podría ser adjudicada por

procedimiento negociado sin publicidad al adjudicatario principal, como contrato complementario, siempre y cuando, además, concurra:

- Que la obra ampliatoria no pueda separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación; o,
- Que aunque resulte separable, sea estrictamente necesaria para su perfeccionamiento, y
- No superarse en conjunto el 50 % del precio primitivo que es el de adjudicación³⁷

Como se comprenderá, es muy difícil establecer a priori cuando las *obras complementarias* pueden o no separarse de la inicialmente contratada, y los casos en los que separarlas puedan causar grave inconveniente al órgano de contratación, o cuándo resultan estrictamente necesarias para su perfeccionamiento [de la obra, entendemos]. En cualquier caso, a pesar de la aparente rigidez de la norma, creo que el precepto abre la vía a una variadísima casuística donde el intérprete dispone de bastantes opciones para argumentar la pertinencia de la obra complementaria.

En el contrato de servicios de regulación armonizada, sea o no administrativo, acudiremos al art. 10 entendiendo que hay ampliación si se pretenden adicionar prestaciones correspondientes a una categoría de las previstas en el anexo II de la LCSP diferente a la en que se incardina el contrato, y que además, como en el de obras, se pretenda alcanzar finalidades nuevas. Siguiendo la estela del contrato de obras, el art. 174 b) del TRLCSP reclamando para la viabilidad de ese *servicio complementario* que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente, exige que los servicios pasen a ser necesarios para ejecutar el servicio tal y como estaba descrito en el proyecto o en el contrato sin modificarlo. Y añade que su ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para este o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que los servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación; o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento; y que el importe acumulado de los servicios complementarios no supere el 50 % del precio primitivo del contrato. Valga pues lo dicho para el contrato de obras con las debidas adecuaciones.

.....

37 Ver informe de la JCCA, 43/2008 de 28 de julio de 2008; también el 8/2008 de 27 de noviembre de 2009 de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa. de Andalucía, y el 8/2008 de 30 de enero 2008 de la Junta Consultiva de CA de Galicia.

Para el contrato de concesión de obra pública parecidas reflexiones podrían hacerse en lo que a la construcción de la obra corresponde. Pero en lo que afecta a la explotación [y al mantenimiento y reforma o adecuación para adaptarla a la correcta prestación de los fines de la concesión] ya es otra cuestión como veremos al analizar el régimen de las modificaciones específicas de este contrato de carácter administrativo [arts. 242.2; 243; 249.1.b; 249.2; 250.1; 258.2.a) y 263 TRLCSP].

Para los contratos administrativos de Concesión de servicios Público (art. 282.1 y 4), el de suministro (art. 296), y, el de servicios (arts. 306; 308), en lo no ya dicho, también se efectuarán luego las correspondientes precisiones.

B. *Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación*

a) Este título ostenta el hoy art. 106 del TR que permite modificar los contratos del sector público [...] *siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad*. Reiterar, como no podía ser de otra manera, que el precepto alude a los *Contratos del Sector Público*, refiriendo la posibilidad de modificación convencional a todos ellos como reconoce hasta el momento la doctrina e insiste la Abogacía del Estado³⁸. Advertir, por otra parte, de la utilización del verbo *poder* que denota opción, no siendo obligatorio establecer la posibilidad de modificar, aunque parece emanar el secreto consejo de hacerlo en previsión de situaciones difíciles a la hora de ejecutar el contrato; recalcar la insistencia legal en que se haya advertido “expresamente” la modificabilidad, lo que abona la proscripción de su formulación dudosa³⁹.

Pero además, reproduciendo los mismos términos que empleó la Comisión Europea en su carta de emplazamiento, reitera su párrafo primero que habrán de *detallarse de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma*. Y por si fuera poco, añade que deberá lucir con esa claridad, precisión y ausencia de equívocos el *alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse*. Pero puede entenderse que esas exigencias de concreción y claridad no constriñen a priori la intensidad de las modificaciones convencionales⁴⁰ siempre que se definan con ese alto nivel de precisión, claridad y detalle consignando sus limitaciones. Por tanto, los únicos y verdaderos condicionamientos de las modificaciones previstas ex

.....

38 Circular del Abogado General del Estado, 1/2011 de 7 de abril sobre régimen de modificación de los Contratos del Sector Público.

39 RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2011): *op. cit.*, p. 13.

40 RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2011): *op. cit.*, p. 14.

ante, vendrán dados para todos los contratos públicos por esas prevenciones generales del 105 TR a las que antes aludíamos (prestaciones complementarias, ampliación de su objeto para finalidades nuevas, o prestaciones susceptibles de aprovechamiento independiente). Sin embargo, una flexible interpretación de estas “líneas rojas” que propugnamos, permitirá un razonable margen de modificabilidad si se tiene la perspicacia de ahorrarlo debidamente en los pliegos, lo cual exige un profundo cambio de mentalidad, así como algo de audacia. Sin embargo, por el momento, no lo hemos visto con la profusión esperable en los nuevos pliegos de distintas licitaciones convocadas tras la entrada en vigor de la LES

Pero asimismo ese párrafo 1º añade algo más: *la expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar*. Respecto de la afectación del precio de la adjudicación como consecuencia de las modificaciones, advertimos con Martínez Fernández⁴¹ que no se contempla para el caso de modificaciones previstas en los pliegos un porcentaje máximo irrebalsable del precio de adjudicación. Esto propiciaría que cualquier porcentaje sería admisible pues al ser conocido “ex ante” y estar reflejado en el valor máximo del contrato, ni se limitarían derechos del contratista ni expectativas de otros licitadores. Pero todo tiene un límite. Es impensable que una previsión desmedida⁴² sobre el precio final de contrato no altere o contravenga esas líneas rojas que como principios generales dimanaban del número 2 de art. 105 del TR LCSP, aun en la flexible interpretación propugnada.

Este proteico primer párrafo del artículo concluye con una alusión a la necesidad de articular el procedimiento con arreglo al cual poder llevar a cabo las modificaciones previstas. Dado que el nuevo art. 108 TR se ocupa del procedimiento, a su glosa nos remitimos.

Para los contratos administrativos hay un condicionante más: que la opción modificatoria prevista en el pliego/anuncio sólo puede activarse ante la presencia de razones de “interés público” que exige el art. 210 TR y habrá que acreditar. Pero entiendo puede anticiparse en los pliegos cuándo concurrirán específicas razones de interés público, e, incluso, que la propia determinación de los supuestos, condiciones y alcance de las futuras modificaciones impli-

.....

41 MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J (2011): «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*, 110 (julio).

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

quen de por sí la justificación anticipada de concurrir esas razones, dado que en el expediente deberá justificarse por qué es conveniente para ese interés público articular opciones de futura o futuras modificaciones contractuales.

En todo caso parece que en materia de “modificaciones previstas ex ante”, hay una notable corrección al principio de potestad administrativa de modificación pues queda reducida a impulsar su activación cuando se produzcan esas circunstancias predeterminadas que, en todo caso, habrán de discurrir dentro de los márgenes preestablecidos⁴³.

Pero ¿también habrán de concurrir el mismo tipo de razones de “interés público” para insertar posibilidades de modificación o activarlas en los contratos que concierten los poderes adjudicadores que no sean administraciones públicas, sean o no de regulación armonizada?, o, ¿quedará en estos supuestos sujeto a la autonomía de la voluntad de las partes la posibilidad de activarlas o no? Al respecto, puede resultar significativo que no haya menciones expresas al “Interés Público” en los nuevos arts. 105 a 108 TR aunque la doctrina lo presupone en armonía con la jurisprudencia europea⁴⁴. Por consiguiente en los contratos privados habrá que estar en cuanto al ejercicio de las posibilidades contractuales de modificación a lo que explícitamente se haya pactado, obviamente dentro de esos límites no traspasables tan repetidamente aludidos. De esta manera el ente adjudicador con la sola alegación de razones de interés público, no podrá imponer a la contraparte modificaciones que aunque incardinables en el contexto del pacto, su iniciativa no se hubiera claramente asignado en el mismo al ente adjudicador. Por lo demás, parece habrá que aplicar también la doctrina y jurisprudencia civilística en cuanto a los límites de la autonomía de la voluntad

b) Por si fueran pocas las prevenciones del primer párrafo del art. 106, su segundo párrafo añade casi en tromba: *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*. Podría entenderse que es en alguna medida una reiteración de lo ya dicho en el primero y por tanto, quizá innecesario en alguno de sus postulados. Y así cabría pensar que las alusiones a la definición

.....

43 MELLADO RUIZ, L. (2011): *op. cit.*

44 GIMENO FELIÚ, J.M^a. (2011): «El régimen de modificación de los contratos públicos regulación actual y perspectivas de cambio», REDA, 149-201, p. 53.

de los “supuestos” con “total concreción por referencia a circunstancias que cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva”, es ya un valor entendido dentro de las exigencias de establecerlo de forma “clara precisa e inequívoca” y precisando sus “límites y alcance”.

Ofrece mayor interés el final de este párrafo segundo en cuanto condensa la Jurisprudencia Comunitaria de la necesidad de expresar los supuestos/condiciones de la futura modificación con el suficiente detalle como para *permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta*. Y también lo tienen sus últimas palabras por las que debe estar claro en el pliego y/o anuncio en qué medida las futuras modificaciones condicionan la aptitud de los licitadores. Es decir, habrá de advertirse perfectamente que como consecuencia de esas eventuales modificaciones las condiciones de capacidad y solvencia alcanzan determinado nivel (por ejemplo, de clasificación en el contrato administrativo de obras), de manera que los concurrentes a la licitación deberán ostentarlas de antemano. También habrá de recoger el pliego/anuncio en qué manera –si es que ocurre, ya que no es obligado– las respuestas de los licitadores en las ofertas a esas eventuales modificaciones habrán de ser valoradas al efectuar la adjudicación.

C. El artículo 107 TRLCSP. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación

a) Enumeración de las circunstancias tasadas que posibilitan modificar

El número o apdo. 1 de este artículo se inicia con la rotunda advertencia de que si no se ha previsto en los pliegos/anuncio la posibilidad de modificar el contrato en el futuro, sólo podrá llevarse a cabo de concurrir alguna de las *circunstancias* concretas que a continuación señala⁴⁵. Entiendo que el precepto es de general aplicación en todo caso. Es decir, que ante un contrato regido por un pliego/anuncio que prevea un determinado régimen de modificación, cabrá también hacerlo si concurren las tasadas circunstancias modificatorias de este artículo pero no las convencionales. Parece pues que esas circunstancias que permitirán modificar el contrato en ausencia de previsiones, son en principio tasadas. Ahora bien, quizá no sean tan cerradas⁴⁶ como primera vista pudiera parecer. Examinémoslas:

.....

45 Cabe advertir una extraordinaria sintonía entre este artículo 92.4 y determinadas disposiciones del italiano «Codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture in attuazione delle Directive 2004/17 y 22004/18», aprobado por Decreto Legislativo de 12 de abril de 2006. Especialmente, su art. 132, referido a las variantes en el curso de ejecución de obras.

46 MELLADO RUIZ, L. (2010): *op. cit.*

- *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.*

La primera exigencia será la constatación y prueba de que la prestación tal y como ha sido contratada es *inadecuada* para satisfacer las necesidades que pretendían cubrirse mediante el contrato. Y la segunda, que tal inadecuación es producto de errores u omisiones padecidos *en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas*. Pero el término “inadecuación” admite matices e incluso tiene amplio espectro como puede colegirse consultando el Diccionario de la Real Academia. Según este, algo es adecuado si resulta apropiado o acomodado a sus condiciones, circunstancias u objeto, por lo que existirá inadecuación cuando ello no se produzca. Así pues el empleo de este vocablo, sin matices, entiendo que no se ha hecho a “humo de pajas”, sino tratando de propiciar razonablemente al alza las posibilidades de corrección o reconsideración de aquello que, en definitiva, resulte inapropiado como consecuencia de esos errores u omisiones para el buen fin de la prestación. Algún autor opina que el error o la omisión *necesariamente han de revestir un carácter sustancial pues de no ser así la modificación no sería necesaria [...] no por ello su corrección mediante la modificación del contrato ha de implicar necesariamente una alteración sustancial de la función y características esenciales de la prestación contratada*⁴⁷. El lector avisado advertirá que no es lo mismo el error que la omisión, y que el texto legal no gradúa cual deba ser su alcance, o si estos podrán ser tanto los excusables como los inexcusables. Por decirlo de otro modo, no es irrazonable que en determinado tipo de contratos –por ejemplo, en el de obra y más si lo es de restauración o rehabilitación– se constate a posteriori la presencia de errores y omisiones de proyección. Es más, ante tan frecuente moneda es más lógico acudir a la subsanación que a la ruptura. Por tanto, el camino de la modificación en estas situaciones no debe de ser innecesariamente dificultado, siempre y cuando no se alteren las *condiciones esenciales* de la licitación y adjudicación en los términos que establecen los números 2 y 3 de este artículo.

- *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.*

.....

47 DÍEZ CALZADA, J.R, (2011): *op. cit.*

Frente al error o la omisión⁴⁸, incompatibles con la idea de previsión, exige la ley en esta segunda causa que la inadecuación del proyecto o las especificaciones venga acompañada por la nota de la imprevisibilidad de las circunstancias que lo provocan, calificada, además, por la exigencia de haberse aplicado toda la diligencia requerida por la buena práctica profesional en detectar y prevenir su surgimiento.

Se constata de nuevo la utilización del término *inadecuación* que pudiera reforzar la tesis de inclinarse el legislador por una interpretación posibilista de las causas que permiten esta modificación no convencional, aunque las califique seguidamente de objetivas. Adviértase por otra parte que el sintagma *falta de idoneidad* que maneja el precepto es también claramente polisémico. El mismo añade a título enunciativo como demuestra la expresión “o similares”, las circunstancias sobrevenidas que pueden ahorrar y justificar la modificación. Y cita expresamente las de tipo geológico, hídrico, arqueológico y medioambiental que normalmente concurren en el contrato de obra o en el de concesión de obra pública, pero menos frecuentemente en los otros tipos contractuales. Está claro que la aparición de circunstancias inesperadas de ese carácter son las que tradicionalmente se han esgrimido para la modificación contractual, por lo que nada nuevo bajo el sol, si no es la prevención y exigencia de haberse observado la diligencia profesional debida, lo cual tampoco será de difícil argumentación y prueba en muchos casos.

Sobre esta circunstancia y la anterior, caracterizadas por convertir en “inadecuada” la prestación tal como originalmente fue contratada, el Consejo de Estado en su dictamen 215/2009 manifestaba: *Estas dos causas hacen referencia a situaciones en las que la modificación se justifica por las deficiencias del proyecto o de las 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 cam-*

.....

