



FACULTAD DE DERECHO

**LOS MODIFICADOS NO CONVENCIONALES
EN LOS CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO: ANÁLISIS CRÍTICO DE SU
RÉGIMEN JURÍDICO**

Autor: Guillermo Avilés Suárez
Tutor: Dra. María Burzaco Samper

Madrid
Abril, 2014

Guillermo
Avilés
Suárez

**LOS MODIFICADOS NO CONVENCIONALES EN LOS CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO: ANÁLISIS CRÍTICO DE SU RÉGIMEN JURÍDICO**



LOS MODIFICADOS NO CONVENCIONALES EN LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: ANÁLISIS CRÍTICO DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Guillermo Avilés Suárez

7 de abril de 2014

RESUMEN

Este trabajo estudia las cuestiones que desde el punto de vista de la regulación de los contratos administrativos plantean las modificaciones de los contratos del sector público cuando las mismas no han sido previstas en la documentación que rige la licitación (modificados no convencionales). La cuestión se aborda tanto desde la perspectiva del derecho interno español, como de la normativa y jurisprudencia comunitaria, dada su necesaria influencia en el primero. Con la publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014 de las nuevas directivas en materia de contratación del sector público, se abren nuevos interrogantes a los que se habrá de dar respuesta.

Palabras clave: contratación pública, contratos del sector público, modificaciones de los contratos, *ius variandi*, modificados no convencionales, prerrogativas de la Administración, derecho comunitario, modificación sustancial, nuevas Directivas comunitarias.

ABSTRACT

The target of this article is to analyze the main issues related with the modification of the public sector contracts, when those modifications have not have been provided for in the initial procurement documents (non-conventional modifications). The issue will be addressed from the perspective of the Spanish domestic law, and from the European law and jurisprudence, given its necessary influence in the former. With the publication in the EU Official Journal (March 28, 2014) of the new directives on public sector procurement, new questions, that will have to be answered, are raised.

Key words: public procurement, public contracts, modification of contracts, *ius variandi*, non-conventional modifications, public administration prerogatives, European law, substantial modification, new European Directives.

ABREVIATURAS

| | |
|-----------------------------|---|
| Arts. | Artículos. |
| BOE | Boletín Oficial del Estado. |
| CC | Código Civil. |
| CE | Constitución Española. |
| Directiva 2004/18/CE | Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. |
| Directiva 2014/24/CE | Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. |
| DOUE | Diario Oficial de la Unión Europea. |
| Ed. | Editorial. |
| <i>Ibid.</i> | <i>Ibidem</i> (abreviada <i>ibid.</i> , <i>ib.</i>). Significa que la referencia es la misma que la de la nota inmediata anterior; se usa cuando autor, título, edición, pie de imprenta, son los mismos, excepto la página. |
| JCCA | Junta Consultiva de Contratación Administrativa. |
| JUR | Jurisprudencia Aranzadi. |
| LCAP | Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. |
| LCE | Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado. |
| LCSP | Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. |
| LES | Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. |
| Núm. | Número. |
| <i>Opus Cit.</i> | Abreviatura latina de <i>opere citato</i> , que significa “obra citada”. |
| P., pp. | Página, páginas. |
| RAE | Real Academia Española de la Lengua. |
| RD | Real Decreto. |
| REDA | Revista Española de Derecho Administrativo. |
| RJ | Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. |
| SSTJUE | Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia. |

| | |
|---------------|--|
| SSTS | Sentencias del Tribunal Supremo. |
| STGUE | Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea. |
| STJCE | Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo. |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. |
| TJCE | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea. |
| TRLCAP | Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. |
| TRLCSP | Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. |
| UE | Unión Europea. |
| Vid. | Abreviatura latina de <i>viden</i> , que significa “véase”. |

SUMARIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 6 |
| 2. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE <i>IUS VARIANDI</i> | 8 |
| 3. LA PRERROGATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DE MODIFICAR LOS CONTRATOS EN LOS SUPUESTOS EN QUE NO ESTUVIESE PREVISTO EN LA DOCUMENTACIÓN QUE RIGE LA LICITACIÓN: ANTECEDENTES. ... | 10 |
| 3.1. El bloque normativo “de los años sesenta”..... | 11 |
| 3.2. El bloque normativo “de los años noventa”..... | 11 |
| 3.3. El bloque normativo “de comienzo del milenio”..... | 11 |
| 3.4. Comentario acerca de los tres primeros bloques normativos. | 12 |
| 4. LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL BLOQUE NORMATIVO “HOY VIGENTE”..... | 14 |
| 4.1. La Ley de Contratos del Sector Público. | 14 |
| 4.1.1. Contenido del artículo 202 LCSP..... | 14 |
| 4.1.2. Comentario acerca del artículo 202 LCSP. | 15 |
| 4.2. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. | 20 |
| 4.2.1. Consideraciones previas. | 22 |
| 4.2.2. Circunstancias que permiten modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación: el artículo 107.1 TRLCSP..... | 23 |
| 4.2.3. El contenido de los apartados 2 y 3 del artículo 107: límites a las circunstancias del artículo 107.1 TRLCSP. | 33 |
| 5. PERSPECTIVAS DE FUTURO: LAS NUEVAS DIRECTIVAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA | 40 |
| 5.1. Circunstancias que permiten la modificación sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación. | 41 |
| 5.1.1. Clasificación cualitativa. | 41 |
| 5.1.2. Clasificación cuantitativa. | 43 |
| 5.2. Supuestos en los que una modificación será considerada como sustancial. | 44 |
| 5.3. Las nuevas Directivas: un paso atrás en la regulación de los modificados. | 45 |
| 6. CONCLUSIONES..... | 50 |
| FUENTES DE INVESTIGACIÓN | 54 |
| 1. Legislación. | 54 |

| | | |
|------|--|----|
| 2. | Documentación..... | 55 |
| 2.1. | Abogacía General del Estado..... | 55 |
| 2.2. | Comisión Europea..... | 55 |
| 2.3. | Consejo de Estado..... | 55 |
| 2.4. | Juntas Consultivas de Contratación Administrativa..... | 55 |
| 2.5. | Ministerio de Economía y Hacienda..... | 56 |
| 3. | Jurisprudencia..... | 57 |
| 6.1. | Tribunal Supremo..... | 57 |
| 6.2. | Tribunal de Justicia de la Unión Europea..... | 57 |
| 6.3. | Tribunales Superiores de Justicia..... | 58 |
| 6.4. | Tribunal General de la Unión Europea..... | 57 |
| 4. | Doctrina..... | 59 |
| 5. | Recursos de Internet..... | 60 |

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, no es infrecuente que la prestación contenida en un contrato del sector público no pueda ser ejecutada de la forma inicialmente prevista. Es en este punto en el que entra en juego la potestad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos (*ius variandi*), distinguiéndose los supuestos en los que la modificación estaba prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación (modificados convencionales) y los supuestos en los que no lo está (modificados no convencionales). Son estos segundos los que constituyen el objeto de estudio del presente trabajo.

La regulación de este tipo de modificaciones ha experimentado innumerables cambios en las últimas décadas, generándose en relación a los mismos una importante discusión doctrinal. Parecía que con la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP) se iba a conseguir poner punto y final a las constantes modificaciones, al cumplir el mismo con las exigencias provenientes de los Tribunales y autoridades comunitarias. Sin embargo, con la publicación, el 28 de marzo de 2014, de las nuevas Directivas en materia de contratación del sector público, se evidencia que la inestabilidad en la regulación continuará en los próximos años. Parece estar en lo cierto COLÁS TENAS¹, al comparar la suerte que vive el ordenamiento jurídico de la contratación del sector público con el mito de Sísifo, ya que el mismo parece condenado a no alcanzar un marco jurídico estable.