48 MATILLA VAZQUEZ, FJ. (2010): «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos en el proyecto de ley de economía sostenible», *Revista Aragonesa de administración pública*, 37 (diciembre), pp. 317-351. Estima que las dos primeras circunstancias se basan en la existencia de errores en el proyecto. Se pregunta si todo error puede justificar un modificado, sugiriendo para pronunciarse acudir al principio de proporcionalidad.

bio, 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 –a la hora de apreciar la concurrencia de causas imprevistas como requisito de ejercicio del *ius variandi*– el hecho de que la elaboración del 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 al caso de que el contratista no sea autor del proyecto y el segundo al supuesto contrario. Sin embargo, no recogió el texto definitivo de la Ley esas distinciones que apunta el Consejo de Estado, sobre todo el acento diferenciador para el supuesto de la letra b) de que el contratista haya intervenido o no en el proyecto o especificaciones técnicas, por lo que constreñir su interpretación a esos criterios puede resultar inconveniente y excesivamente rígido.

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

La primera impresión ante la cita de *la fuerza mayor* es que para configurar su concepto y supuestos deba acudir al art. 231 del TRLCSP. Estimo que no es así. Y ello porque en este caso la figura de la “fuerza mayor” se asocia al “caso fortuito” que no aparece citado en ningún otro precepto del TRLCSP. Fuerza mayor y caso fortuito son dos expresiones clásicas del derecho civil que el Código Civil no define pero que dimanarían ambos de su art. 1105. No es fácil distinguirlos y quizá no haya que hacerlo, como sugiere este artículo ahora del TRLCSP en que van asociados, salvo que la norma admita como causa de exoneración la presencia de uno pero no de la otra y viceversa. Por consiguiente, razón tiene la Abogacía del Estado cuando sostiene en su Circular 1/2011 de 7 de abril de 2011 (citada) que [...] *hay que entender que el concepto de fuerza mayor a que se refiere el precepto transcrito no es el que establece descriptivamente el art. 214 de la LCSP –hoy 231 TR–, ya que este precepto se refiere en concreto al contratos de obras (y a la fase de ejecución de las obras en el contrato de concesión de obra pública) siendo así que la regla del art. 92 quater, apdo 1 c) de la LCSP –107 TR– es aplicable a todos los contratos que regula este texto legal. Es por ello por lo que el concepto de fuerza mayor que ha de tenerse en cuenta a los efectos del precepto legal últimamente citado no es el art. 214, sino el que resulta del art. 1105 del Código Civil.*

Como consecuencia de lo anterior habrá que acudir a la Jurisprudencia y Doctrina civilística para ahorrar el concepto y supuestos de fuerza mayor/caso fortuito. Por resumir, cabe apuntar que fuerza mayor se asocia a lo inevitable, y caso fortuito a lo imprevisible. Obviamente, inevitabilidad e imprevisibilidad permiten una casuística bastante mayor que la interpretación restrictiva establecida por la doctrina y jurisprudencia del concepto fuerza mayor, ahora recogido en el 231 TRLCSP para exonerar al contratista de los daños y perjuicios producidos en la obra ante determinados acontecimientos.

En cualquier caso constatar que la concurrencia de esa circunstancia externa que imprevisible o inevitablemente se cierne sobre la ejecución del contrato no es necesario que lo haga imposible lo que daría lugar a su resolución, sino que lo imposibilite en alguno de los términos en que estaba concebido. Ello nos lleva quizá de nuevo al mismo supuesto anterior pero notablemente ampliado, aunque eso sí, siempre que no se extralimiten las líneas rojas que marcan los números 2 y 3 de este artículo.

- *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.*

Es esta una cláusula legal de progreso cuya utilización no exige *necesidad*, sino sólo *conveniencia*, si bien los avances (quizá determinables con arreglo a la legislación de patentes)⁴⁹ que se introduzcan deben mejorar notablemente la prestación. Entendemos que esa conveniencia debe serlo para ambas partes en los contratos de los poderes adjudicadores que no sean administración pública, y por tanto la inclusión en ellos de esos nuevos avances solo es posible mediante pacto; sin embargo en los administrativos podrán imponerse por la Administración aunque observando los demás condicionantes que este art. 107 establece. Debe ponerse énfasis en que en algunos contratos –pensemos suministro de equipos informáticos– la presencia de novedades técnicas se produce de forma vertiginosa de suerte que soluciones previstas en los pliegos quedan a veces obsoletas en el momento de ejecutar la prestación. Por ello resultará mucho más práctico establecer formulas de modificación paccionadas con arreglo a las determinaciones del art. 106 TRLCSP.

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

.....

49 DÍEZ CALZADA, J.R. (2011): *op. cit.*

Para los contratos administrativos, se trata de una manifestación del denominado *factum principis* mucho más matizada, al menos en apariencia, a como lo hacen otras legislaciones europeas. Véase como ejemplo lo señalado en el art. 132.1.a)⁵⁰ del italiano Codice d'appalti (citado).

En nuestro caso parecería que sólo es pertinente esta circunstancia cuando se trate de *ajustar* la prestación, lo cual implica reducir el campo de posibilidades; y que, además, ello obedezca a que las nuevas especificaciones técnicas provengan del campo de la ingeniería o la arquitectura, habida cuenta que las focaliza en el ámbito medioambiental, urbanístico, de seguridad o de la accesibilidad.

Sin embargo debe superarse una interpretación restrictiva de ese jaez. De no hacerlo quedaría comprometida su aplicación en contratos que no fueran de obras o concesión de obras públicas. Por ello cumple una interpretación amplia de forma que se acerque al más operativo de la ley italiana que hemos transcrito, máxime habida cuenta de los poderosos condicionantes que para todos los supuestos añaden los números 2 y 3 de este art. 107 TRLCSP.

Pero en los contratos que no sean administrativos la posibilidad de imponer por el ente contratante las modificaciones pertinentes, de acaecer las dos últimas circunstancias, resulta más que problemática si no es de manera consensuada. Otra cosa es que en vía judicial, por supuesto civil, puedan conseguirse mediante una interpretación progresiva en favor del cumplimiento del contrato con arreglo al art. 1258 del CC, lo cual conllevará el correspondiente ajuste de la contraprestación económica.

b) *La inalterabilidad de las condiciones esenciales como presupuesto de las modificaciones imprevistas y su intento de concreción legal*

El núm. 2 de este art. 107 prohíbe para las modificaciones no previstas en el pliego alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación. Erige, por tanto, como principio sustancial –por cierto coincidente con la jurisprudencia comunitaria y con la europea carta de emplazamiento comentada– que no se “alteren las *condiciones esenciales* de la licitación y adjudicación”. Pero, ¿cuáles son estas⁵¹? Parece ser que pese a la difícil concreción apriorística del concepto jurídico indeterminado “condiciones esenciales” que ya puso de manifiesto la JCCAIE en informes 43/08 de 28 de Julio de 2008 y 5/10 de 23 de ju-

.....

50 “Le 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...*”

51 Vid. MELLADO RUIZ, L. (2010): *op. cit.*; y MATILLA VAZQUEZ, F. (2010): *op. cit.*

lio de 2010, el nuevo texto legal intenta acotarlo. Y como quiera que esta ley no da puntada sin hilo, habrá que indagar por qué intenta empresa tan complicada. ¿Acaso está tratando de evitar interpretaciones excesivamente restrictivas privilegiando el criterio por el cual sólo se incurrirá en modificación de las condiciones esenciales cuando nos encontremos exactamente en los casos descritos en este núm. 3? No hemos encontrado en el debate parlamentario de la LES referencias al respecto, aunque hemos visto alusiones a las “condiciones esenciales de los contratos [públicos]” en alguna enmienda del grupo catalán de CiU tendente a propiciar la aplicación del principio de restablecimiento del equilibrio económico en el caso modificaciones de las condiciones esenciales del contrato público. Pudiera ello dar a entender, mutatis mutandis, cierta apertura a la “modificabilidad de las mismas”, y, por ende, la presencia de un sentimiento compartido de posibilismo. Por consiguiente, sugerimos una interpretación integradora y flexible que permita ahorrar modificaciones, sobre todo en los contratos administrativos, que en muchos casos vienen demandadas por la dinámica del contrato y el evidente interés público de su realización en las mejores condiciones posibles para los ciudadanos que en definitiva son los que los pagan y disfrutan.

De todas maneras, no acaban con lo anterior las prevenciones sobre las modificaciones contractuales no previstas en el pliego. Se añade algo más: que la modificación se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para solventar los problemas que se ciernen sobre el contrato por la presencia de esas circunstancias sobrevenidas. Rige pues el principio de modificación mínima.

Pero volviendo a la acotación del sintagma “condiciones esenciales”, algún comentario merecen los supuestos de concreción conceptual que efectúa el núm. 3 de este artículo:

- *Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.*

Parece que esa sustancial variación –que excluye las de detalle o los simples ajustes– debe afectar conjuntamente a dos aspectos de la prestación contratada: a la función, pero también a sus “características esenciales”. Por función puede entenderse adecuación de la prestación a los fines para los que fue concebida y contratada, por ello estaremos en el caso sólo cuando se pretenda algo sustancialmente distinto al diseño primigenio.

Pero incluso cuando la modificación vaya apartarse notablemente del diseño primigenio, si en definitiva las características, entendidas como los aspectos materiales o físicos de la prestación, no cambian de manera esencial, podrá –siempre que no concurra ningún otro de los impedimentos que desgana este núm. 3 en las letras siguientes– modificarse el contrato.

- *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.*

No es fácil saber qué quiere impedirse con esta prevención. Una respuesta podría encontrarse en la interpretación del verbo *alterar*. La RAE ofrece los siguientes significados: cambiar la esencia o forma de una cosa; como sinónimo de perturbar, trastornar e inquietar; y, estropear, dañar, descomponer. Podría intentarse un sincretismo de los tres significados habida cuenta de que la ley está pretendiendo acotar el significado de lo que son las condiciones esenciales de la adjudicación o licitación. Por consiguiente, para que juegue este impedimento la ecuación prestación/precio habría de quedar profundamente trastocada en su esencia con la introducción de la modificación pretendida. Parece en principio difícil poder dañar esencialmente esta ecuación dado el límite adicional de no rebasar el máximo del 10 % del precio de adjudicación que, en todo caso, establece la letra d) de este núm. 3. No obstante podría ser posible.

Otra respuesta, quizá menos alambicada, sería que la modificación no incrementa significativamente el beneficio del contratista sobre el racionalmente previsible del contrato. O como señala Juan Villar⁵², 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.

- *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.*

En cuanto a la habilitación profesional puede estarse a lo que dice el art. 54.2 del TRLCSP en la interpretación que efectúa la JCCAIE en su informe 1/09 de 25 de septiembre de 2009, al decir que la habilitación empresarial o profesional hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión [actividad empresarial] de que se trate.

Y sobre solvencia resulta razonable lo señalado en la Circular del Abogado General del Estado 1/2011 de 7 de abril de 2011: *Parece indudable que, aunque este precepto aluda a la solvencia, debe entenderse que a ella se equipara la clasificación. Partiendo de esta premisa, cabe distinguir tres supuestos que, siguiendo una graduación de mayor a menor intensidad son los siguientes: 1) Que por consecuencia de la modificación se exija el requisito de la clasificación, siendo así que esta no era requerida para el contrato inicial [...]. 2) Que como conse-*

.....

52 www.contratodeobras.com, tema 18.

cuencia de la modificación se exija clasificación en un grupo o subgrupo distinto del requerido inicialmente. 3) Que manteniéndose el grupo o subgrupo de clasificación requeridos, por consecuencia de la modificación del contrato se exija la clasificación en una categoría distinta. Puesto que el art. 92 quater, apartado 3 c) de la LCSP hoy 107 TR— alude a “condiciones de solvencia sustancialmente distintas”, cabe razonablemente entender que los supuestos consignados en los apartados 1) y 2) la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido tienen la suficiente importancia o entidad como para concluir que se aprecia una alteración sustancial. Mayores dificultades suscita el supuesto consignado en el apartado 3); no obstante ello, y como criterio orientador, puede entenderse que la exigencia, por consecuencia de la modificación del contrato, de una categoría inmediatamente superior a la inicialmente requerida no constituye modificación sustancial, en tanto que la exigencia, por consecuencia de la modificación de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida entraña ya una modificación contractual.

- 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.

Parece claro que en materia de modificaciones no previstas existe con carácter general y excluyente un límite que no puede ser traspasado: es el del 10%, en más o en menos, del precio de adjudicación [obviamente IVA excluido]. Ciertamente este límite se sobrepone a los demás restringiendo notabilísimamente la posibilidad de modificar, máxime habida cuenta que el mismo queda cubierto por la suma de las eventuales modificaciones sucesivas. Así pues, parece que ante la imposibilidad de traspasarlo, si se constata que ya no sirve lo contratado al fin propuesto deberá resolverse el contrato. Ahora bien, ¿puede el Ente contratante por sí y ante sí decidir que ya no sirve el contrato de no modificarse, y que, por tanto, debe resolverse? Tratándose de contratos administrativos podrá decidirlo per se, —o imponer la modificación por las causas anteriores si no se rebasa ese 10%— sin perjuicio de su revisión jurisdiccional y de indemnizar eventuales daños y perjuicios con arreglo al art. 223 g) en relación con el 228.5 TR en caso de resolución. Pero en los privados la cosa cambia. Es hartamente dudoso que una parte pueda imponer sin más a la otra la modificación contractual, y menos, su resolución. A falta de acuerdo sólo cabrá que los Tribunales lo impongan.

- 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.

Esta letra condensa lo fundamental de la Jurisprudencia Comunitaria que recogen carta de emplazamiento y dictamen motivado. Pero esta prevención habrá de contemplarse de manera distinta en los contratos administrativos y en los que no lo son. En los primeros, en virtud de la facultad de la administración de interpretarlos y modificarlos por razones de interés público (art. 210 TR), 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 no administrativos el Poder Adjudicador no ostentará estas facultades de decisión unilateral, pero en la práctica la situación quizá resultará parecida pues cabe pensar que las impugnaciones a las modificaciones sólo vendrán por parte de terceros desechados, o, quizá, de aprovechados oportunistas.