Por otro lado, resulta innegable la importancia de esta materia a nivel comunitario y más teniendo en cuenta el progresivo proceso de uniformización que está teniendo lugar en relación a los modificados en materia de contratación del sector público. Este interés de las autoridades comunitarias en regular la contratación pública responde a la importancia macroeconómica de la misma, ya que tal y como se refleja en un informe publicado por la Comisión Europea², la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público supone casi un 18% del Producto Interior Bruto de la Unión Europea. Parece lógico entonces, que la respuesta jurídica que se ha de dar en España en materia

¹ Vid. COLÁS TENAS, J.: “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”. *REDA* núm. 153, 2012, pp. 253-276.

² Vid. COMISIÓN EUROPEA. *Measurement of indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*. 2010, p. 11. Ejemplar consultado en: http://www.publictendering.com/pdf/indicators2008_en.pdf . Última consulta: 26 de marzo de 2014.

de modificados no convencionales ha de ser la misma que la dada en cualquier otro Estado Miembro.

Son cuatro las partes en las que se ha dividido el desarrollo de este trabajo, para terminar con unas conclusiones recopilatorias de todo lo anterior.

Se comenzará con una aproximación al concepto de *ius variandi* y un análisis de los antecedentes normativos de los artículos 202 de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP) y 107 TRLCSP, para poder lograr una mejor comprensión de la regulación actual.

A continuación, se analizará el contenido de los artículos 202 LCSP y el 107 TRCSP, tratando de aclarar su contenido dada la abundancia de conceptos jurídicos indeterminados. Especialmente novedosa resulta la redacción del nuevo artículo 107 TRLCSP, en la que se enumeran, por un lado, las circunstancias que permitirán introducir modificados que no estuviesen previstos en los pliegos o en el anuncio de licitación y, por otro, los supuestos en los que una modificación será considerada como esencial, y en los que por tanto, no se podrán introducir modificaciones y se habrá de iniciar un nuevo procedimiento de licitación y adjudicación. Para poder realizar un análisis adecuado de los artículos anteriormente citados, recurriremos a informes del Consejo de Estado, a recomendaciones y resoluciones de Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, a jurisprudencia nacional y comunitaria y, a lo señalado en relación a la materia por la doctrina administrativista.

Por último, se tratará de vislumbrar la evolución que en el futuro tendrá la regulación de los modificados no convencionales. En este sentido, con la publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014 de una serie de Directivas en materia de contratación pública³ se ha iniciado un nuevo proceso de uniformización a nivel europeo que parece que aclarará por donde irán los derroteros.

³ Una de ellas relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, otra relativa a la contratación pública en general y otra relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

2. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE *IUS VARIANDI*

El *ius variandi* constituye, sin duda alguna, la más importante de las prerrogativas de las que goza la Administración en materia de contratación pública. Recuerda GARCÉS SANAGUSTÍN⁴, que la atribución de prerrogativas a la Administración, y en nuestro caso al órgano de contratación, descansa en la idea existente en el derecho español de atribuir al poder contratante determinadas potestades que podrá ejercitar unilateralmente, con la finalidad de preservar el interés público.

El artículo 1091 del Código Civil (en lo sucesivo, CC), recoge el principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*” (*contractus lex inter partes*). En el supuesto de contratos celebrados por el sector público, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo en diversas sentencias⁵, la “fuerza de ley” residirá en los pliegos. Dicha afirmación habrá de ser entendida en el sentido de que el poder regulador del pliego en la relación contractual, está en todo momento supeditado respecto a las normas y principios de rango superior de nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, tal y como precisa VÁZQUEZ MATILLA⁶, el valor del pliego de condiciones es meramente contractual, y no normativo. Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en lo sucesivo, JCCA) del Estado ha señalado en su Informe 71/99, de 11 de abril de 2000⁷, que el principio *pacta sunt servanda* (del que se deriva el principio de inalterabilidad del contrato) se ve limitado, precisamente, por un principio contrario: el principio de mutabilidad o *ius variandi*. En la misma línea, se pronuncia la jurisprudencia⁸, yendo quizás más allá, al señalar que los principios *lex inter partes* y *pacta sunt servanda*, de fuerte influencia civilista, han sido desplazados por la doctrina administrativa siguiendo la jurisprudencia del Consejo de

⁴ Vid. GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: “La modificación de los contratos. La reforma prevista en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Incidencia de la jurisprudencia comunitaria”. 2011, p. 1. Ejemplar consultado en: <http://www.caib.es/govern/archivo.do?id=717363>. Última consulta: 18 de febrero de 2014.

⁵ Vid. SSTS (Sala Tercera) de 21 diciembre 1988 (Recurso núm. 1421 de 1985; ponente: Ángel Martín del Burgo y Marchán; RJ\1988\10220) y de 7 julio 1986 (Ponente: Ángel Martín del Burgo y Marchán; RJ\1986\6865).

⁶ Vid. VÁZQUEZ MATILLA, F.J.: “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”. REDA núm. 143, 2009, pp. 529-563.

⁷ Vid. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Informe 71/99, de 11 de abril de 2000. Asunto: “Interpretación de la normativa vigente sobre la fase de ordenación de pago n de pago de pagos en obras y restante restantes actuaciones habituales en la en la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de la de las Aguas”.

⁸ Vid. STS (Sala Tercera) de 13 abril 1981. Ponente: Paulino Martín Martín. RJ\1981\1841.

Estado Francés y sustituidos por los principios de mutabilidad del contrato administrativo, Administración colaboradora, equilibrio financiero y honesta equivalencia de las prestaciones. De este modo, el *ius variandi* constituye la más clara nota diferenciadora que presentan los contratos celebrados por la Administración Pública, en relación con los contratos civiles o mercantiles, en los que la inmutabilidad del contrato constituye la regla general.

El fundamento de esta facultad es el interés general, recogido en el artículo 103 de la Constitución Española de 1978 (en lo sucesivo, CE)⁹, el cual ha de estar suficientemente motivado en el expediente de modificación de los contratos.

No obstante, esta prerrogativa, tal y como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, tiene carácter excepcional, siendo una facultad reservada para aquellos supuestos legales tasados y debiendo recibir los mismos una interpretación restrictiva, puesto que en caso contrario se infringiría el principio básico recogido en el artículo 1256 CC, que señala que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes¹⁰. Asimismo, esta concepción ha de encontrarse en consonancia con la jurisprudencia de los tribunales europeos y con el ordenamiento comunitario, en concreto, con los principios recogidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE: principio de igualdad, no discriminación y transparencia en la fase de adjudicación y ejecución del contrato.

⁹ Señala el artículo 103.1 CE lo siguiente: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

¹⁰ Vid. SSTS (Sala Tercera, Sección 4ª) de 16 abril 2008 (recurso de casación núm. 5034/2005; ponente: Santiago Martínez-Vares García; RJ\2008\2460) y de 4 abril 2007 (recurso de Casación núm. 923/2004; ponente: Celsa Pico Lorenzo; RJ\2007\2000).

3. LA PRERROGATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DE MODIFICAR LOS CONTRATOS EN LOS SUPUESTOS EN QUE NO ESTUVIESE PREVISTO EN LA DOCUMENTACIÓN QUE RIGE LA LICITACIÓN: ANTECEDENTES

La regulación en materia de contratación pública, y por ende del *ius variandi*, es un fenómeno histórico reciente. Considera SANTAMARÍA PASTOR¹¹, que en la misma se pueden destacar cuatro hitos fundamentales:

- El bloque normativo “de los años sesenta”, constituido por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (en lo sucesivo, LCE), y sus dos sucesivos Reglamentos, el Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre, y el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.
- El bloque “de los años noventa”, que surge a raíz de la incorporación de España a la Unión Europea, y que se encuentra integrado por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LCAP), y por su Reglamento, el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, que complementa a la misma de forma parcial.
- El bloque “de comienzo del milenio”, conformado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, TRLCAP), y por su Reglamento, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.
- Por último, el bloque “hoy vigente”, que comenzó con Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y culminó con la normativa actualmente vigente, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En el presente estudio nos limitaremos a analizar cómo ha ido evolucionando a lo largo de los distintos bloques normativos la potestad de la Administración de llevar a cabo modificaciones no previstas en el pliego o en el anuncio de licitación.

A continuación se analizarán los tres primeros bloques normativos, centrándonos en el bloque normativo “hoy vigente” en el capítulo siguiente.

¹¹ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”. *Jornada sobre contratación pública*, Madrid, 25 de abril de 2013, pp. 2-3.

3.1. El bloque normativo “de los años sesenta”

En relación al bloque normativo “de los años sesenta”, la LCE no contenía una regulación general de los modificados, regulando de manera separada la modificación de los contratos de obra, gestión de servicios públicos y de suministro. En cuanto a la modificación de los contratos de obra, la misma debía ser acordada por la autoridad que se hubiese determinado reglamentariamente en atención a la naturaleza e importancia de la misma. Por su parte, en relación con los contratos de gestión de servicios públicos, determinados aspectos del mismo podían ser modificados por razón de interés público. Por último, el contrato de suministro podía ser modificado “en razón de las necesidades reales del Servicio destinatario del suministro”¹².

3.2. El bloque normativo “de los años noventa”

Tras la entrada de España a la Unión Europea en 1986, fue necesaria una modificación de la regulación para adaptarse a la normativa comunitaria. Para ello se aprobó la LCAP con la que comienza el bloque “de los años noventa”, que en su artículo 102 recogía la previsión de que, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podría introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integraban, y siempre que fuesen debidos a necesidades nuevas o causas imprevistas, debiendo justificarlas en el expediente.

3.3. El bloque normativo “de comienzo del milenio”

Adentrándonos ya en el bloque normativo “de comienzo del milenio”, con la elaboración del TRLCAP se pretendía actualizar la LCAP, incorporando las diversas modificaciones legislativas que la afectaron desde la fecha de su entrada en vigor. Ciñéndonos a las novedades introducidas en materia de modificación de contratos, se mantiene el texto del artículo 102 LCAP, aunque se traslada al artículo 101.1. De este modo, seguían existiendo dos causas fundamentales para la modificación de los contratos públicos: causas imprevistas y necesidades nuevas. Como señala GARCÉS SANAGUSTÍN¹³, la diferencia entre ambas reside en la posibilidad de poder prever el acto que motiva la modificación o la voluntad de incorporar nuevas utilidades atendiendo a nuevas necesidades.

¹² Vid. Arts. 48,74 y 93 LCE.

¹³ GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: *opus cit.* p. 8.

3.4. Comentario acerca de los tres primeros bloques normativos

Una vez examinada en los distintos bloques normativos la regulación de la potestad de la que goza Administración para modificar los contratos sin necesidad de que se haya previsto en la documentación que rige la licitación, observamos que hasta el año 2007 con la aprobación de la LCSP la potestad de la Administración a la hora de modificar unilateralmente los contratos era bastante amplia, ya que dentro de las causas que habilitaban a la Administración la realización de modificaciones (causas imprevistas y necesidades nuevas), podían incluirse una gran variedad de supuestos. De este modo, nos encontrábamos ante la disyuntiva de determinar el contenido exacto de las causas habilitantes.

El Consejo de Estado en la Memoria de 1990 justifica, aunque con reservas, la existencia del tipo de modificados a los que venimos refiriéndonos:

*"[...] a partir de un conocimiento ordinario de la realidad y de una valoración propia de su experiencia consultiva, el Consejo de Estado entiende, con sensibilidad, como de hecho se produce en el desarrollo de una relación contractual y como, a veces, cierto grado de ductibilidad puede servir al interés público mejor que un rigorismo capaz, en aras de una interpretación legal alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa. [...] No es menos claro, sin embargo, que en ocasiones no se percibe tanto una salvaguardia realista del interés público, abordando y resolviendo con buen sentido las incidencias normales propias de la ejecución de un contrato, como inadecuadas formas de proceder para solventar cuestiones sobrevenidas o derivadas de imprevisiones iniciales"*¹⁴.

Por todo ello, el Consejo de Estado añade en dicha Memoria que resulta necesario extremar las precauciones en la elaboración y aprobación de proyectos de obras, puesto que en caso contrario *"prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habrían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación"*¹⁵.

¹⁴ Vid. CONSEJO DE ESTADO: Memoria del año 1990, Madrid, 1991, pp. 155-156.

¹⁵ *Ibid.*

En relación con lo anterior, advierte el profesor VILLAR PALASÍ¹⁶ que, dada la complejidad y la larga duración de determinados contratos administrativos, se justifica que un gran número de ellos tenga que ser modificado. No obstante, esta afirmación no ha de ser entendida en términos absolutos, puesto que, siguiendo la línea argumental del Consejo de Estado, habrá de tenerse especial cuidado para evitar un uso indebido por parte de la Administración de tal potestad.

La postura del Tribunal Supremo al respecto es similar, señalando que la potestad de modificar el contrato, cuando así lo exija el interés público, no puede quedar constreñida por las cláusulas del contrato¹⁷. Asimismo, en sentencias posteriores, apunta a que si la coyuntura, exógena al propio contrato, cambia, es posible modificar el contrato, siendo esta justificación suficiente para acreditar que la modificación aprobada no excede los límites del ejercicio del *ius variandi*¹⁸. Sin embargo, recuerda el Tribunal que el ejercicio de esta potestad por parte de la Administración ha de tener un carácter excepcional, ya que no siendo así, se infringiría el principio básico recogido en el artículo 1256 CC, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes¹⁹.

Esta regulación posibilista comportó una serie de prácticas indebidas. En este sentido, el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la contratación pública²⁰ del año 2004, señaló que la posibilidad de incluir modificados generaba problemas de riesgo moral, ya que mediante estas modificaciones podía buscarse un objetivo de rentabilizar o reequilibrar un contrato por el que inicialmente se había pujado excesivamente a la baja. Así, entendían que los modificados en la fase de ejecución del contrato podían desvirtuar la competitividad desde el momento en que el contenido del contrato que se ejecutaba, era diferente a aquél por el que se compitió.

¹⁶ Vid. VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes de Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1977, p. 374.

¹⁷ Vid. STS (Sala Tercera, Sección 3ª) de 1 febrero 2000. Recurso contencioso-administrativo núm. 645/1997; ponente: Oscar González González; RJ\2000\318.

¹⁸ Vid. STS (Sala Tercera, Sección 3ª) de 19 febrero 2008. Recurso contencioso-administrativo núm. 256/2005; ponente: Eduardo Espín Templado; RJ\2008\1739.