D. *El art. 108. Procedimiento*

Dispone:

1. *En el caso previsto en el artículo 106 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos.*
2. *Antes de proceder 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.*
3. *Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 211 para el caso de modificaciones que afecten a contratos administrativos.*

a) *Notas generales*

El carácter de prevenciones generales sobre modificación contractual del Título V del Libro I del TRLCSP, explica la parquedad de normas de articulación de los mecanismos para activarlas. En efecto, regulan los dos primeros números de este artículo el *minimum minimorum* procedimental para la modificación de todos los contratos del sector público. Por su parte, el número tres establece las exigencias procedimentales generales de la modificación de los contratos administrativos al enmarcarse el art. 211 TR que cita dentro del capítulo II del Título I (Normas Generales) del Libro IV sobre efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Por tanto, esa llama-

da a las especificidades normativas de los administrativos debe hacerse extensiva a todas las particularidades y exigencias que sobre la materia regula ese Libro IV para cada uno de los distintos tipos contractuales genuinamente administrativos.

También con carácter introductorio cabe traer a colación las siguientes consideraciones de la Circular del Abogado General del Estado 1/2011 de 7 de abril de 2011, citada: *Ante la regla del artículo 92 ter de la LCSP (106 TR) y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 92 quinquies (108 TR) del propio texto legal, han de distinguirse tres supuestos: 1) Modificación de un contrato administrativo. En este primer supuesto y dada la regla establecida en el art. 92 quinquies, apartado 3, [...] ha de entenderse que el procedimiento que debe seguirse es el establecido en el art. 195 de la LCSP (211 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 en la LCSP ninguna regla que fije el procedimiento que deba seguirse. Así las cosas, y dado que no resulta aplicable el procedimiento del art. 195 de dicho texto legal, 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 (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 tercer 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 2, cabe razonablemente entender que el procedimiento que debe seguirse es el indicado en dicho apartado.*

E insistiendo en algunos aspectos de esas prevenciones y notas generales, constatar que en todos los contratos cuando los proyectos o especificaciones técnicas se hubieran redactado por tercero ajeno al órgano de contratación, en virtud de contrato de servicios, debe dársele audiencia para alegaciones por plazo no inferior a tres días naturales. Pero, ¿debe entenderse por tercero ajeno todo aquel que no tenga una dependencia laboral, funcionarial o societaria directa e indiscutible con el ente del sector público contratante? Creo que no. Puede ocurrir que esa confección ajena no se haya efectuado en virtud de contrato de servicios cual sucedería, por ejemplo, con un proyecto de carretera redactado por los servicios técnicos propios de la Diputación Provincial y ofrecido a una Sociedad Estatal –poder adjudicador– como Aguas de la Cuenca del Ebro SA para su contratación. Por tanto, si no hay contrato de servicios

huelga la audiencia que viene exigida en función de las eventuales responsabilidades del redactor por errores, defectos u omisiones dimanantes de culpa contractual.

Asimismo conviene destacar que para los contratos no administrativos concede la ley amplio margen de diseño del mecanismo procedimental, dado que la única prevención es que figure en el pliego o en el anuncio *la forma* de hacerlo. Ello inquiera si para los contratos de Regulación Armonizada –por supuesto, no administrativos–, el procedimiento a diseñar debe seguir los dictados establecidos para la modificación de los contratos administrativos. Entiendo que no, aunque no hay inconveniente en asomarse al espejo de la ley cuando regula lo correspondiente a estos contratos. Obviamente, si en los sujetos a Regulación Armonizada –no administrativos– existe esa libertad, mayor razón habrá en los no sujetos. También cabe preguntarse si las “Instrucciones” a que alude el art. 191 TR –concebidas para establecer las normas de la adjudicación de contratos no armonizados de los entes no administrativos– podrán diseñar el procedimiento para llevarlo a cabo. No se aprecia objeción al respecto.

b) *Acotaciones sobre el procedimiento para la modificación en los contratos administrativos*

Cual sostiene Martínez Fernández⁵³ es estrecho el margen para configurarlo fuera de los límites legales y reglamentarios dadas las exigencias del art. 211 TRLCSP. En cualquier caso, la remisión del número 3 de este art. 108 al art. 211 no agota el tema procedimental. En efecto, este se limita a establecer la necesaria audiencia al contratista en el núm. 1, el informe, también previo, de los servicios jurídicos en la Administración Estatal y la Seguridad Social en el núm. 2, y en el núm. 3 el informe del Consejo de Estado –u Órgano Consultivo equivalente de la respectiva Comunidad Autónoma– en el caso de modificaciones cuya cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 % del precio primitivo del contrato y este sea igual o superior a 6.000.000 de euros. Nótese que ese porcentaje del 10% fue introducido por la LES frente al original 20%, en congruencia con las determinaciones generales sobre modificaciones contractuales vistas precedentemente. Por tanto, ahora no son posibles modificaciones imprevistas si superan ese 10 % del precio de adjudicación, y, por ello el informe del Consejo de Estado u Órgano Consultivo autonómico queda reservado para las modificaciones que previstas en el pliego su activación o puesta en marcha represente superar ese 10 %, además de insertarse en contratos de 6.000.000 € o mas.

.....

53 MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. (2011): *op. cit.*

También como cuestión de orden procedimental, cabe aludir al número 2 del art. 219 TR, en cuanto dispone que las modificaciones deberán *formalizarse* conforme al art. 156. Hay un aspecto al hilo de la formalización de las modificaciones que resulta sugerente: ¿Son susceptibles de impugnar, naturalmente en el caso de contratos de regulación armonizada, mediante el Recurso Especial (hoy arts. 40 a 49 TRLCSP) las resoluciones que activen o pongan en marcha las modificaciones que como previsión contemplen los pliegos? A pesar de algunas opiniones a favor, no parece esta tesis muy plausible. Y ello, porque la modificación de los contratos afecta fundamentalmente a lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial esta concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en fase de preparación y adjudicación. Pero además, porque la concreción de la modificación cuando esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego conlleva que si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori. También debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 195.4 (211.4 TR) –que conserva su redacción inicial, al no haber sido afectado ni por la Ley 34/2010 que reformó el Recurso Especial, ni por la LES–, por el cual *los acuerdos que adopte el órgano de contratación* –obviamente en materia de interpretación, modificación y resolución– *pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos*.

Y si se descarta la posibilidad de recurso especial respecto de los actos de activación de las modificaciones convencionales, todavía más problemático resulta depurar la introducción de modificaciones “imprevistas” del art. 107 TRLCSP a través del recurso especial. En cualquier caso, la discusión parece haber sido zanjada con la adición al art. 310.2 c) de la LCSP por obra del núm. 8 de la Disposición Final de la Ley 24/2011 de 1 de agosto de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la Seguridad (BOE núm. 184 de 2 de agosto de 2011), del siguiente párrafo que hoy luce en el art. 40.2.c) del TRLCSP: *Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación 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*⁵⁴.

.....

54 Críticas poco favorables ha merecido esta adición legal aclaratoria. Por ejemplo, GALLEGO CÓRCOLES, I. (2011): «La apresurada exclusión de las modificaciones contractuales del ámbito del recurso especial en materia de contratación»; y BERNAL BLAY, M.A. (2011): «El control sobre la modificación de los contratos públicos», ambos en *Observatorio de Contratos Públicos*. <www.obpc.es>.

Ante esta precisión legal podría volverse a plantear, ya que el precepto añadido solo se refiere a las modificaciones contractuales NO previstas en el pliego ignorando las previstas, si ante estas cabe el Recurso Especial. Estimo, por las razones ya dichas, que no es procedente.

Otro de los aspectos generales ligado a la modificación de los contratos administrativos es la referente al plazo para tramitar el expediente, resolver y notificar el acto administrativo por el que se acuerde. Sin olvidar que en presencia de contratos administrativos la modificación fluye del uso de las potestades que al respecto dispone la Administración, la iniciativa de modificar puede provenir, como de hecho sucede muy frecuentemente, de petición expresa del contratista. Puede entenderse que con carácter general este plazo es de 3 meses al no existir otro específico señalado en la Ley, como por ejemplo ocurre en los procedimientos de resolución contractual que en Aragón, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 3/2011 de 24 de febrero⁵⁵, es de 6 meses.

Y otra cuestión de interés en los expedientes de modificación contractual administrativa es el efecto del silencio administrativo. Pues bien, ante solicitud de modificar o sobre determinados aspectos de la misma, la falta de resolución administrativa conlleva su denegación tácita. Es decir, el silencio tiene efecto negativo, y ello en virtud de lo dispuesto en el remodelado número 2 de esa Disposición Final 8ª de LCPS por obra de la Ley de Economía Sostenible (hoy DF 3ª.2 TRLCSP).

Ninguna alusión procedimental contempla el núm. 3 de este art. 108 TR respecto de la modificación de los contratos de los entes locales. No obstante las señaladas son aplicables con las adaptaciones que impone la Disposición Adicional segunda del TRLCSP. Y así, ese informe de los servicios jurídicos habrá de emitirse por el secretario o por el órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento a la corporación.

Pero el TRLCSP, en su Libro IV reservado a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos *administrativos*, dispone especialidades procedimentales respecto de la modificación de ciertos contratos que destacaremos al examinar las particularidades de la modificación de cada uno de ellos.

E. *El régimen transitorio*

La DT 7ª de la LES dispuso sobre los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor que se regirían *en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la*

.....

55 Contra esta ley aragonesa pende recurso de inconstitucionalidad núm. 6720-2011, en relación con los arts. 6 y 10 interpuesto por el Presidente del Gobierno de España.

normativa anterior. Sin embargo nada señaló en relación con los expedientes de contratación iniciados antes de su entrada en vigor, pero adjudicados luego, ocasionando una laguna legal a rellenar.

La Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía⁵⁶, en Recomendación 1/2011 de 29 de marzo, sostuvo *la aplicación a estos supuestos de los mismos criterios contenidos en la disposición transitoria primera, apartado primero de la Ley 30/2007*. Es decir, *los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. Y a estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos*. Por ello, añadía que *los expedientes de contratación en los que aún no se hubiera abierto la fase de licitación deberían adaptar sus previsiones a la LCSP reformada, incorporando el régimen que prevé la Ley 2/2011*.

Por su parte, la Circular del Abogado General del Estado 1/2011 de 7 de abril de 2011, citada, sin dejar de afirmar el claro sentido de esta DT 7ª al que no renuncia, estima que el criterio correcto, por ajustado al derecho de la UE, consistiría en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente está en fase de ejecución, en razón de que ese régimen de ejecución no surge ex novo, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea.

2. Amenazas de desnaturalización del nuevo régimen modificatorio

La decidida apuesta europea por el mercado (y los mercaderes) propicia que uno de sus puntales sea la creciente tutela de los licitadores y contratistas que como mancha de aceite se propaga a la compleja problemática de la ejecución y liquidación de los contratos públicos. Pero tal incremento de garantías lo es en detrimento de facultades de los entes públicos contratantes sobre los que, además, se hace recaer la sospecha, en parte ganada, de ineficacia, ineficiencia y corrupción.

La presencia de corrupción en la contratación pública es tan vieja como la humanidad y requiere, obviamente, la connivencia viciosa de ambas partes:

.....

56 En el mismo sentido el informe núm. 23 de 12 de Septiembre de 2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, y el Acuerdo núm. 4 de 26 de abril de 2011 de la Junta de Contratación de Madrid.

entes públicos y contratistas⁵⁷. Pero si en la balanza pusiéramos a unos y otros, mucho me temo que se inclinaría en contra del contratista. Y es natural, este no tiene como divisa el interés público sino el propio. De todos modos, con ser frecuentes y sonados los casos de corrupción de autoridades y servidores públicos, en modo alguno puede generalizarse que todos lo sean. Es más, el verdadero profesional de la función pública suele resistirse numantamente a los cantos de sirena del contratista y a las indicaciones sutiles que a veces los políticos vierten.

Sin embargo, ese reforzamiento de la posición del contratista impulsará que a menudo traten de servirse inadecuadamente de los instrumentos establecidos como garantías de los principios de igualdad, transparencia, concurrencia, e idónea utilización de los fondos públicos, en beneficio propio, siendo peor el remedio que la enfermedad. Y esto puede pasar visto a lo que abocan algunas drásticas soluciones que la Ley articula. Me refiero, naturalmente, a la necesidad de resolver el contrato administrativo ante la imposibilidad de modificarlo [art. 223 g), TRLCSP] con arreglo al estrecho margen que ante circunstancias no previstas impone la ley. Es más que posible que el tradicional temor a resolver, con el cortejo de paralizaciones, tramitación de un nuevo proceso de adjudicación, búsqueda de créditos suplementarios etc., quiera ser utilizado torticeramente de dos maneras: o forzando falsas apariencias de encajar las modificaciones imprevistas en los supuestos legales a costa de una merma de la calidad, e, incluso la seguridad en las prestaciones; o como puerta de escape, con beneficios, ante un contrato en el que obtenerlos se pone cuesta arriba. Y estas tentaciones viciosas todavía serán más fuertes en presencia de contratos privados de entes públicos desprovistos de potestades y autotulela pero cuya idiosincrasia y “modus operandi” en poco difiere de la administración pública.

IV. ESPECIALIDADES RESPECTO DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TRAS LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

1. Recapitulación de los principios generales

A. *La obligada rectificación de las determinaciones originariamente previstas en la LCSP sobre modificación de los contratos administrativos*

Tras las admoniciones de la Comisión Europea, resultaba obligado modificar drásticamente el texto original del artículo 202 LCSP referido a los contratos

.....

57 FATÁS CABEZA, G. (2012): en su Mirador de *Heraldo de Aragón* de 22 de enero, titulado «Inventar el infierno», refiere los tormentos de conciencia del devoto Simón Acirón quien

administrativos, así como las especialidades modificatorias establecidas originariamente para cada tipo de contrato administrativo dentro de ese Libro IV sobre efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos en su redacción inicial.

Sobre esos preceptos la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado había fijado su posición, seguramente algo forzada, en dos significativos Informes, el 43/2008 de 28 de Julio de 2008 y el 5/2010 de 23 de Julio de 2010, en los que recordaba, resumiendo mucho, la posibilidad de modificar por causas previstas en el pliego, pero también por motivos de interés público; que ante su imprevisión, habrían de cumplirse tres requisitos: a) respondiera a necesidades de interés público, [y para atender a causas imprevistas], b) se justificara debidamente esa necesidad en el expediente, y c) no afectaran a las condiciones esenciales del contrato. Por el contrario, si los documentos contractuales contemplaban expresamente la posibilidad de modificar determinadas cláusulas, bastaría con indicar cuáles y en qué términos, siendo indiferente su carácter de condiciones esenciales del contrato. Advertía, asimismo, de la dificultad apriorística del concepto de condiciones esenciales considerando como tales aquellas que de haber figurado en la licitación hubieran permitido la presencia de otros licitadores u ofertas, así como aquellas cuya alteración desnaturalizara sustancialmente el objeto del contrato, admitiendo como norma interpretativa general del concepto “alteración sustancial” la referida exclusivamente para el contrato administrativo de obra en el texto del primitivo art. 221.1 LCSP. Imprevista sería para la JCCAE la circunstancia no atisbable con arreglo a las normas del criterio humano ni achacable a negligencia.