¹⁹ Vid. STS (Sala Tercera, Sección 7ª) de 16 abril 1999. Recurso de casación núm. 35/1993; ponente: Manuel Goded Miranda; RJ\1999\4362.

²⁰ Vid. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA: Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la contratación pública, 2004, pp. 15-118.

4. LA LEGISLACIÓN SOBRE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL BLOQUE NORMATIVO “HOY VIGENTE”

En este capítulo abordaremos el estudio de la regulación contenida en la legislación sobre contratos del sector público. De este modo, se estudiará primeramente la derogada regulación de los modificados no convencionales contenida en el artículo 202 LCSP. Por último, se estudiará la regulación actual de los mismos, contenida en el artículo 107 TRLCSP, el cual, como veremos, supone una gran novedad en relación a la forma en que se venían regulando los mismos.

4.1. La Ley de Contratos del Sector Público

4.1.1. Contenido del artículo 202 LCSP

Dentro del bloque normativo “hoy vigente” encontramos, en primer lugar, la LCSP, que fue aprobada en octubre del año 2007. La regulación de los modificados no previstos en los pliegos o en el anuncio de licitación, se recoge fundamentalmente en su artículo 202, que dispone lo siguiente:

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

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

Como se puede observar, con esta nueva ley se elimina la posibilidad de realizar modificados por necesidades nuevas, manteniéndose únicamente la potestad de utilizar la prerrogativa para atender causas imprevistas. No obstante, se introducen tres limitaciones a dicha facultad, además de la ya tradicional exigencia, de que la misma obedezca a razones de interés público: (i) que la necesidad de la modificación habrá de ser justificada en el expediente; (ii) que las modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato; y (iii) que la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación, deberán haberse recogido en los pliegos y en el documento contractual. Así, la tercera limitación parece eliminar la posibilidad de que la Administración lleve a cabo aquellas modificaciones

que constituyen el objeto de estudio en el presente trabajo. Sin embargo, tal y como se verá a continuación, será necesario matizar dicha afirmación, a la luz de la discusión doctrinal que ha suscitado el apartado segundo del artículo 202.

Esta Ley es el resultado de la transposición de Directiva 2004/18/CE, la cual supuso la constatación de la tendencia hacia un derecho común europeo en el ámbito de la contratación pública que comenzó ya en los años 70²¹. El objetivo de la de misma es garantizar la satisfacción del interés público, que se sustenta en dos pilares básicos: los principios de eficiencia y de integridad. De este modo, lo que busca la Directiva 2004/18/CE, es el logro de la eficiencia de los fondos públicos, siendo la transparencia el instrumento básico para lograr tanto el respeto a la competencia en el mercado de servicios, como la imparcialidad del procedimiento de adjudicación²².

4.1.2. Comentario acerca del artículo 202 LCSP

Como ya se ha mencionado, la Directiva 2004/18/CE supone un importante paso en el proceso de uniformización de la regulación en materia de contratación pública a nivel europeo. De este modo, con la LCSP, que supone la transposición de la anterior Directiva, el amplio margen de maniobra del que gozaba la Administración en materia de modificados hasta el momento, se va a ver limitado. De un lado, como ya se indicó, se elimina el supuesto que habilitaba a la Administración realizar modificados por necesidades nuevas, y de otro, el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE introdujo una serie de principios (principio de igualdad, no discriminación y transparencia²³) que debían ser respetados no solamente en la fase de licitación y adjudicación, sino también en la fase de ejecución, incluido en lo relativo a los modificados, puesto que, tal y como señala GIMENO FELIÚ²⁴, la cuestión de los modificados está relacionada de forma directa con la adjudicación y la finalidad inicial contenida en la documentación que rige

²¹ Vid. MORENO MOLINA, J.A.: “Reciente evolución del derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho común”. *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley núm. 34. 2004, pp. 281-320.

²² Vid. STJCE (Sala Sexta), de 7 diciembre del 2000. Caso ARGE Gewässerschutz contra Bundesministerium für Land-und Fortswirtschaft (asunto C-94/99); ponente: Claus Christian Gulmann. TJCE 2000\314.

²³ Vid. STJUE (Sala Cuarta) de 22 abril 2010 (Caso Comisión Europea contra España (asunto C-423/07); ponente: E. Juhász; TJCE\2010\111) y STGUE (Sala Octava) de 31 enero 2013 (Caso España contra Comisión Europea; ponente: M. E. Martins Ribeiro; TJCE\2013\27; apartados 46, 47 y 48). En las mismas, se recoge la interpretación dada por Tribunales europeos a los principios del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE.

²⁴ Vid. GIMENO FELIÚ, J.M.: “El régimen de la modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”. *REDA* núm. 149, 2011, pp. 29-54.

la licitación. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) viene insistiendo en este fundamental extremo. Así, nos encontramos con el conocido asunto *Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA*²⁵, en el que se afirmaba lo siguiente:

*“Cuando una entidad contratante ha señalado prescripciones en el pliego de cláusulas administrativas, el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas (sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, Rec. pg. I-3353, apartado 37, y de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. pg. I-2043, apartado 70). Además, se ha declarado que el procedimiento de comparación de las ofertas debe respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas (sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 54)”*²⁶.

En este sentido, para dar cumplimiento a los principios del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, la sentencia concluye que: (i) que no cabe la posibilidad de modificar unilateralmente un contrato durante su ejecución cuando ésta afecte a una condición esencial del mismo; y (ii) que deberá preverse la posibilidad de modificar el contrato en la documentación que rige la licitación.

Siguiendo la misma línea argumental y con mayor rotundidad se expresa el Tribunal en el posterior asunto *Pressetext Nachrichtenagentur*²⁷:

“Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5

²⁵ Vid. STJCE (Sala Sexta) de 29 abril 2004. Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA. (asunto C-496/99); ponente: Romain Schintgen; TJCE\2004\125.

²⁶ Se insiste en la Sentencia en que se ha de buscar que *“todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”*.

²⁷ Vid. STJCE (Sala Tercera) de 19 junio 2008. Caso Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contra Austria (asunto C-454/06); ponente: J. N. Cunha Rodrigues; TJCE\2008\132.

de octubre de 2000 , Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46)”.

A pesar de que el objetivo de la LCSP era dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2004/18/CE, la norma ha suscitado un fuerte debate en torno a la interpretación y sujeción al Derecho Comunitario del artículo 202 LCSP.

La Comisión Europea ya transmitió en el año 2006 su preocupación en torno al anteproyecto de Ley 30/2007, en lo referente a los modificados durante la fase de ejecución, y su incompatibilidad con los principios comunitarios en materia de contratación pública²⁸. Tras la aprobación de la misma, la Comisión formuló un dictamen en el que puso de manifiesto que el régimen de modificación de los contratos públicos previsto en la LCSP era contrario a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia²⁹ contenidos en la Directiva 2004/18/CE³⁰, además de otorgar a la Administración un amplio poder de modificación de las condiciones esenciales del contrato. De hecho, tal y como se mencionó con anterioridad, estos problemas suscitados por la LCSP ya fueron advertidos en el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la contratación pública³¹ en el año 2004.

Si atendemos al tenor literal de la ley, podemos observar cómo en virtud del artículo 202.2 LCSP no cabría la posibilidad de modificar los contratos administrativos cuando no estuviese prevista dicha posibilidad en los pliegos y en la documentación contractual. No obstante, en el Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008³², de la JCCA, la interpretación que se realiza del citado artículo 202 es diferente. En este sentido, señala que podrán realizarse modificaciones no previstas en los pliegos, siempre que se cumplan los tres requisitos siguientes: “*a) Que la modificación responda a necesidades*

²⁸ Dicha preocupación fue transmitida al gobierno español, mediante sendas cartas, con fechas de 12 de diciembre de 2006 y 16 de abril de 2007. El 8 de mayo de 2008, una vez aprobada la norma, la Comisión envió una nueva carta poniendo de manifiesto, de nuevo, su preocupación.

²⁹ El TJCE, en la Sentencia de 13 de octubre de 2005(TJCE 2005\295), Parking Brixen, C-458/03, expresó que la obligación de transparencia que recae sobre la Administración consiste “*consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación*”.

³⁰ Vid. Arts. 2 y 31.4 de la Directiva 2004/18/CE.

³¹ CONSEJO DE ESTADO: Memoria del año 1990 [...] *opus cit.* p.12.

³² Vid. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO: Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008. Asunto: “*Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad*”, pp. 6-14.

de interés público, b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato". A pesar de que la interpretación dada por Junta Consultiva resulta de difícil comprensión si atendemos a la frase "*de acuerdo con el apartado anterior*", ésta trata de salvar dicho escollo, señalando que ha de tomarse en consideración la expresión "*las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior*", entendiendo que al remitirse al apartado anterior se refiere únicamente a los requisitos de que la modificación responda a necesidades de interés público y que en el contrato se justifique debidamente su necesidad. De este modo, parece que la Junta Consultiva olvida parte de la expresión, puesto que de una lectura completa del artículo 202.2, podría entenderse que la frase "*de acuerdo con el apartado anterior*" está también referida a la posibilidad de que el contrato sea modificado.

En la misma línea, encontramos el Informe 5/2010, de 23 de julio de 2010, de la JCCA, en el que se reconoce que la doctrina por ellos mantenida en relación al *ius variandi*, no puede ser "*plenamente acorde con los pronunciamientos de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, especialmente en la Sentencia conocida como "Succhi di Frutta", pero evidentemente es la adecuada de conformidad con la norma vigente en nuestro país en el momento actual*"³³. Dicha afirmación resulta sorprendente por carecer de sentido una interpretación del régimen de modificación de los contratos del sector público contraria al derecho de la Unión Europea, ya que cualquier resolución adoptada por un Tribunal español que siga el criterio dado por la Junta estatal podrá ser recurrida y revocada por los Tribunales europeos³⁴.

Por otro lado, en los dos Informes también se analizan algunos de los requisitos del artículo 202.1 LCSP. En ambos, se examina cuándo una modificación afecta a las condiciones esenciales del contrato, concluyendo que la cuestión ha de resolverse atendiendo a cada caso concreto, no siendo aceptable como norma general la prevista en el artículo 221.1 LCSP³⁵. En lo que se refiere a la cuestión de si una circunstancia

³³ Vid. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Informe 5/10, de 23 de julio de 2010. Asunto: "Consulta sobre la posibilidad de modificar un contrato de obras por causas imprevistas", pp. 2-6.

³⁴ Vid. ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia). Circular núm. 1/2011, de 25 de septiembre de 2009. Asunto: "Régimen de modificación de los Contratos del Sector Público", pp. 1-6.

³⁵ Recoge el artículo 221.1 LCSP lo siguiente: "*se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de*

acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato, y que afecta a su ejecución, es o no imprevista, señala el Informe 43/2008 que deben tenerse en cuenta dos ideas básicas: (i) que de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista; y (ii) que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato.

En una línea más ajustada a la normativa comunitaria y a la doctrina del TJUE encontramos el Informe 3/2009, de 15 de abril³⁶, de la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el que se concluye que las modificaciones de un contrato administrativo han de respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, puesto que en caso contrario nos encontraríamos ante un nuevo contrato que obligaría a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes³⁷. Considera la Junta en este sentido, que no podrá tener lugar una modificación que afecte a las condiciones esenciales del contrato. En cuanto a cuándo ha de considerarse que una modificación es sustancial, la Junta autonómica distingue tres supuestos: (i) cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada; (ii) cuando amplía el contrato, en gran medida, a prestaciones inicialmente no previstas; y, (iii) cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

La postura defendida por GIMENO FELIÚ³⁸, que compartimos, en relación con la posición de la Junta estatal, es que la misma resulta demasiado permisiva, pudiendo dar lugar a que, de hecho, en la práctica nada haya cambiado en relación a los modificados. Resulta necesario que la regulación de los modificados y su interpretación se ajusten a la normativa³⁹ y jurisprudencia comunitaria. Para poder llevar a cabo un análisis

unidades que afecten, al menos, al 30 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido”.

³⁶ Vid. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. Informe 3/2009, de 15 de abril. Asunto: “*Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad*”.

³⁷ Esta interpretación dada por la Junta autonómica es acorde a la jurisprudencia comunitaria. Vid. STJCE (Pleno) de 5 octubre 2000. Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Francia (asunto C-337/98); ponente: V. Skouris; TJCE\2000\236; apartados 44 y 46.

³⁸ GIMENO FELIÚ, J.M.: “El régimen de la modificación de los contratos públicos [...] *opus cit.* p. 15.

³⁹ Vid. STJCE (Sala Segunda) de 2 junio 2005. Caso Koppensteiner GmbH contra Bundesimmobiliengesellschaft mbH (C-15/04); ponente: Claus Christian Gulmann; TJCE\2005\163;

correcto de la normativa sobre contratación pública, es necesario tener en cuenta el contexto europeo en el que nos hallamos, especialmente en relación esta materia, puesto que nos encontramos ante uno de los mejores ejemplos de comunitarización de los ordenamientos nacionales de los distintos Estados miembros⁴⁰.

No obstante, negar la posibilidad de modificar los contratos carecería de sentido, puesto que es necesario que, en supuestos excepcionales, la Administración goce de tal facultad en aras a proteger el interés público. De este modo, ha de admitirse la posibilidad de modificar los contratos cuando concurre una causa imprevista, siempre y cuando no afecte a las condiciones esenciales del contrato⁴¹. Sin perjuicio de ello, consideramos que los conceptos “causas imprevistas” y “condiciones esenciales del contrato”, han de ser interpretados de forma más restrictiva a lo que lo hace la Junta estatal, resultando más adecuada en este sentido, la interpretación dada por la JCCA de Aragón, por ser más cercana a la doctrina del TJUE.

4.2. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

Como consecuencia de las dificultades generadas en la aplicación de la LCSP, se aprueba en el año 2011 la norma actualmente vigente, el TRLCSP. La nueva norma, que se encuentra dentro del bloque normativo “hoy vigente”, da cumplimiento al mandato de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES) de integrar y ordenar en un único texto legal las disposiciones relativas a la contratación del sector público, incluyendo la LCSP y las diversas modificaciones que ha experimentado.

Señala COLÁS TENAS⁴² que el fondo de la nueva regulación es la salvaguarda de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del

apartado 38. En dicha sentencia se afirma que cuando las disposiciones de una Directiva contienen obligaciones que “*son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular*” éste puede invocarlos, en su caso, frente a una entidad adjudicadora. En este sentido, las directivas comunitarias parecen estar imponiendo una interpretación *secundum directivam* de las normas nacionales, conteniendo las mismas un mecanismo para dar solución a los conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la directiva, y los medios adoptados por los Estados miembros para ello (la normativa interna).