B. Las normas comunes sobre modificación de los contratos administrativos tras la LES

a) El art. 210 TRLCSP –no afectado por la LES– reconoce como prerrogativa de la administración la de *modificarlos por razones de interés público*. Por su parte, el art. 211 TRLCSP concerniente al procedimiento para el ejercicio de esa potestad de modificar –y las de interpretar y resolver– conserva su texto original aunque con un matiz importante respecto de la necesidad de informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma como ya hemos visto.

.....

en testamento de 13 de febrero de ¡1401! renegaba de sus trapicheos municipales. El articulista termina: “¿Qué siempre ha sido así? Por eso mismo no hay que resignarse. Y, si ya no sirve el infierno del catecismo, habrá que inventar otro”.

Pero la rectificación radical de la LES se centró el art. 202 rotulado ahora como *potestad de modificación del contrato*, cuyo texto ha quedado –hoy en el 219 del TR– reducido a lo siguiente:

1. *Los contratos administrativos sólo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el Título V del Libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211.*

En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.

2. *Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156.*

Reitera la normativa anterior en cuanto exigencia de razones de interés público, pero conviene matizar según estén previstas o no en los pliegos las opciones modificatorias. Si se trata de activar las previstas, no es precisa mayor justificación de interés público por suponerse implícito por la presencia en el pliego de tales opciones. Bastará comprobar que la materialización de la modificación se adecua a las previsiones, y que no traspasan las líneas rojas impuestas por el art. 105, párrafo 2º. Estas son los únicos límites al no mencionar otros el art. 106, y sin perjuicio de conformar depuradamente las condiciones de modificación y su alcance. Así se colige, por lo demás, del art. 219 que nos ocupa al remitir expresamente a lo dispuesto en ese nuevo Título V del Libro I de la LCSP.

Pero si se trata de modificar el contrato administrativo por concurrir circunstancias imprevistas del art. 107, habrá que explicitar y justificar por qué resulta de interés público la aplicación de la concreta circunstancia legal. Pero caben gradaciones. En efecto, ante el supuesto de la letra a) del núm. uno, errores u omisiones en la redacción del proyecto o en las especificaciones técnicas, parece que bastará la constatación de los mismos y su evaluación sobre la prestación, para comprobar si realizarla manteniendo tales errores u omisiones la convierte o no en inadecuada. Mayores razonamientos y pruebas serán necesarios para justificar la concurrencia y alcance de circunstancias sobrevenidas de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares (letra b) que hagan inadecuada la prestación proyectada al requerirse la probanza de la *lex artis ad hoc* a la hora de formular los pliegos. Sobre la fuerza mayor (letra c) a lo ya dicho nos remitimos. Y en cuanto a la incorporación de modificaciones en virtud de circunstancias de progreso (letra d) advertir de la necesidad de hilar fino. Sobre el *factum principis* (letra e) convenir en que el requerimiento de nuevas exigencias legales bastará para acreditarlo. En cualquier caso, corto es el recorrido de estas modificaciones imprevistas que no pueden alterar las condiciones esenciales de licita-

ción y adjudicación aun interpretando flexiblemente las determinaciones del núm. 3 del art. 107, dado el límite del 10 % del precio de adjudicación que actúa también como condición esencial.

Sin embargo, algo sustancial se mantiene: la obligatoriedad para el contratista de la modificación, tanto en las previstas como en las imprevistas que cumplan esos parámetros legales, sin perjuicio del trámite de audiencia ex art. 211.1 TR. Además, en los contratos administrativos a modificar por circunstancias imprevistas del art. 107 TR, habrá de concederse otra audiencia al menos por tres días al redactor de proyecto o de las especificaciones técnicas si se hubieren preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios.

La obligación de formalizar las modificaciones [art. 156 TR] conllevará, en principio, que no puedan emprenderse si no precede su formalización. Pero este rigor resulta atemperado vistas las opciones procedimentales de modificación de ciertos tipos de contratos administrativos que sugieren una posible diferenciación conceptual de la formalización inicial de contrato y la formalización de sus modificaciones. También evidencia la no muy meditada reforma del art. 27.1 de la LCSP por la Ley 34/2010 de 5 de Agosto que ahora dispone *Los contratos que celebren los poderes adjudicadores, se perfeccionan por la formalización*⁵⁸. Si la perfección del contrato público depende de su formalización no existiendo mientras tanto, el hecho de que el TRLCSP siga permitiendo modificaciones ejecutables anticipadamente sin formalización (ex art. 234 TRLCSP), hace dudar del carácter constitutivo que se le asigna.

b) La prórroga del contrato administrativo se anuda, además de a las previsiones establecidas ex art. 23.2 TR y concordantes, a determinados eventos que pueden retrasar la ejecución del contrato. Esas prórrogas, auténticas modificaciones contractuales, están sustentadas en la potestad administrativa de *ius variandi* contractual dado el interés público que conlleva el mantenimiento del contrato y, sobre todo, su idónea finalización. Nótese que la aplicación de sanciones por retraso en lugar de resolver que autoriza el art. 196 –hoy 212 TR– en sus números 4 y 6, no cuestionados por las Comisión Europea, supone prorrogar, en definitiva, el contrato. También dimana del ejercicio del *ius variandi* la prórroga prevista en el núm. 2 del art. 213 TR, porque aunque señala la obligatoriedad de concederla si el retraso no obedece a motivos impu-

.....

58 MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (2011): «El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria *de recursos*», *RAP*, 185 (mayo-septiembre), p. 341.

tables al contratista, y este ofrece cumplir sus compromisos con esa prórroga igual al tiempo perdido sin culpa u otra menor, la “potestas” parece clara al encontrarse en manos de la administración decidir si efectivamente el retraso se produjo por causas no imputables al contratista, sin perjuicio, naturalmente, de la revisabilidad de este criterio en vía jurisdiccional.

c) Otra indudable manifestación del *ius variandi* de la administración ligada a la modificación contractual, es la facultad de ordenar la *suspensión* del contrato administrativo bien impidiendo al contratista su inicio, o durante su ejecución, siempre y cuando concurren razones de interés público. Obviamente la suspensión repercute en el plazo de ejecución de ahí que el art. 220 TRLCSP que la disciplina con carácter general para los contratos administrativos, se ubique en el Capítulo IV referente a la modificación de los contratos recogido en el Título I del Libro IV de la LCSP concerniente a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos⁵⁹. Cabría plantearse si ahora –visto lo dicho por la JCCE en el informe transcrito parcialmente al pie– al exigirse no sólo razones de interés público sino la presencia de circunstancias imprevistas para fundamentar esa facultad suspensiva, tal imprevisibilidad debe reconducirse hacia alguno de los supuestos del art. 107 TR. No parece razonable al no resultar plausible una orden de suspensión que tenga como designio modificar las condiciones exigidas por la licitación en beneficio del adjudicatario, o en perjuicio de los que entonces concurren a la licitación quienes, de haber previsto tal suspensión, habrían formulado oferta distinta. Otra razón para descartar la devaluación de las posibilidades de suspender es que el núm. 2 del artículo 203 (220 TR), dispone que el contratista ante la misma sólo tendrá derecho al abono de los daños y perjuicios que *efectivamente* sufra. Ello denota su obligación de probarlos, debiendo advertirse, según el Consejo de Estado (dictamen 775/2006 de 15 de Junio 2006, que [...] *el mero retraso en la ejecución de un contrato no comporta de por sí que el contratista tenga derecho a percibir una indemnización. Es preciso que*

.....

59 El Informe de la JCCAÉ núm. 40/08, de 29 de enero de 2009, puso de relieve: *La suspensión a que se refieren los artículos 203 (LCSP) y 102 (LCAP), respectivamente, de las Leyes mencionadas está incluida en el capítulo relativo a la modificación de los contratos, modificaciones que sólo son susceptibles de producirse cuando de modo unilateral las acuerde la Administración por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, (artículo 202 de la LCSP) [...] A este respecto hay que decir que la suspensión del plazo de ejecución de un contrato, en la medida que conlleva alteración del previsto en el pliego, es en sí misma un supuesto de modificación, por lo que no puede ser acordada más que cuando concurren los requisitos mencionados en el artículo 202 de la Ley, es decir que se acuerde por razones de interés público y para atender a causas imprevistas.*

dicha demora le haya producido daños reales y acreditados. Naturalmente la facultad de suspender no es ilimitada ya que si se prolonga por más de determinado plazo según sea el tipo de contrato administrativo, el contratista puede resolverlo con derecho a indemnización, por cierto, tasado.

d) **Modificación y garantías.** El art. 99.3 del TRLCSP dispone para los administrativos que si a consecuencia de una modificación del contrato experimenta variación el precio del mismo, *deberá reajustarse* la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado. Tal ajuste se realizará en el plazo de *quince días* contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación, no considerando a este efecto las variaciones del precio como consecuencia de revisiones de precios. El art. 60 del todavía aplicable reglamento de la vieja LCAP, el RD 1098/2001 de 12 de octubre, determina los trámites de formalización de las variaciones de las garantías.

2. Especialidades en la modificación de los distintos contratos administrativos

A. En el contrato administrativo de obras:

a) *Las determinaciones del texto legal originario y sus modificaciones.*

El primitivo contenido del art. 217, específico de las modificaciones del contrato administrativo de obra, también fue afectado por la LES recibiendo el texto que hoy luce en el art. 234 del TRLCSP. Pero lo que en principio podrían parecer ligeras precisiones con las que adecuarse a la doctrina y jurisprudencia europeas, resultan más significativas si se parte de su riguroso condicionamiento, amén de al art. 202 reformado (hoy 219 TR), a lo establecido en el Título V del Libro I, marco intraspasable de la modificación de todos los contratos públicos. Por tanto, su interpretación en esa clave determinará: a) la necesidad de una doble óptica interpretativa según nos movamos en terreno de modificaciones previstas –que discutiblemente alguna doctrina⁶⁰ considera de escasa aplicación– o imprevistas. b) Si trata de las previstas, parece redundante hablar de obligatoriedad del contratista de asumirlas, e impropio aplicarles el régimen de “supresión o reducción de unidades sin derecho a indemnización” que entendemos diseñado ante la necesidad de hacerlo por causas sobrevenidas e imprevistas. c) Sin perjuicio de lo anterior, podrá pactarse ex ante, como posible modificación, un ajuste de las unidades contempladas en proyecto previendo ampliaciones, supresiones o minoraciones concretas de más amplio espectro o cuantía que el

.....

60 MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. (2011): *op. cit.*

que se infiere del párrafo segundo del núm. 1 de este art. 234, y de distintas consecuencias económicas para las partes. d) Pero en el caso de no haber previsión sobre supresión o reducción de unidades y su específico régimen, su imposición al contratista, sin indemnización, está limitada por el diez por ciento del art. 107 núm. 3 en su letra d), puesto que si la supresión o reducción rebasa el diez por ciento de precio de adjudicación, estaremos en el caso de una alteración sustancial que no es factible. e) Hay otra particularidad consecuencia de la LES sobre el núm. 1 de este artículo: la supresión de la palabra *aumento* [de unidades de obra], y de la frase *o sustitución de una clase de fábrica por otra, cuando esta sea una de las comprendidas en el contrato*. ¿Porque estas supresiones? ¿Quizá porque los supuestos de aumento y reordenación de unidades de obra [léase sustitución de una clase de fábrica por otra de las comprendidas en el contrato/proyecto] deban reconducirse al último inciso de la letra c) del núm. 3 de este art. 234 TR?

b) Del mismo modo, hay que entender que el número 2⁶¹ de este art. 234 sólo rige para el caso de no haberse previsto en el pliego otro régimen en orden a la introducción de nuevas unidades de obra. Y recordar que la posibilidad de introducción *de nuevas o diferentes* unidades no pactadas ex ante, también tiene la limitación del diez por ciento del precio de adjudicación establecida el art. 107 núm. 3 en su letra d), sin perjuicio de que al tratarse de una modificación [recuérdese que el este núm. 2 se abre con la frase *cuando las modificaciones...*] su pertinencia estará condicionada por la concurrencia de alguna de las circunstancias del 107. 1. Así pues, este núm. 2 únicamente conserva para la Administración la potestad de configurar los precios aplicables para las mismas. Ahora bien, dado que debe consensuarlos con el contratista⁶² (siempre con el fatídico

.....

61 Dice este núm. 2: *Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no previstas –antes decía no comprendidas– en el proyecto o cuyas características difieran –la LES suprimió el adverbio sustancialmente que le acompañaba en lógica coherencia con el principio de proscribir modificaciones sustanciales– de ellas, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración previa audiencia del contratista por el plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente.*

62 En definitiva a eso aboca el trámite de audiencia al contratista en que puede no aceptarlos. Cabría plantearse si esta audiencia por tres días hábiles al adjudicatario que señala el núm. 2 del art. 234 TR es la misma, o en su caso puede reconducirse, a la que sobre el proyecto modificado una vez aprobado exige el núm. 3.b) del propio art. 234 si bien por el plazo mínimo de tres días que al no especificar se entienden naturales. Quizá pueda reconducirse habida cuenta de que en su redacción original se prescindió de la frase que recoge su antecedente –el art. 146.2 del TRLCAP– [los precios de aplicación de las mismas

límite en más o en menos del 10% del precio de la adjudicación), no queda en gran cosa esta facultad. Y más teniendo en cuenta que en el último inciso de este número 2, ha sido eliminado el pronunciamiento final que contemplaba la redacción original de la Ley: *la contratación con otro empresario podrá realizarse por el procedimiento negociado sin publicidad siempre que el importe no exceda del veinte por ciento del precio primitivo del contrato*. La supresión de esta posibilidad conduce a que la contratación con otro empresario debe observar el procedimiento legalmente procedente (arts. 170 y concordantes TRLCSP).

c) Los números 3 y 4 de este artículo establecen especialidades procedimentales para la modificación del contrato administrativo de obras. Aunque su redacción sea muy similar a la original, la influencia sobre ellos del nuevo capítulo V del Libro I hace que su aplicación actual presente aspectos diferentes. En efecto: a) En su redacción y contexto original, marcado por la posibilidad de modificarlo con amplitud, máxime en presencia de acuerdo entre la administración y el contratista, el núm. 3 establecía lo que vino a llamarse el *procedimiento ordinario*. Se caracterizaba –y lo sigue haciendo– por un aspecto singular: que la ejecución de las unidades a introducir pudiera realizarse sin suspender los trabajos, o, si hubiera que hacerlo no perjudicara el interés público. El núm. 4 delineaba el conocido como *procedimiento simplificado* utilizable cuando la introducción de nuevas unidades demandara la suspensión de los trabajos pero esto ocasionara graves perjuicios al interés público. b) Esos procedimientos estaban diseñados para lo que era rutina habitual: la modificación contractual no prevista en el pliego, pese que el originario art. 202 LCSP en su número 2 disponía *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*. c) Pero ahora está más clara esa doble posibilidad de modificar: por estar expresamente prevista, o por concurrir las circunstancias imprevistas del art. 107 TR. Pero como en los contratos administrativos no es factible diseñar en los pliegos un procedimiento para implementar las modificaciones previstas desligado de las coordenadas legales aplicables, entre las que figuran las establecidas por es-