⁴⁰ Vid. PIÑAR MAÑAS, J. L.: “El derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos”, en Gómez Ferrer R. (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-28.

⁴¹ Esta exigencia viene dada por el propio precepto legal (artículo 202.1 TRLCSP) y por la jurisprudencia comunitaria (véase en este sentido, lo señalado con anterioridad en relación a los asuntos *Succhi di Frutta* y *Pressetext Nachrichtenagentur*).

⁴² COLÁS TENAS, J.: *opus cit.* p. 6.

artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, por lo que parece que con la presente regulación se ha pretendido dar solución a los problemas planteados por las anteriores.

No cabe duda de que la modificación más importante en el nuevo texto legal, es el nuevo régimen del *ius variandi*. La actual regulación del mismo se encuentra recogida en el Título V del Libro I (artículos 105 a 108) y en el artículo 219 TRLCSP. De su contenido puede concluirse que cabe la posibilidad de modificar los contratos administrativos en dos supuestos:

- a) Cuando así se haya previsto en los pliegos o en anuncio de licitación. Este supuesto ofrece menos dificultades, puesto que en el mismo todos los licitadores habrían dispuesto de la misma información, por lo que no cabría oponer ningún reparo en relación a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.
- b) En los casos y con los límites establecidos en el artículo 107 TRLCSP. Este supuesto, que constituye el objeto de estudio del presente trabajo, plantea una mayor problemática y será el que desarrollemos en este apartado.

Surge, de nuevo, con la previsión de estos dos regímenes (uno convencional y otro legal), la duda de si la nueva regulación se ajusta a la legalidad comunitaria, en tanto en cuanto se permite la modificación de los contratos en supuestos no previstos en la documentación que rige la licitación⁴³. En relación a este hecho, los Servicios de la Comisión Europea transmitieron a las autoridades españolas su conformidad con la nueva regulación por ser acorde a la normativa comunitaria y a la jurisprudencia del TJUE. No obstante, realizaron una serie de precisiones en relación a la interpretación que debía darse a algunas de las disposiciones contenidas en el artículo 107 TRLCSP. En este sentido, la JCCA emitió una Recomendación⁴⁴ —cuyo contenido será explicado a lo largo del presente apartado— con el objetivo de recoger y dar publicidad en nuestro país a la forma en que habrá de ser interpretado el citado artículo.

⁴³ Vid. GIMENO FELIÚ, J.M.: “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”. *Jornada sobre la contratación pública*, Madrid, 25 de abril de 2013, pp. 40-54.

⁴⁴ Vid. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los contratos. *BOE*, núm. 86, martes 10 de abril de 2012.

Como segunda gran novedad, el TRLCSP dispone en el párrafo segundo de su artículo 20.2 que las normas contenidas en el Título V del Libro I (sobre modificación de los contratos)⁴⁵ serán de aplicación a los contratos privados.

4.2.1. Consideraciones previas

Con la actual formulación del artículo 107.1 TRLCSP se abandona la antigua cláusula habilitante de la imprevisión que había generado una fuerte discusión doctrinal por estar formulada como una cláusula abierta. De este modo, se procede a enumerar las circunstancias concretas que posibilitan la modificación en aquellos supuestos en que no se hubiese previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación. La enumeración se lleva a cabo en términos que tratan de ser exhaustivos, aunque con ello no se consigue evitar la aparición de conceptos jurídicos indeterminados. Entiende GIMENO FELIÚ⁴⁶ que con este artículo lo que se pretende es, de un lado, limitar los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación y, de otro, dar un cierto margen de actuación en esta materia a la Administración Pública.

Sin embargo, tal y como se dispone en el artículo 107.2 TRLCSP, no es suficiente con que concurra alguna de las causas previstas en el apartado primero, sino que es preciso además que la modificación no afecte a las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación. En este sentido, en el apartado tercero del citado artículo se establece cuándo ha de considerarse que existe una modificación esencial del contrato. También dispone el apartado segundo del artículo 107 TRLCSP —como segundo condicionante— que las modificaciones se habrán de limitar a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria

Por otro lado, el artículo 105.2 TRLCSP, prevé 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*

⁴⁵ Cabe recordar en este punto que hasta la aprobación TRLCSP, las normas que regían la fase de ejecución de los contratos privados (incluyéndose dentro de la misma las modificaciones) eran las normas de derecho privado. Con la nueva regulación, parece que le serán aplicable únicamente las normas contenidas en el Título V del Libro I TRLCSP, y no las contenidas en la regulación específica de los distintos tipos de contratos.

⁴⁶ JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Resolución de 28 de marzo de 2012 [...], *opus cit.* p. 21.

independiente”, siendo en estos casos necesario proceder a una nueva contratación de la prestación correspondiente. Considera FÉRNANDEZ FARRERES⁴⁷, que la finalidad de este artículo es impedir que la modificación encubra la adjudicación de un contrato complementario, en fraude de los principios recogidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE.

Por último, la modificación tendrá que ajustarse a un determinado procedimiento, regulado en el artículo 108 TRLCSP.

4.2.2. Circunstancias que permiten modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación: el artículo 107.1 TRLCSP

Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación sólo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las cinco circunstancias recogidas en el artículo 107.1 TRLCSP. En este subepígrafe se llevará a cabo un análisis detallado de cada una de ellas.

4.2.2.1. 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

Esta primera causa habilitante permite modificar un contrato, sin necesidad de previsión, cuando la prestación contratada sea inadecuada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse con el contrato. De este modo, parece necesaria la prueba de dicha inadecuación. Como requisito adicional, se señala que dicha inadecuación deberá haber sido provocada por *“errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas”*.

En este punto, puede plantearse la disyuntiva de qué entendemos por «inadecuación». La Real Academia Española de la Lengua (en lo sucesivo, RAE) define «adecuado» del siguiente modo: *“apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo”*. Así, podríamos entender por inadecuado lo contrario. El concepto como podemos observar es bastante amplio, entendiendo CALVO RUATA⁴⁸, que con ello lo que se pretende es incrementar las posibilidades de corrección o reconsideración de

⁴⁷ Vid. FÉRNANDEZ FARRERES, G.: *Sistema de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Pamplona (Navarra), 2012, p. 505.

⁴⁸ Vid. CALVO RUATA, P.: “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011*, núm. 3, 2012, pp. 395-404.

aquello que resulte inapropiado como consecuencia de errores u omisiones en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas, y que impidan que la ejecución de la prestación llegue a buen puerto.

Por su parte, DÍEZ CALZADA⁴⁹ considera que el error o la omisión a los que se hace referencia en el precepto, ha de tener un carácter sustancial, ya que entiende que de no ser así, la modificación del contrato no sería necesaria. Añade el autor que, no por ello, su corrección a través de la modificación ha de implicar necesariamente una “*alteración sustancial de la función y características esenciales de la prestación contratada*”. No obstante, podemos observar que la ley no gradúa el alcance del error u omisión, o si éstos podrán ser tanto los excusables como los inexcusables. Una posible forma de graduar el error, podría consistir en medir el efecto que el mismo ha podido tener en la preparación de las ofertas de los licitadores que participaron en el concurso, de manera que no cupiese la posibilidad de modificar el contrato si la oferta que éstos hubiesen presentado de haber conocido el error, fuese sustancialmente diferente.

En otro orden de cosas, el Consejo de Estado⁵⁰ en su dictamen en torno al Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, señala que para incurrir en esta causa (a diferencia de lo que opina en relación con la siguiente causa) será suficiente con la existencia de errores u omisiones en el proyecto o en las especificaciones técnicas. Esta interpretación está dirigida, tal y como admite el propio órgano consultivo, a aquellos supuestos en los que el contratista no es el autor del proyecto o no intervino en la redacción de las especificaciones técnicas, de manera que cualquier error u omisión no le sería imputable, justificándose de este modo la modificación no prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación. Si bien es lógico que se exija un mayor control cuando el contratista es el redactor del proyecto, coincidimos con VÁZQUEZ MATILLA⁵¹ en que la matización dada por el Consejo de Estado debe ser relativizada, no debiendo dar lugar a la modificación todos los errores u omisiones del proyecto, puesto que en caso contrario, el contratista podría buscar el error y una justificación para modificar su contrato al alza, lo cual no puede resultar admisible.

⁴⁹ Vid. DÍEZ CALZADA, R: “Comentarios al nuevo Régimen de modificación de los Contratos del Sector Público”, *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 112, 2011, pp. 58-67.

⁵⁰ Vid. CONSEJO DE ESTADO: Expediente 215/2010. Asunto: Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, p. 28.

⁵¹ Vid. VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, 2010, pp. 317 -351.

En dictámenes anteriores⁵², el propio Consejo de Estado admitía la continuación de del contrato mediando error, justificándolo no tanto en la existencia de una circunstancia imprevista, sino en la protección del interés público y en los posibles perjuicios que podrían suponer la suspensión de las obras o el aumento de los costes. Dicha interpretación, resultaba bastante cuestionable si atendemos a lo señalado por la jurisprudencia y la legislación comunitaria analizada con anterioridad.

Por su parte, la JCCA⁵³ en la Recomendación acerca del régimen contenido en el artículo 107, señala en relación a esta causa que, la misma, ha de ser interpretada en términos análogos a los contenidos expresamente en el último inciso del artículo 107.1 b) TRLCSP, es decir, que para que pueda modificarse un contrato de acuerdo con lo señalado en esta causa, será exigible, también en este caso, una diligencia propia de una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas. Podemos concluir entonces que, no cualquier error u omisión puede justificar la aprobación de un modificado, siendo sólo posible en aquellos supuestos en los que el error u omisión no pueda ser achacado a un poder adjudicador diligente. En caso contrario, tal y como indica VÁZQUEZ MATILLA⁵⁴, no estaríamos ante un supuesto de imprevisibilidad, sino ante un mero e injustificable imprevisto, pudiendo considerarse todo error como un imprevisto.

Parece que la interpretación dada por la Junta estatal es más acorde al derecho comunitario que la dada por el Consejo de Estado, de manera que entendemos que la misma es la que debería prevalecer.

⁵² Vid. CONSEJO DE ESTADO: dictámenes núm. 1834/1995 (Asunto: Modificación contrato obras "Acondicionamiento de la N-240 de Tarragona a San Sebastián"; fecha de aprobación: 11/10/1995) y núm. 454/1996 (Asunto: Modificación núm. 1 de contrato de obras acondicionamiento de la C.C. 147, futura N 262 tramo: Pobra de Segur-Sort; fecha de aprobación: 8/2/1996).

⁵³ JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Resolución de 28 de marzo de 2012 [...], *opus cit.* p. 21.

⁵⁴ VÁZQUEZ MATILLA, F.J.: "Nuevo régimen jurídico para las modificaciones [...], *opus cit.* p. 24.

*4.2.2.2. 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*⁵⁵

Frente al error y la omisión, incompatibles con el concepto de imprevisión, en este segundo supuesto la ley exige que la inadecuación del proyecto o de las especificaciones técnicas se deba a causas imprevistas, requiriéndose además el haberse aplicado toda la diligencia requerida por la buena práctica profesional en la detección y previsión de su surgimiento.

De nuevo el legislador utiliza el concepto de «inadecuación», por lo que también parece que en este segundo supuesto se opta por una regulación posibilista en lo que se refiere a los modificados no convencionales. Esta tesis, queda reforzada al utilizar el legislador las expresiones «falta de idoneidad» —que tal y como se expresa en el precepto es claramente polisémico— y «o similares». Esta última expresión denota, asimismo, que no nos encontramos ante un listado cerrado de circunstancias sobrevenidas que justifican la modificación del contrato. Considera CALVO RUATA⁵⁶ que las circunstancias que se citan (de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental) concurren frecuentemente en los contratos de obra —y no tanto en los demás tipos de contratos—, siendo las mismas las que normalmente se han esgrimido para la modificación de los contratos. De este modo, entiende que la única nota diferenciadora sería la exigencia de que la Administración hubiese obrado diligentemente, lo cual opina que no es de difícil prueba y argumentación en un gran número de casos.

Al respecto de esta causa, el Consejo de Estado⁵⁷ en el dictamen anteriormente citado acerca del anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, resalta que a pesar de

⁵⁵ Algunos autores como VÁZQUEZ MATILLA o JIMÉNEZ APARICIO analizan esta causa habilitante, junto con la primera, señalando que ambas se basan en la existencia de errores en el proyecto y que las mismas pueden incluirse dentro del concepto de causa imprevista.

⁵⁶ CALVO RUATA, P.: *opus cit.* p. 23.

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO: Expediente 215/2010 [...] *opus cit.* p. 24.

tener en común con la anterior circunstancia habilitante el punto de partida, esto es, la existencia de deficiencias en el proyecto o en las especificaciones técnicas, ahora no es suficiente con la acreditación de las mismas, sino que la inadecuación ha de resultar imprevisible aplicando toda la diligencia exigida, de acuerdo con una buena práctica profesional⁵⁸. Entiende el Consejo de Estado, que este supuesto está dirigido a aquellas situaciones en las que la elaboración del proyecto o de las especificaciones técnicas corrió a cargo del contratista. No obstante, tal y como podemos observar, finalmente en la ley no se recoge esta diferenciación entre los supuestos en los que haya intervenido el contratista y los que no, pudiendo resultar inconveniente dicha interpretación.

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

A diferencia de los supuestos anteriores, en los que nos encontramos con lo que podría calificarse como causas de imprevisibilidad por razones humanas, en este encontramos con los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, que encajan mejor en la definición tradicional de imprevisibilidad.

La primera cuestión que puede surgirnos tras la lectura del precepto es, qué entendemos por fuerza mayor y caso fortuito. Para delimitar los conceptos, acudiremos a lo señalado al respecto, por la doctrina y la jurisprudencia administrativista, si bien, como veremos más adelante, hay quienes consideran que la interpretación de estos conceptos ha de reconducirse a la dada en relación al artículo 1105 CC.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Ferriera Valsabbia contra la Comisión*⁵⁹, señaló que el concepto de fuerza mayor hace referencia a circunstancias extraordinarias que hacen imposible que la obligación esencial contenida en el contrato, sea llevada a cabo. Sin embargo, aclara que no se ha de estar ante una imposibilidad absoluta, requiriéndose únicamente dificultades extraordinarias, independientes de la voluntad de la parte de que se trate, y que aparentemente fuesen inevitables, incluso empleando la diligencia debida. En el asunto *Caso Centro Studi*

⁵⁸ Sin embargo, tal y como vimos al analizar la primera circunstancia, la JCCA señaló en su Recomendación de 1 de marzo de 2012, que era también aplicable al primer supuesto, la exigencia de una diligencia propia de una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

⁵⁹ Vid. STJCE (Sala Segunda) de 21 de enero de 1987. *Asunto Ferriera Valsabbia Spa contra Comisión de las Comunidades Europeas* (asunto núm. 268/84). Sentencia consultada en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984CJ0268:ES:HTML> (última consulta: 10 de marzo de 2014).