.....

serán fijados por la administración] a la vista de la propuesta del director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia... Pero no parece ni lógico ni aconsejable. El precepto parece seguir persiguiendo que se conozca cuanto antes si al contratista le van a convenir o no los precios de las nuevas o remodeladas unidades que confeccione la dirección técnica y apruebe la administración para luego incardinarlas en el proyecto modificado. Las ventajas de conocer ex ante el posicionamiento del contratista son evidentes pues de haberlas aceptado no podrá rehusarlas luego en trámite de aprobación del expediente de modificación.

tos números 3 y 4 –y también en el 2, en lo que sea pertinente– del art. 234, sin perjuicio de precisiones de detalle, tal esquema procedimental parece que debe seguirse tanto ante modificaciones previstas como imprevistas.

d) Y continuando con las cuestiones que suscitan estos números 3 y 4 del art. 234 TR podemos destacar sobre el procedimiento que hemos llamado *ordinario*, el del núm. 3, que continúa siendo trascendental la iniciativa del director facultativo de alertar sobre la necesidad de modificar –o de poner en marcha el mecanismo modificador previsto en los pliegos–, así como de recabar del órgano de contratación la autorización para iniciar el correspondiente expediente que se sustanciará con carácter de urgencia. Pero en esta tramitación hay alguna novedad. Además de la necesidad de redactar un proyecto modificado que habrá de ser técnicamente aprobado⁶³, y del que se dará audiencia al contratista por al menos tres días [naturales], establece también la letra b) de este núm. 3, otra audiencia por igual plazo que al contratista al *redactor del proyecto*. Y esta audiencia ¿por qué, en qué casos, y, para qué? La respuesta debe buscarse en el art. 105 núm. 2 en relación con el 107 ambos del TR. Dado el carácter prevalente de estos, o por decirlo de otra manera, en consideración a su papel de marco general regulatorio de las modificaciones de los contratos públicos, esa audiencia al redactor del proyecto sólo debería ser obligatoria en los casos en que lo haya sido por un tercero verdaderamente ajeno al órgano de contratación en virtud de contrato de servicios, máxime habida cuenta de que esa audiencia viene dada para “prevenir” al redactor ante una eventual imputación futura de posibles responsabilidades contractuales por defectos de redacción.

Como es natural, cumplidos esos trámites se requiere la aprobación del expediente que implicará la de la modificación para lo cual habrán de haberse asignado los recursos presupuestarios oportunos que también serán aprobados. Debe luego formalizarse la modificación como ya hemos señalado.

.....

63 No es descartable y de hecho ha venido sucediendo con frecuencia, que al recabar el director de la obra la autorización del órgano de contratación para modificar ya esté perfectamente articulada mediante un verdadero proyecto técnico modificado. Obviamente esto es fruto de la “seguridad” del director de que el órgano de contratación no solo aceptará de la necesidad de modificar sino que además lo hará en lo exactos términos del proyecto modificado. Obviamente esto aligera la tramitación pero también esa “seguridad” puede suponer una indeseable colusión con los intereses del contratista. Parece más razonable no dar todo por hecho, y comenzar con una propuesta, aunque con un apreciable grado de detalle y con la articulación de nuevos precios del futuro proyecto modificado que cuenten con a aceptación –o rechazo– del contratista en el trámite de audiencia del 234.2 TR a que nos hemos referido, para que sobre ella pueda introducir sus criterios el órgano de contratación.

Hay otro aspecto en el art. 234.3 cual es la determinación del alcance actual del último inciso de su letra c) que mantiene su redacción original: *No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando estas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato.*

A pesar de mantener su original redacción pudiera tener otro significado o alcance. En efecto, no debe pasar por alto que la LES suprimió en el segundo párrafo del núm. 1 de este art. 217 (hoy 234.1 TR) expresiones relativas a la obligatoriedad para el contratista de ejecutar en *aumento* unidades de las previstas en el proyecto hasta cierto límite (entonces el 20%), o *de sustituir la ejecución de una clase de fábrica por otra de las comprendidas en el contrato.* Ahora este tipo de modificaciones, cuando representen aumento en el precio del contrato, parecería que sólo son factibles y de obligado cumplimiento si cumplen los parámetros del art. 107, y, en especial, la previsión de su núm. 3 letra d) de no rebasar en más o en menos el 10 % del precio de adjudicación.

La conjunción de ambas circunstancias abonaría la rígida tesis por la cual en el contrato administrativo de obras sólo sería factible, y obligatoria para el contratista, la variación del número de unidades previstas jugando con la sustitución de una clase de fábrica por otra de concurrir las circunstancias del art. 107, destacando esa no superación del 10 % del precio primitivo del contrato. Pero si esta variación contara con el consentimiento del contratista, podría llevarse a efecto sin la previa aprobación del órgano de contratación, es decir, con el simple acuerdo entre la dirección de la obra y el contratista. No obstante, los incrementos por este concepto computarían en el máximo del 10 % establecido con carácter general. O por decirlo con otras palabras: al 10 % de variación general por modificaciones imprevistas –que no pueden introducirse sin expediente– NO cabría añadirle de manera autónoma otro aumento de hasta otro 10 % consecuencia de alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en proyecto que no precisan de expediente separado.

Sin embargo, hay un fundado criterio posibilista del que es expresión el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón núm. 23/2011 de 12 de Septiembre, cuya conclusión segunda manifiesta: *El supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP/ 234.3 TR –alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras– es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 92 quarter LCSP/107 TR. En concreto, el límite del 10 %*

del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior, el de la medición final de la obra. Del mismo participa la Junta Consultiva de Contratación de Canarias en informe 4/2011 de 24 de Noviembre. En la misma línea se mueve el derecho comparado como puede verse en el art. 132 núm. 3 del Codice di Appalti italiano.

El núm. 4 de este art. 234 –por cierto, no básico– conserva íntegra su redacción original con una excepción: el 20% de modificación máxima que antes permitía para seguir este procedimiento simplificado, se transforma ahora en el 10% del precio primitivo del contrato. Esta reducción es absolutamente coherente con el tan comentado límite del 10% establecido por el art. 107.3.d) para la modificaciones imprevistas. Ahora bien, aunque lo natural sea la aplicación de este procedimiento a las modificaciones imprevistas, no es descartable que la activación de modificaciones previstas suponga tener que suspender la ejecución de los trabajos y ello resulte perjudicial para el interés público. En este caso, de no existir en los pliegos prevenciones procedimentales especiales⁶⁴ que propicien otra cosa, habrá de atenerse a ese máximo del 10%.

Este *procedimiento simplificado* que permite continuar la obra con arreglo a la propuesta técnica modificatoria de la dirección facultativa, sigue exigiendo sus pocos requisitos originales: que contenga el importe aproximado de la modificación y descripción básica de las obras a realizar; audiencia previa al contratista que si no acepta entendemos fracasará su realización por esta vía tan expedita y sin perjuicio de acudir a su imposición a través de la tramitación del oportuno expediente modificatorio⁶⁵; conformidad del órgano de contrata-

.....

64 Cabe pensar precisamente que una variante o adecuación del procedimiento ante el supuesto de modificaciones previstas sea seguir las directrices de este núm. 4 pero aumentando el porcentaje del 10% hasta el límite que posibilite la cláusula contractual para utilizar el procedimiento simplificado

65 Sin embargo, de seguirse la tesis por la cual sólo cabe introducir un aumento de hasta el 10% en exceso de mediciones mediante este sencillo modo de actuar en caso de aceptación por el contratista, nos conduciría a la contradicción por la cual las de esa clase no admitidas por el adjudicatario pero impuestas mediante el oportuno expediente, computarían en el 10% de aumento general, no siendo posible su conceptualización autónoma. Resulta sin embargo muy discutible hacer depender de la cooperación del contratista la admisibilidad ad maiorem de ese 10% suplementario, lo que conduce a plantearse si podrán imponerse por la sola voluntad de la dirección técnica, lo cual también puede resultar discutible. Quizá estas contradicciones sugieran reparos al criterio de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de Aragón y de Canarias referido.

ción; y, certificado de existencia de crédito. De acuerdo con el informe de la JCCAE 74/09 de 23 de julio de 2010, también resulta obligado un pronunciamiento sobre si de ellas deriva o no la necesidad de ampliar el plazo de ejecución del contrato. Pero el procedimiento no se agota con esto. En efecto, como se planteaba en el informe de la JCCAE núm. 49/01 de 30 de enero de 2002, *la identificación del expediente del modificado exclusivamente con las actuaciones del expediente inicial (propuesta técnica motivada, audiencia del contratista, conformidad del órgano de contratación y certificado de existencia de crédito), privaría de sentido el diferimiento de la aprobación del expediente del modificado al plazo de ocho meses, pues en tal caso realmente parece que ya se habría producido la aprobación del expediente por el Ministro en el momento de autorizar la continuación provisional de las obras. Dicha identificación haría, asimismo, cuestionable la utilidad de la aprobación del proyecto una vez que el expediente de modificado simplificado se hubiese ya aprobado por el Ministro. De ahí como dice la Junta Consultiva la existencia de [...] una segunda fase constituida por la aprobación del expediente del modificado que debe producirse en el plazo de ocho meses y en el que ya no será suficiente fijar el importe aproximado de las obras y realizar una descripción básica de las mismas, sino que este expediente del modificado deberá comprender todos los documentos y cumplir todos los requisitos de los expedientes de modificación, entre ellos, la aprobación técnica del proyecto que el propio artículo 146.4 [de la LCAP, ahora el art. 233.4 del TRLCSP] prevé que ha de tener lugar en el plazo de seis meses posterior a la autorización de continuación de las obras.*

d) Efectos adicionales de las nuevas normas de modificación sobre otros preceptos del contrato administrativo de obra.

La LES aprovechando el eco de la importante reordenación del régimen general de modificación contractual trató de corregir algunas disfunciones observadas en otros preceptos concernientes al contrato administrativo de obra. Y así, reformando el núm. 2 del art. 216 LCSP, hoy 233 TR, de desafortunada redacción originaria, eliminó las dudas suscitadas sobre posibilidad de que en obras a tanto alzado y con precio cerrado pudieran introducirse modificaciones para atender necesidades nuevas⁶⁶. Con la nueva redacción está claro que

.....

⁶⁶ La redacción original del núm. 2 del art. 216 incluía el siguiente último inciso, ahora suprimido por la LES: *Esta disposición no obsta al derecho del contratista a ser indemnizado por las modificaciones del contrato que se acuerden conforme a lo previsto en el artículo 217 con el fin de atender nuevas necesidades o de incorporar nuevas funcionalidades a la obra.* Sobre este inciso ahora eliminado, la JCCAE, en su informe 43/08 de 28 de julio de 2008 señalaba en la conclusión 1ª, letra d), tratando de salir del embrollo, lo siguiente: [...] *cuando el art. 216 se refiere a “atender nuevas necesidades” o “incorporar nuevas funcionalidades” aunque hace uso del término modificaciones, lo hace en sentido amplio, sin tomar en*

en esta modalidad no son abonables las modificaciones necesarias para corregir deficiencias u omisiones –dice ahora– padecidos en la redacción del proyecto. Pero estas modificaciones por deficiencias u omisiones del proyecto que no serán abonables, parece, a la vista de su nueva formulación legal, que también deberán ajustarse para ser factibles a los parámetros de las letras a) y b) del apdo. 1 de art. 107 TRLCSP.

También el art. 221, hoy 238 TR, se vio afectado por la LES. Ahora del texto originario sólo queda lo referente a suspensión inicial de la obra, habiéndose suprimido de su título el sintagma *alteración sustancial*, así como su núm. 1 que decía: *En relación con la letra e) del artículo anterior se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades de obra que afecten, al menos, al 30 por ciento del precio primitivo del contrato, con exclusión del IVA*. La supresión de esas expresiones resultaba obligada dadas las limitaciones impuestas por el derecho comunitario a la modificación casi indiscriminada por simple acuerdo inter partes deducible de los textos originarios de los arts. 220 y 221.

B. *En el contrato de concesión de obras públicas*⁶⁷

a) *Consideraciones generales*

Si algún contrato público debe contemplar previsiones de modificación en sus pliegos evidentemente es el que ahora nos ocupa. En efecto, la obra pública que será soporte de la concesión quedará en poder del concesionario para su explotación durante, por lo general, un largo plazo concesional. Dada esa explotación futura parece aconsejable que en fase de construcción existan ya previsiones modificatorias que permitan adecuar su resultado final al mejor desenvolvimiento de la explotación que se iniciará tras su construcción. E igualmente y como mayor razón, que existan previsiones de modificación de este soporte a lo largo de la fase de explotación con el fin, en definitiva, de servir de la mejor manera posible el objetivo buscado que independientemente de la naturaleza jurídica de este contrato⁶⁸, acaba focalizado en intereses de na-

.....

consideración la precisión que con respecto a este término hace el art. 202.1 al excluir de él los supuestos a que antes nos hemos referido, y en consecuencia no deben ser considerados tales casos como de modificación contractual strictu sensu.

67 Véase la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión [Bruselas, 20.12.2011COM(2011) 897 final] que incluye la concesión de obras públicas, regulada ahora en la Directiva 18/2004 sobre Contratos públicos, así como la concesión de servicios y la de obras.

68 BERNAL BLAY, M.A. (2010): *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas / Thomson Reuters.

turalidad pública pues este soporte físico de la obra es difícil concebirlo sin estar ligado a actividades, servicios o utilidades de interés público.

Parece complicado que un contrato de concesión de obra pública pueda funcionar perfectamente a lo largo de su vida con el estrecho elenco modificatorio que prevé ahora la ley si no se establece otro de antemano. Pero incluso para las pactadas, de atenernos a los límites a que se refiere el art. 105 TR, pueden encontrarse escollos como la indicada prohibición de ampliar su objeto a fin de cumplir finalidades nuevas. Una lectura reduccionista de estos límites en el contexto de su largo término, choca con la obligación de reintegrar a la administración al término de la concesión algo utilizable con arreglo a las exigencias funcionales de ese futuro momento (art. 7.2 TR). Pero además, las circunstancias por las que puede atravesar la explotación de la obra en su discurrir puede hacer inviables esos estrechos márgenes que, por lo demás, tampoco se avienen con otras determinaciones fundamentales de este contrato. En efecto, es obligación del contratista/concesionario, ex art. 246 b) TR, *explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión en los términos establecidos en el contrato*. Pero el mismo precepto y letra añade la frase *u ordenados posteriormente por el órgano de contratación*. Obviamente estas órdenes pueden generar verdaderas modificaciones imprevistas cuyo límite no parece que quiera constreñirse a la angostura del art. 107 TR. Parecida reflexión cabría sobre la obligación del concesionario, inserta en el art. 247.4 TR, de [...] *mantener la obra pública de conformidad con lo que en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación*. Éstas y otras obligaciones del concesionario que pueden derivarse de los mencionados arts. 246 y 247 TR guardan relación con lo referente al mantenimiento del equilibrio económico del contrato a que se refiere el art. 258 TR y que tiene carácter bidireccional, es decir, que concierne a ambas partes [arts 258.2, 245 b) y 249.1.c)]. Por tanto, no parecen muy coherentes a no ser que se interpreten con el carácter abierto que predicamos, las alusiones a lo previsto en el Título V del Libro I, que lucen en el art. 249 b) y en el 258.2.a) TR. Podrá ocurrir fácilmente que esas instrucciones o mandatos de la Administración supongan sobrepasar tanto los motivos o circunstancias disciplinadas en el art. 107, como ese fatídico límite del diez por ciento que el mismo precepto como cláusula de cierre establece.

Pero hay además un elemento significativo en este contrato por el que su modificación no convencional, atada a las limitaciones del 107 TR, resulta difícil de comprender. Es el plazo de duración de la concesión. Su variación sobre la inicialmente prevista no parece ofrecer duda de que constituye modificación contractual, por lo que cabe preguntarse sobre la fricción en-

tre ese artículo y las prevenciones del art. 258.3. En efecto, estas además de posibilitar la modificación de las tarifas, la reducción del plazo concesional y en general de las cláusulas de contenido económico contenidas en el pliego, permiten prorrogar el plazo de concesión hasta un 15 % sobre el inicial si la retribución al concesionario procede en más de un 50 % de tarifas de los usuarios, y si se dan los supuestos del núm. 2 del propio artículo, entre los que se encuentran las *actuaciones de la administración* que determinen de *forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión*.

Por otra parte, la LES introdujo otras innovaciones en el tratamiento del espectro temporal de este contrato. Así, el art. 242 TR prescinde de la terminología “prórrogas del contrato” ante la suspensión de la ejecución de las obras cuya explotación constituye el objeto concesional, por causa imputable a la administración o fuerza mayor. Parece que quiere huirse de las connotaciones de modificación contractual que la prórroga encierra ex art. 105.1. Por ello dispone ahora en su núm. 2, *No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de la obra aquellos periodos en que deba suspenderse por una causa imputable a la administración concedente o debida a fuerza mayor*.

b) *Preceptos específicos sobre la modificación de la obra soporte de la concesión*

Se contempla en el TRLCSP en dos preceptos: el 243 y 250. El primero continúa rotulado “modificación del proyecto”, y el segundo mantiene su título “modificación de la obra pública”. El art. 243 refiere las opciones modificatorias cuando las obras estén en fase de realización; y el 250 una vez está realizada, recibida y en fase de explotación. Veamos uno y otro:

El hoy art. 243 TR sufrió alteraciones significativas tras la LES. Su primer inciso, aun iniciándose igual que en el texto precedente con la expresión *una vez perfeccionado el contrato el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto*, aclara ahora que éstas habrán de serlo *de acuerdo con lo establecido en el Título Quinto del Libro I y en el artículo 249.1.b)*. Se sustituyen por la frase indicada las precisiones originales por las que las modificaciones en proyecto cabrían *en los casos previstos y en la forma establecida en el artículo 202*.

La remisión a todo el Título Quinto del Libro I denota la posibilidad de contemplar expresamente en los pliegos modificaciones durante la ejecución de las obras que lo serán en los términos y posibilidades establecidas con carácter general para las “convencionales”. También habrán de considerarse las especialidades derivadas del art. 234 TR; y respecto de las modificaciones imprevistas, las determinaciones examinadas al analizar el art. 107 TR. Obliga a observar lo señalado en el 249.1.b) referido a la prerrogativa de la Adminis-

tración de modificar contratos por *razones de interés público debidamente justificadas*, y que estas modificaciones deban serlo de *acuerdo con lo previsto en el aludido Título Quinto del Libro I*. Tan reiterada remisión a las normas generales sobre modificación conduce a que la posibilidad de ejecutar imprevistos resulte ciertamente limitada de no haberse tomado precauciones en el pliego. Pero siempre habrá de ponderarse que el art. 243 continúa observando la misma redacción. Y así, su segundo inciso mantiene que: *el plan económico financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes los efectos derivados del incremento o disminución de los costes*. Como es sabido el plan económico financiero es un documento que sobre la base de las predeterminaciones que el pliego de cláusulas administrativas particulares establezca, de acuerdo con el art. 131 TRLCSP, presentarán los licitadores, constituyendo el del adjudicatario elemento crucial en el condicionado del contrato. Como es lógico, los ajustes en el plan económico-financiero, bien consecuencia de las modificaciones previstas bien de las imprevistas, deberán incluirse a posteriori en el mencionado plan. No obstante, las consecuencias de las “circunstancias previstas” quizá deberían ya articularse en la redacción inicial de ese plan económico-financiero.

En la redacción proveniente de la LES de este art. 243 TR se ha suprimido –como era obligado– su originario número 2 que facultaba al concesionario a solicitar la resolución del contrato si la Administración pretendía imponerle modificaciones que incrementaran o disminuyeran la obra en un porcentaje superior al 20% inicialmente previsto, o representaran una alteración sustancial del proyecto inicial. Ahora no es posible imponer modificaciones imprevistas superiores al diez por ciento ni tampoco alteraciones sustanciales.

Por su parte, también el art. 250 TR obedece su redacción a la LES. Parece que tras la entrega al concesionario de la obra para su explotación, el órgano de contratación sólo podrá imponer modificaciones en los mismos términos que hemos dicho antes, es decir, con los mismos condicionamientos que en fase de construcción. Sin embargo, el precepto sigue manteniendo, aun con la condición de ajustarse al tan repetido Título Quinto del Libro I, la posibilidad de *ampliación*. Ciertamente, resulta contradictoria esta posibilidad con la negativa del art. 105.2 TR a la ampliación del objeto del contrato. Así pues, parece que sólo será factible si con ella no se pretenden cumplir finalidades nuevas o introducir prestaciones susceptibles de utilización o aprovechamiento independiente. En cualquier caso, la introducción de este término *ampliación* que no contempla el 243 TR referente a la modificación de la obra en fase de ejecución, ni el art. 234 TR referente a la modificación del contrato de obras, pudiera ser indicativa del sesgo que propugnamos: la interpreta-

ción con criterio amplio de las prevenciones legales modificatorias de suerte que se modulen y adecuen en consideración a la larga duración de este contrato, atemperando así veleidades de resolución fruto de una interpretación rigorista que seguramente originará graves perjuicios al interés público.

El precepto conserva la posibilidad de realización de obras complementarias siempre que estén directamente relacionadas con el objeto de la concesión durante la vigencia de ésta, si bien con la nueva prevención de sólo ser posible cuando concurren las circunstancias del art. 171.b) TR. La alusión a este precepto conjura las admoniciones que presentó la Comisión Europea sobre posibilidad sin tasa de obras complementarias adjudicables directamente al concesionario.

C. *El contrato de gestión de Servicios Públicos*

a) *Precisiones preliminares*

Conviene tener presente el concepto que a efectos europeos da la Directiva 2004/18 de este Contrato⁶⁹. Su art. 1.4 dice: *La “concesión de servicios” es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.*

Así pues, la asunción y transferencia de riesgos al concesionario, como recuerda recientemente la Sentencia de 10 de marzo de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), Stadler, que a su vez rememora la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, (C-206/08, Rec. p. I-8377, apdo. 51), es característica de este contrato, aunque pueda serlo de forma limitada. Por ello alguna doctrina estima que del Concierto, la Gestión Interesada y la Sociedad de Economía Mixta, que junto con la Concesión establece el art. 277 TRLCSP como modalidades de este contrato de gestión de servicios públicos, sólo la última puede entenderse incluíble en el concepto de la Directiva. Sin embargo, el art. 17 de la misma excluye de su aplicación al contrato de concesión de servicios públicos lo que en principio indicaría que a la modalidad de concesión, única incluíble en el concepto de la Directiva, sólo le serían exigibles los principios generales comunitarios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia. Pero esta afirmación debe ser matizada dado lo previsto en el TRLCSP. Si bien es cierto,

.....

69 De nuevo aludir a la propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión que incluye la de servicios, [Bruselas, 20.12.2011COM(2011) 897 final]. La vigente Directiva 18/2004 define la concesión de servicios pero la excluye de su ámbito de aplicación.

que los contratos de gestión de servicios públicos y esencialmente administrativos hasta hace bien poco⁷⁰, no están incluidos en la delimitación general que el art. 13 realiza de los contratos sujetos a regulación armonizada, el régimen jurídico de los mismos por propia decisión del legislador español es más exigente que esa simple sujeción a los principios dichos aunque quizá no tanto como el resto de los demás contratos administrativos sujetos a la Directiva.

Y al respecto, habría que distinguir las exigencias en fase de adjudicación y en fase de ejecución. En la primera lo más relevante es que estos contratos al no ser de regulación armonizada en ningún caso precisan de publicidad comunitaria. Así se infiere claramente de los arts. 141 y 142 del TRLCSP. Por consiguiente, el régimen para su adjudicación cuando se trate de contratos de las Administraciones Públicas, será el que con carácter general establece para ellos la LCSP, con alguna especialidad como las circunstancias que posibilitan acudir al procedimiento negociado del art. 172.b) del TRLCSP. Mayores singularidades se detectan en cuanto a la ejecución de este contrato. Así, en la revisión de precios (art. 89.1). Más significativamente en el art. 276 por el cual *los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de gestión de servicios públicos se regularán por la presente ley, excluidos los artículos 212, apartados 2 a 7 –ejecución defectuosa, demora y penalidades–, 213 –resolución por demora y prórroga de los contratos–, 220 –suspensión de los contratos– y 222 –cumplimiento de los contratos y retención de la prestación–, y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella*. También en el art. 278 TR referente a la duración de este contrato. Por supuesto su especial vinculación con la prestación de un servicio público propio de la administración concedente obliga a que la ley establezca prevenciones tendentes al buen desenvolvimiento del mismo a lo largo de su, por lo general, larga duración que habrá tenerse en cuenta en la interpretación del art. 282 TR dimanante de la LES.

b) *Las modificaciones del contrato de gestión de servicios públicos del art. 282 del TRLCSP*

Si volvemos al dictamen motivado de la Comisión, y, especialmente, a su apdo. 3.6 (disposiciones de la LCSP sobre la modificación de la concesión de servicios públicos) parecería que hay un rechazo general de todo él. Sin embargo, y creo que con razón, las correcciones introducidas en el mismo, que

.....

70 La característica conceptualización como administrativo del contrato de gestión de servicios públicos ha sido alterada como consecuencia de la modificación, por obra de la LES, del art 8 de la LCSP (ahora TR) que ha añadido como entes contratantes del mismo a la mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social.

parece han contentado a la Comisión, se limitan a condicionar las *modificaciones* a lo previsto en el nuevo Título V del Libro I. Aun así, este condicionamiento debe atemperarse a la especial naturaleza de este contrato donde el acaecimiento de circunstancias imprevisibles es más que considerable⁷¹. Quizá por ello y observando que el propio dictamen motivado hace referencia al Libro Verde sobre colaboración público-privada en materia de contratación pública y concesiones (COM (2004)327), bien podrían aprovecharse sus palabras por las que las modificaciones no contempladas en los pliegos son aceptables cuando un acontecimiento imprevisible las hace necesarias o cuando están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas. Así mismo, habrá que recordar que ante la figura concesional la propia Comisión Europea es consciente de la necesidad de buscar fórmulas de equilibrio como lo demuestra la Comunicación de la Comisión sobre Colaboración Público-Privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [Com (2005) 569 final], al señalar en cuanto al contenido de una iniciativa comunitaria en materia de concesiones⁷² que [...] *podría abordar los problemas relativos a la larga duración de las concesiones, como la necesidad de adaptarse en el tiempo.*

Todo ello sugiere que su interpretación observe que este art. 282 continúa teniendo por título *Modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio económico*. Y convendrá señalar que su antecedente, el art. 163 de la LCAP, titulado modificación y sus efectos [del contrato de Gestión de SP, se entiende],

.....

71 Rememorar añeja doctrina jurisprudencial, de la que puede ser expresión la sentencia del TS de 2 de Diciembre de 1988 (Aranzadi, 1988\9451), por la cual el principio tradicional del riesgo y ventura, así como el de la inalterabilidad de los contratos sufren importantísimas atenuaciones en el campo de la concesión de los servicios públicos, destacando que, ante todo, la concesión está dominada por un criterio fundamental: mantener la continuidad de la prestación del servicio. Así mismo, no puede obviarse radicalmente el acervo jurídico patrio que reconoce la jurisprudencia del TS (por ejemplo, en la STS de 19 de septiembre de 2000) por el cual el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones administrativas resulta un principio básico de toda figura concesional, y que [...] *el concepto jurídico indeterminado de la expresión equilibrio económico de la concesión, [...] no puede ser entendido más que como la búsqueda, en la medida de lo posible, de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles que en todo contrato de concesión está implícito y que persigue una honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige.*

72 A esta iniciativa responde la mencionada propuesta de nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión [Bruselas, 20.12.2011COM(2011) 897 final].

contenía tres apartados cuya redacción conservó idéntica la LCSP en su versión original en sus tres primeros apartados del entonces art. 258. Pero esta Ley le añadió los apartados 4 y 5 con el designio de referirlos más específicamente a la segunda proposición de su título, el mantenimiento del equilibrio contractual, en el entendido, como dice Moreno Molina⁷³, de que *la idea esencial de hacer viable la realización del servicio público objeto de la concesión hizo que la tesis del riesgo y ventura gestada en relación con el contrato de obras se sustituyese en la concesión del servicio público por la mutabilidad del contrato y el mantenimiento económico financiero del mismo*. Asimismo, con tal adición la LCSP habría tratado de sublimar en el precepto los criterios jurisprudenciales sobre las conocidas doctrinas del *factum principis* y del riesgo imprevisible y su proyección sobre el mantenimiento del equilibrio económico de este contrato. Este esquema modificador descansaba en las “facilidades” para llevarlo a efecto siempre en presencia de un interés público que lo justificara en cuya valoración *la Administración posee necesariamente un amplio margen de apreciación*.

Pero la LES, en aras a esos principios comunitarios, trató de frenar vigorosamente toda modificación que no prevista pretendiera imponer una parte o consensuar ambas, dejando en los contratos administrativos un estrecho margen al *ius variandi*. Por ello y justamente por las especiales características de este contrato, resulta necesario distinguir el alcance que la modificaciones *no previstas* puedan tener según cual sea su causa eficiente (si lo están, a ellas habrá de atenerse; y habrán podido establecerse con detalle o amplio espectro). Si obedecen al *ius variandi* propiamente dicho⁷⁴, deberá limitarse su ejercicio de forma rigurosa a lo previsto en el art. 107; pero si la necesidad de alterar o adecuar el desenvolvimiento de la gestión del servicio dimana del *factum principis* o de la denominada teoría del riesgo imprevisible, parece que el desenvolvimiento del servicio deberá adaptarse a lo que estos exijan sin importar tanto los límites del repetido art. 107 pues su continuidad resulta capital.

Podríamos decir que el art. 282 al haberse remozado con esas alusiones al nuevo Libro V del Título Primero ha visto perturbada en alguna medida su lógica primitiva. En efecto, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que postula no puede tener el mismo alcance frente a lo que son modificaciones *ex ius variandi* que frente a lo que son condiciones de ejecución

.....

73 MORENO MOLINA, J.A. / PLEITE GUADAMILLAS, F. (2011): *op. cit.*, p. 758.

74 Podemos entender que lo son las dispuestas por la administración que alteren “las características del servicio contratado” que refieren el apdo. 1, y, la letra a) del apdo. 4 de este art. 282 del TRLCSP.

propias de este contrato cuales son, a mi juicio, las consignadas en las letras b) y c) de su apdo. 4. Así pues, las de la letra b) *cuando las actuaciones de la administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato* –sinónimo de *factum principis* propiamente dicho– exceden de las circunstancias de la letra e) del núm. 1 del art. 107 que podríamos calificar como un *factum principis* atenuado. Por consiguiente, esas actuaciones de la Administración señaladas en el art. 282.4.b), *factum principis* propiamente dicho, deben determinar de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato produciendo la obligatoriedad de restablecer in integrum su equilibrio económico en beneficio de la parte que resulte perjudicada, lo cual puede superar los márgenes del art. 107. Sin embargo, el *factum principis* atenuado del 107.1 e), al no producir tal ruptura solo conlleva ajustes que por su naturaleza deben ser subsumibles en los estrechos límites del mismo. Por lo que afecta a la letra c) del núm. 4 del art. 282 TR, *Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato*, es claro que tampoco es lo mismo que lo buscado en la letra c) del núm. 1 del art. 107. Y no lo es porque para las del art. 282.4. c) precisa que *A estos efectos, se entenderán por causas de fuerza mayor las enumeradas en el art. 214 de esta ley*, acotación que no aparece en el 107 sobre cuyo alcance reiteramos lo expresado en la Circular del Abogado General del Estado núm. 1/2011 de 7 de abril.

El desajuste del precepto como consecuencia de los “parches” de la LES obliga también a meditar sobre el alcance de las medidas que su apdo. 5 sigue explicitando para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en idénticos términos que su redacción original. Continúa disponiendo en su primer inciso que: *En los supuestos previstos en el apartado anterior* –es decir el 4– *el restablecimiento del equilibrio económico se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan*. Y añade en su siguiente inciso: *Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente*. Aunque el primer inciso remita a los 3 supuestos del núm. 4, ya hemos visto que no deben tener igual intensidad modificatoria. Así pues, si las modificaciones obedecen a ejercicio de *ius variandi* en sentido estricto, la remodelación de tarifas o de cualquiera de las cláusulas de contenido económico están lastradas por ese impedimento del 10 por ciento en más o en menos del precio de adjudicación. Sin embargo de tratarse de *factum principis* (282.4.b) o riesgo imprevisible (282.4.c) que *rompan sustancialmente la eco-*

*nomía del contrato*⁷⁵ no debería operar tal lastre. A pesar de todo, parece que el temor reverencial a atentar contra los principios comunitarios de defensa del libre mercado, impedirá la adopción, incluso en estos dos últimos casos, de fórmulas de reequilibrio que hagan exceder la duración del contrato en más de un 10% sobre su duración inicial.

D. *El Contrato administrativo de suministro*

El art. 296 TR también ha sufrido obligadas modificaciones como consecuencia de esas determinaciones generales que establece el nuevo Título V del Libro I.

Su texto primitivo dejaba claro que el contratista debía asumir como obligación el aumento, reducción o supresión de las unidades de bienes que integraran el suministro, o la sustitución de unos bienes por otros, siempre que estuvieran todos ellos comprendidos en el contrato. De tratarse de supresión o reducción de unidades o clases de bienes, no tenía derecho a reclamar por el lucro cesante salvo que alteraran en más o en menos el 20% del precio primitivo que facultaba a resolver con indemnización de los daños y perjuicios probados. De aumentarse el número de unidades de bienes a suministrar, el contratista tenía derecho al precio de los bienes realmente suministrados sin perjuicio de poder resolver el contrato si el aumento representaba más del 20% del precio primitivo. Pero con arreglo a la redacción original no había inconveniente –y era práctica habitual– en sobrepasar por acuerdo de las partes ese 20% del precio primitivo. Únicamente debía ponerse coto a incrementos expresivos de modificación sustancial con la dificultad de identificar dónde poner el límite.

A esa facilidad hubo de ponerse freno, y por ello el precepto⁷⁶ ha experimentado alteraciones por las que: a) ese aumento, reducción o supresión de unidades, para ser legítimo, además de fundamentarse en el art. 219 TR –hoy casi

.....

75 La presencia del elemento *ruptura* resulta clave para determinar el alcance de las consecuencias que pueden acaecer. En el régimen anterior a la LES, y más en los contratos de gestión de servicios públicos, se permitía con facilidad su modificación mediando razones de interés público, en cuya apreciación –según la jurisprudencia española [STS de 19 febrero 2008, RJ\2008\1739, Caso Sogecable]– *la administración posee necesariamente un amplio margen de apreciación*.

76 El texto literal de este artículo 296 TRLCSP es el siguiente: “Modificación del contrato de suministro. *Cuando como consecuencia de las modificaciones del contrato de suministro acordadas conforme a lo establecido en el artículo 219 y en el Título V del Libro I, se produzca aumento, reducción o supresión de las unidades de bienes que integran el suministro o la sustitución de unos bienes por otros, siempre que los mismos estén comprendidos en el contrato, estas modificaciones serán obligatorias para el contratista, sin que tenga derecho alguno en caso de supresión o reducción de unidades o clases de bienes a reclamar indemnización por dichas causas*”.

reducido a proclamar la exigencia de interés público en la modificación— debe ajustarse al repetido Título V del Libro I. Por tanto, de existir previsiones modificatorias en los pliegos éstas podrán abarcar —de no superar los límites del art. 105 TR— cualesquiera aspectos del contrato de suministro y no sólo el aumento, reducción o supresión de unidades de bienes a suministrar, pudiendo preverse límites superiores al diez por ciento que afectan a los supuestos de imprevisión; y por otro, que en las no previstas las limitaciones del 107 TR afectarán al conjunto de posibles modificaciones. Por decirlo de otra manera, ante imprevisiones contractuales cabe jugar con el número de unidades a suministrar —siempre que sean de las del contrato— bien aumentando, reduciendo, suprimiendo o sustituyéndolas, si todo ello en su conjunto no sobrepasa ese diez por ciento. Ahora bien, si además de jugar con aumentos, supresiones etc. en el número de unidades, se presenta alguna diferente circunstancia del art. 107 que faculte a modificar, estas modificaciones y las concernientes al número de unidades se superponen de manera que entre todas ellas no podrá rebasarse el tan repetido diez por ciento. Esto supone un tratamiento diferente al del contrato de obras en el criterio expresado por las Juntas de Contratación administrativa de Aragón y Canarias de poder aumentar un 10 % por exceso de mediciones y hasta otro 10 % por concurrir otras circunstancias previstas en ese art. 107. En el de suministro el conjunto de modificaciones imprevistas tiene pues ese límite máximo del 10 %. Y, b) Suprime la facultad del contratista [letra c) del original art. 275] de resolver frente modificaciones en más o en menos del 20 % del contrato que ya no pueden imponerse. Resta ahora al contratista como opción resolutoria, esgrimir y probar la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos pactados, por causa a él no imputable, al sobrevenir la necesidad modificarlo en cuantía superior al 10 % [art. 223.g) TR]. Si lo consigue, tendrá derecho a una indemnización del 3 % de la prestación dejada de realizar (art. 225.5).

E. *El contrato administrativo de Servicios*

Con arreglo a la primitiva redacción del hoy art. 296 TRLCSP también era posible modificar el contrato de servicios mediante el aumento, reducción o supresión de los equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros, siempre que los mismos estuvieran contenidos en el contrato, resultado obligatorio para el contratista de consistir en supresión o reducción de unidades o clases de equipos y sin derecho a indemnización por el lucro cesante. Podía, no obstante, instar su resolución de rebasar con ellas, en más o en menos, al 20% el precio primitivo del contrato. En el supuesto de aumento en las unidades o números de equipos a mantener también resultaban obligatorias con derecho a cobrar su importe a los precios de contrato y con idéntica facultad —no obligación— de resolver si estos aumentos excedían del 20 % del precio primitivo del contrato.

Pero la LES condicionó tales posibilidades de modificar a que no se vulneraran las prevenciones del Título V del Libro I. Esta invocación legal advierte de una doble situación: a) que el pliego haya previsto modificaciones, que habrán de serlo con todo ese lujo de detalle del art. 106, pudiendo contemplar situaciones que no consistan la mera reducción, supresión o sustitución de equipos a mantener, o el aumento de estos, y sin tasa, en principio, en cuanto a la incidencia que sobre el precio puedan suponer, siempre que se cuantifique; o, b) que no se prevean, en cuyo caso los repetidos aumentos, reducciones o supresiones estarán lastrados por las draconianas condiciones del art. 107. Sin embargo, no deben sobreañadirse impedimentos. Es decir, puede entenderse que por mandato legal hay una autorización a la Administración para ordenar esos aumentos, reducciones, supresiones o sustituciones con el sólo límite de no alterar en más o en menos el 10 % del precio primitivo del contrato que como barrera infranqueable estipula la letra c) del apdo. 3 del repetido 107.

Diferente de la modificación contractual, aunque quizá será problemático diferenciarlas, es la posibilidad de contratar servicios complementarios del contrato principal. Ello estaba ya previsto en el 158.b) del texto original que a su vez fue rectificado por la LES luciendo hoy en el art. 174.b) TR. El precepto, en armonía con la Directiva, sigue permitiendo ahora la contratación mediante procedimiento negociado sin publicidad y con el mismo suministrador principal, servicios complementarios que no figuraban ni en el proyecto ni en el contrato. Ahora se añade la exigencia de que concurra una circunstancia imprevisible para un *poder adjudicador* –antes aludía a la Administración– *diligente*. Así pues, volvemos a encontrarnos con la indeterminación de este término que habría de interpretarse con arreglo a la figura de la *Lex artis ad hoc*. Por supuesto, exige que el contrato complementario de servicios se estipule de acuerdo con los precios del contrato principal, o, de no existir, con los fijados contradictoriamente. Estos servicios complementarios serán inseparables, técnica o económicamente, del contrato principal, y su inejecución habría originar grave inconveniente al órgano de contratación. El importe acumulado de los complementarios no podrá superar el 50 % del precio primitivo del contrato.

F. *El contrato de colaboración público privada*

El carácter residual de esta fórmula contractual administrativa –sólo utilizable para proyectos complejos o extraordinariamente innovadores cuya articulación no pueda llevarse a efecto mediante los otros tipos contractuales– generalmente de larga duración, y en la que está presente la posibilidad de que Administración y contratista concreten los elementos del contrato en cada caso, hace impensable la ausencia de previsiones respecto de su futura modificación.

Por otro lado, dado que su régimen jurídico (art. 313 TRLCSP) se ordena, además de por las normas generales de la Ley (Título I, Libro IV) concernientes a los contratos administrativos, por las especiales correspondientes al contrato típico *cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquel*, el sistema particular de modificaciones, a falta de previsiones, se ajustará a lo precedentemente indicado para cada uno de ellos.

V. ARTICULACIÓN EN LOS NUEVOS PLIEGOS DE LAS NOVEDADES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

Las dificultades para introducir modificaciones, constante contrato, de no haberse previsto en el pliego, y por el contrario la facilidad y relativa amplitud con que pueden disponerse circunstancias que permitan hacerlo, siempre con la minuciosidad que exige el art. 106, hacían presagiar una pequeña revolución en la redacción de pliegos técnicos y administrativos que por el momento no parece haberse producido.

Debe decirse que diversos Ministerios, Comunidades autónomas y Entidades Locales importantes han procedido a reformar sus modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares para dar entrada al nuevo régimen. La técnica seguida usualmente es la misma: efectuar una indicación general sobre la eventualidad de modificar en una cláusula estereotipada inserta en el pliego –que casi siempre no hace sino aludir al nuevo Título V del Libro primero de la Ley, y/o a reproducir sus artículos–; así como mencionar los preceptos correspondientes a la modificación del concreto contrato administrativo objeto del pliego [cuando lo es]. Y esa cláusula general remite, con carácter constitutivo, a lo que se denomina *cuadro de características o resumen* concerniente a la específica licitación. Es allí donde habrán de particularizarse las opciones y condiciones de la futura modificación si es que eventualmente se opta por ella. Pero la verdad es que, al menos en los primeros meses de vigencia de la LES cual puede advertirse del examen de anuncios en la Plataforma de Contratación del Estado, estos cuadros-resumen pocas veces contemplan opciones específicas de modificación, y si lo hacen no son gran trascendencia⁷⁷. Quizá sea demasiado pronto.

.....

77 Como excepción resultan de interés pliegos del Ministerio de Fomento para contratos importantes de construcción de carreteras (variante CN 435), o contrato de servicios de mantenimiento en carretera en Madrid, o de servicios de redacción de proyecto de mejoras en la autovía V-31 Silla-Valencia.

Hay casos, pocos, en que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se redacta totalmente a la medida del contrato a licitar si bien en ellos tampoco se ha visto gran preocupación por los posibles problemas futuros de modificación. También se han examinado pliegos de Poderes adjudicadores, no Administración Pública⁷⁸, que por su carácter privado parecería que habrían de mostrar mayor preocupación por esta problemática sin que se constaten grandes cambios. Se aprecia frecuentemente en estos contratos privados una traslación mimética de algunas determinaciones que la ley prevé para las modificaciones de los diversos tipos de contratos administrativos, especialmente cuando se trata de obras. Así mismo, se ha constatado que los pliegos de entidades del sector público no administración ni poder adjudicador tampoco prestan mucha atención al problema. E incluso, en algunos supuestos y a pesar de de estar ya vigentes las modificaciones introducidas por la LES, los responsables no parecen haberse enterado al utilizar textos estereotipados redactados con arreglo al régimen legal anterior.

Por otra parte, tras la entrada en vigor de la LES y hasta finales de 2011 no parece que se hayan planteado ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –ni ante el de Aragón– impugnaciones específicas frente a cláusulas modificatorias. Posiblemente, los licitadores no hayan interiorizado su trascendencia, y, sobre todo, sean escasas las cláusulas modificatorias de verdadero calado. No parece probable que se vayan a multiplicar los recursos a no ser que se trate de impugnar cláusulas de modificación que puedan tener reflejo en la valoración de las propuestas o en las condiciones exigibles a los licitadores.

VI. CAMBIOS EN EL FUTURO: LAS PROPUESTAS DE NUEVAS DIRECTIVAS

En armonía con la denominada Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, la Comisión Europea en su Comunicación de 13 de abril de 2011, *Acta del Mercado Único: 12 prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza*, señalaba la necesidad de una revisión y modernización del marco normativo de la contratación pública para flexibilizar la adjudicación de los contratos públicos y para que éstos pudieran servir mejor como apoyo de otras políticas. Al efecto se efectuaron consultas a los

.....

78 Puede verse el correspondiente al Contrato de Obras de la Sociedad Anónima Estatal ACUAMED de conducción de aguas desde estación desalinizadora Enlace Carboneras-Los Llanos de Almería.

sectores interesados que incidieron sobre la necesidad de simplificar las normas de contratación, incrementar su eficiencia y eficacia, y, hacer que se adapten mejor a la evolución del contexto económico y social.

Fruto de lo anterior es la adopción de tres propuestas de Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo aparecidas a finales de diciembre de 2011 (días 20 y 21) relativas a la contratación pública la primera, a la contratación por las entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, la segunda, y, la tercera, y más novedosa referente a la adjudicación de los contratos de concesión. Las dos primeras sustituirán a las actuales directivas 2004/18CE y 2004/17CE. Se pretende que las mismas se aprueben antes de finalizar 2012 con la obligación por parte de los estados miembros de trasponerlas *a más tardar el 30 de junio de 2014*.

No es este el momento ni el contexto para hacer glosa de las innovaciones que suponen estas propuestas de Directivas, pero sí apuntar la presencia de regulación concerniente a modificaciones contractuales inexistente en las Directivas precedentes. A este fin detenemos el examen en la propuesta de Directiva de Contratación Pública [Bruselas 20/12/2011 COM (2011) 896 final] cuyos planteamientos prácticamente repiten, con algunas adaptaciones, las otras dos propuestas de Directivas.

En su Exposición de Motivos y dentro del epígrafe «Explicación Detallada de la Propuesta», su inciso relativo a modernización de los procedimientos señala que [...] *la modificación de los contratos durante su periodo 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 periodo de vigencia.*

Por su parte, los Considerandos 45 a 48 recuerdan la necesidad de nueva licitación cuando en el contrato inicial se requiera introducir cambios *fundamentales* que demostrarían la intención de las partes de renegociar. Pero también que los poderes adjudicadores *pueden tener que hacer frente a circunstancias externas imposibles de prever cuando se adjudicó el contrato cuya solución requiere cierto grado de flexibilidad* para adaptarlo a esas circunstancias *sin necesidad de una nueva adjudicación*. Igualmente, que los principios de igualdad de trato y de transparencia implican que el adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador sin nueva licitación *sin perjuicio de que los cambios estructurales en el adjudicatario no deben exigir automáticamente nuevos procedimientos*. También la posibilidad de prever modificaciones por medio de cláusulas de revisión aunque no cabe darles una discrecionalidad ilimitada.

De la filosofía de esa Exposición de Motivos y de los Considerandos, se colige una mayor flexibilidad en punto a la posibilidad de modificar en línea con lo preconizado en este trabajo en interpretación del Derecho vigente. Tales planteamientos se articulan en los novedosos artículos de las tres directivas referidos a la modificación de los contratos durante su vigencia. Vista la semejanza de los tres textos, destacamos el art. 72 de la Propuesta de Directiva de Contratación. Este utiliza repetidamente el término *sustancial* para calificar las modificaciones que requieren nueva licitación, así como que estas resulten importantes en el conjunto del contrato. Hay dos aspectos significativos: autoriza con carácter general las modificaciones de detalle siempre que no superen el 5 % del precio inicial del contrato; y, por otra parte, permite un mayor juego en el tratamiento de la aparición de circunstancias imprevistas que –siempre bajo la prevención de que lo serán cuando ello no hubiera podido ser atisbado por un adjudicador diligente, y no se altere la naturaleza global del contrato– podrán autorizar un aumento en el precio de hasta el 50%. Como puede colegirse, la situación es notablemente distinta a lo hoy dispuesto para las imprevistas en el art. 107 que las limita al 10%, en más o en menos, del precio del contrato.

Este nuevo régimen de modificaciones y el mayor aire para las imprevistas tiene correspondencia con algo también importante: la desaparición de la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad para adjudicar al contratista principal contratos complementarios de obras y servicios (art. 30)

Otra cuestión que tiene que ver, en definitiva, con el problema de las modificaciones, es la indicación a los estados miembros de que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de resolver un contrato público durante su período de vigencia, cual señala el primer párrafo del art. 73. Constituye a mi juicio el mandato de asignarles especiales facultades o instrumentos para implementar *per se* la resolución contractual en determinados casos, entre los que se incluye la circunstancia de que el contrato precise una modificación que exceda de los límites previstos en transcrito art. 72, que exigiría una nueva adjudicación. Naturalmente, y así lo dice el precepto, ello significará articular las correspondientes herramientas jurídicas con arreglo al derecho nacional.

VII. UNA REFLEXIÓN FINAL

Aunque en tiempos de turbación no conviene hacer mudanza, quizá sea mejor iniciarla para, sin prisas pero sin pausas, enderezar el sinvivir de una norma que no encuentra su acertada derrota. El horizonte de la nuevas Directivas puede ser un revulsivo para el replanteamiento integral de nuevas normas sobre contratos públicos que los disciplinen con eficacia y sin sobresaltos durante un razonable

periodo. Se ha visto al analizar la compleja y siempre redundante necesidad –o provocación– de la modificación contractual, cómo las exigencias comunitarias demandan instrumentos en manos de los poderes adjudicadores y de los órganos de corrección de las patologías contractuales⁷⁹ que aseguren tanto la salvaguardia del mercado y los mercaderes, como de los propios fines de la contratación pública fuertemente enraizados, se quiera o no, con los intereses generales que sustentan los servicios y prestaciones públicas.

Quizá el nudo gordiano de la decisión radique en una disyuntiva de gran calado: ¿Deben abandonarse los paradigmas del derecho administrativo en la contratación pública de manera que se instale en un esquema iusprivatista aunque con mecanismos en manos de los entes adjudicadores y de los órganos responsables de los procedimientos de recurso para cumplir con los principios y exigencias del Derecho Comunitario? o, por el contrario, ¿debe retornarse hasta donde sea posible por la senda del derecho administrativo? Ni una ni otra elección resultará sencilla de articular. La primera, por el tremendo cambio de mentalidad que habría de propiciarse en las distintas administraciones y sus gestores, además de los erizados problemas de casar determinadas facultades para los adjudicadores con los postulados iusprivatistas; la segunda, por la necesaria recomposición de la organización, naturaleza y papel de los entes públicos y de sus formas de actuar, de manera que la verdadera contratación pública –en el sentido de las Directivas– se accione generalizadamente por entes insertos en la administración sujetos al derecho administrativo y, por tanto, con las potestades necesarias –obviamente en ese marco del Derecho Europeo que las ha devaluado– para la mejor gestión de todo el proceso de contratación, ejecución y liquidación. Naturalmente, este sesgo administrativista exigirá difuminar o reconducir la utilización de personificaciones privadas en aquellas actividades del sector público que no sean pura y plenamente mercantiles, es decir, absolutamente sometidas a las leyes del mercado. Ello no significa renunciar a las opciones constitucionales de intervención del sector público en la economía si verdaderamente resulta necesario y rentable para interés público, sino de orillar el recurso a determinadas figuras jurídicas con el fin subyacente de prescindir de fiscalizaciones, de ortodoxia presupuestaria y contabilidad pública, y de limitaciones y exigencias en el reclutamiento de personal propias de la administración pública.

.....
79 La nueva propuesta de Directiva de contratación pública apunta un renovado interés por la lucha frente a los conflictos de intereses, las conductas ilícitas y las ventajas desleales (arts. 21 y 22), así como una mejor gobernanza en la materia de la que es expresión (art. 84) la futura obligación de los Estados de constituir un único organismo independiente, responsable de la supervisión y coordinación de las actividades de ejecución [contractual].

Y en ese dilema quisiera romper una lanza por la segunda opción. Creo que la reivindicación del contrato administrativo, que no es la del Conde Don Julián, inserta en un contexto de imprescindible rearme moral⁸⁰ de la sociedad y del actuar administrativo, y atendiendo debidamente a su reconstrucción⁸¹ jurídica y jurisprudencial con arreglo a esas exigencias, puede ser útil para desenmarañar la actual dialéctica, algo esquizofrénica, de la LCSP: Contratos públicos/Contratos privados, y, Contratos sometidos a regulación armonizada/Contratos no sometidos. Puede servirse mejor al interés público subyacente en los genuinos contratos públicos con la figura del contrato administrativo –aun devaluado de potestades– que con el privado. Sin duda, esa reconducción y reconstrucción por la senda administrativa sustentadas en la ineludible profesionalidad e independencia de los servidores públicos y en el marco de una nueva gestión pública presidida, como dice el prof. Gimeno Feliú⁸², por la transparencia, integridad y la eficiencia, coadyuvarán a dignificar y potenciar la contratación pública en beneficio del Común, frenando la corrupción tan desafortunadamente insita en la condición humana.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G. (2007): «El Enigma del Contrato administrativo», *RAP*, 172.
- BERNAL BLAY, M.A. (2011): *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas / Thomson Reuters.
- «El control sobre la modificación de los contratos públicos», *Observatorio de Contratos Públicos*. <www.obpc.es>.
- BLÁZQUEZ ROMÁN, A. (2011): «Modificaciones a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible», *Contratación Administrativa Práctica*, 108 (mayo).
- COLÁS TENAS, J. (2011): «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).
- DEL SAZ CORDERO, S. (2007): «La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», *RAP*, 174 (septiembre-diciembre).

.....

80 Un clamor se extiende cada vez con más fuerza en los medios por parte de ilustres juristas sobre su necesidad. Y así, GARRIGUES WALKER, A. (2012): *De esta crisis [...] tenemos que aprender al menos tres cosas: que no se puede gastar más de lo que se tiene; que todas las burbujas explotan; y que sin ética no hay sostenibilidad, no hay futuro*.

81 ARIÑO ORTIZ, G. (2007): «El Enigma del Contrato administrativo», *RAP*, 172, p. 101.

82 GIMENO FELIÚ, J.M. (2012): «La nueva gestión pública», *Heraldo de Aragón* (7 de enero), p. 19.

- DÍAZ CORRAL, P. / HAYEC RODRÍGUEZ, E. (2011): «La Ley 2/2011 de Economía Sostenible y su incidencia en la Administración local», *Revista de Estudios Locales*, 141.
- DÍAZ LEMA, J.M. (2009): «Contratos públicos versus contratos administrativos ¿Es conveniente mantener la duplicidad de la LCSP?», *REDA*, 141 (enero-marzo).
- DÍEZ CALZADA, J.R. (2011): «Comentarios al nuevo régimen de modificación de contratos del sector público», *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, 112 (septiembre).
- EMBID IRUJO, A. / COLÓN PPIAZUELO, E. (2003): *Comentarios a la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Thomson-Aranzadi.
- FATÁS CABEZA, G. (2012): «Inventar el infierno», *Heraldo de Aragón* (22 de enero).
- HORGUÉ BAENA, C., (1997): *La modificación del contrato de obra, el ius variandi*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- GALLEGUÉ CÓRCOLES, Isabel (2011): «La apresurada exclusión de las modificaciones contractuales del ámbito del recurso especial en materia de contratación», *Observatorio de Contratos Públicos*. <www.obpc.es>
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A. (2009): «Paradojas y sorpresas de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de contratos del Sector público», *REDA*, 142 (abril-junio).
- GARRIGUES WALKER, A. (2012): «Corrupción y Transparencia», *ABC* (22 de enero).
- GIMENO FELIÚ, J.M. (2011): *Las reformas legales de la Ley 30/2007 de contratos del Sector público, alcance y aspectos prácticos*. Civitas / Thomson.
- (2011): «El régimen de modificación de los contratos públicos regulación actual y perspectivas de cambio», *REDA*, 149.
 - (2012): «La nueva gestión pública», *Heraldo de Aragón* (7 de enero).
- GONZÁLEZ VARAS, S. (2008): *Tratado de Derecho Administrativo*, Thomson / Civitas, t. IV.
- MATILLA VÁZQUEZ, FJ. (2010): «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos en el proyecto de ley de economía sostenible», *Revista Aragonesa de administración pública*, 37 (diciembre).
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. (2011): «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*, 110 (julio).
- MELLADO RUIZ, L. (2010): «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de ley de economía sostenible», *Contratación Administrativa Práctica*, 99 (junio).
- MESA VILLA, M. (2011): «La incidencia de la reforma de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, operada por Ley 2/2011 de Economía Sostenible, en el régimen jurídico de contratación de las entidades que no tienen el carácter de Administración Pública», *Contratación Administrativa Práctica*, 108 (mayo).
- MORENO MOLINA, J.A. / PLEITE GUADAMILLAS, F. (2011): *La nueva ley de contratos del sector público, estudio sistemático*, La Ley, 3ª ed.

- MUÑOZ MACHADO, S. (2011): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel, t. IV.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2009): «El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local», *Revista Electrónica CEMCI*, 3 (abril-junio).
- RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2011): «El nuevo régimen de modificación de de los contratos públicos tras la Ley de Economía Sostenible», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, (diciembre).
- VELARDE FUERTES, J. (2011): «El proteccionismo vuelve y rompe Europa», *ABC* (26 de diciembre).