Antonio Manieri Srl contra Consejo de la Unión Europea, el Alto Tribunal Europeo añade lo siguiente en relación al concepto de fuerza mayor:

“Los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito, en el sentido del artículo 45 del Estatuto del Tribunal de Justicia, constan, además de un elemento objetivo, relativo a las circunstancias anormales y ajenas al interesado, de un elemento subjetivo relativo a la obligación, por parte del interesado, de tomar precauciones contra las consecuencias del acontecimiento anormal, adoptando medidas adecuadas, sin aceptar sacrificios excesivos. En particular, el interesado debe vigilar cuidadosamente el desarrollo del procedimiento y, en especial, acreditar haber actuado con diligencia a fin de respetar los plazos previstos (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, Bayer/Comisión, C-195/91 P, Rec. p. I-5619, apartado 32)”⁶⁰.

Por su parte, el Tribunal Supremo considera que el concepto de fuerza mayor *“comprende aquellos hechos que aun siendo previsibles, sean sin embargo inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motivó sea extraña e independiente del sujeto obligado”⁶¹*. En cuanto al concepto de caso fortuito, el Tribunal Supremo lo define como *“evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida”⁶²*. Entiende el Tribunal que la diferencia entre ambos conceptos reside en que en el caso fortuito hay indeterminación e interioridad (indeterminación, porque la causa productora del daño es desconocida; e interioridad, porque el evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización), mientras que en la fuerza mayor hay determinación irresistible y exterioridad (determinación absolutamente irresistible, es decir, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; y exterioridad, lo que quiere decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio)⁶³.

⁶⁰ Vid. STJCE (Sala Segunda) de 28 enero 2009. Asunto *Centro Studi Antonio Manieri Srl contra Consejo de la Unión Europea* (T-125/06); ponente: K. Jürimäe; TJCE\2009\15.

⁶¹ Vid. STS (Sala Tercera, Sección 6ª) de 19 abril 1997. Recurso de apelación núm. 1075/1992; ponente: Jesús Ernesto Peces Morate; RJ\1997\3233.

⁶² Vid. STS (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 1974. RJ 1974\5132.

⁶³ Vid. STS (Sala Tercera, Sección 6ª) de 31 mayo 1999. Recurso de casación núm. 2132/1995; ponente: Francisco González Navarro; RJ\1999\6154.

Considera VILLAR PALASÍ⁶⁴, que son dos los aspectos bajo los cuales puede ser entendida la fuerza mayor. En primer lugar, “*como acontecimiento o causa ajena a las partes que impide la ejecución total o parcial del contrato y que tiene relación, por tanto, con su cumplimiento*”, y en segundo lugar, “*como circunstancia susceptible de agravar la onerosidad para una de las partes, dando por supuesto que es posible seguir cumpliendo el contrato*”. Nuestro Código Civil solamente recoge la primera de las modalidades, sin embargo, en la legislación administrativa coexisten ambos tipos de fuerza mayor⁶⁵.

El concepto de fuerza mayor también aparece recogido en los artículos 231 (en que se regula la fuerza mayor en la ejecución del contrato de obra), 242 (en relación al contrato de concesión de obra pública) y el 282 (en relación al contrato de gestión de servicios públicos) TRLCSP. Sin perjuicio de ello, la Abogacía General del Estado, en su circular 1/2011 de 7 de abril de 2011⁶⁶, anteriormente citada, señaló que hay que entender que el concepto de fuerza mayor a que se refiere el artículo 92 quáter, apartado 1 c) LCSP —actual 107 TRLCSP— no es el que establece descriptivamente el artículo 214 LCSP —actual 231 TRLCSP—, ya que este precepto se refiere en concreto al contrato de obras, siendo aplicable la regla del artículo 107 TRLCSP a todos los contratos que regula este texto legal. Por ello, la Abogacía del Estado entiende que el concepto de fuerza mayor que ha de tenerse en cuenta a los efectos del artículo 107 no es el del artículo 231, sino el que resulta del artículo 1105 CC. De hecho, en el citado artículo del Código Civil, al igual que ocurre en ese supuesto del artículo 107 TRLCSP, se engloba tanto la fuerza mayor como el caso fortuito, al determinar los supuestos que exoneran de las obligaciones (*casus a nullo praestetur*).

4.2.2.4. 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

En este cuarto supuesto habilitante, encontramos diversos conceptos jurídicos indeterminados.

⁶⁴ Vid. VILLAR PALASÍ, J.L.: “Fuerza mayor”, en Gómez-Ferrer, R. (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 855-873.

⁶⁵ Vid. arts. 107.1 c), 231, 242, 258.2 b), 258.3 y 282.4 c) TRLCSP.

⁶⁶ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular núm. 1/2011, de 25 de septiembre de 2009 [...] *opus cit.* p. 18.

El primero de ellos es el de la mejora notoria que ha de suponer el avance técnico, entendido éste por GRIS GONZÁLEZ⁶⁷ como todo aquello que suponga “*un adelanto, progreso o mejora en la acción, condición o estado del conjunto de procedimientos y recursos de que se sirvan una ciencia o arte*”. Al no aclarar la Ley el concepto de mejora notoria, ésta deberá ser objeto de prueba por parte del contratista, que posteriormente será valorada por la Administración contratante. Por otra parte, se exige que el avance técnico se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

El segundo de los conceptos jurídicos indeterminados es el de «conveniencia». A diferencia de las primeras circunstancias que permiten que la Administración modifique los contratos del sector público, en los que resulta necesario modificar el contrato para que la prestación pueda llegar a buen fin, en este cuarto supuesto se señala únicamente que la modificación ha de ser conveniente. La RAE define «conveniente» como “*útil, oportuno, provechoso*”. La definición no nos permite aclarar mucho, por lo que deberá ser el poder adjudicador el que realice un juicio de valor, en aras a determinar si resulta o no conveniente la modificación. Este concepto, considero que puede dar lugar a prácticas indebidas por parte de la Administración, al dejar un amplio margen de arbitrio a la misma. Sin embargo, los límites introducidos por los apartados 2 y 3 del 107 TRLCSP, ayudarán a limitar la potestad de la Administración.

Por otro lado, resulta necesario señalar que esta circunstancia hace referencia a lo que la doctrina ha denominado como «cláusula de progreso»⁶⁸. En virtud de la misma, el contratista queda obligado a realizar lo estipulado en el contrato, atendiendo a lo que en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga por ejemplo, la normativa medioambiental, técnica o de seguridad de usuarios que resulte aplicable. La citada cláusula tiene un origen jurisprudencial⁶⁹, si bien encontramos también un antecedente legal en la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, que en su artículo 60 regulaba el contrato de servicios de gestión de autovías como una modalidad del contrato de servicios, y que obligaba al concesionario a modernizar y reformar las infraestructuras para adaptarlas a la correcta prestación del servicio. No obstante, algunos autores consideran que la

⁶⁷ Vid. GRIS GONZÁLEZ, J.C.: “La modificación de los contratos del sector público”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 28, septiembre de 2012, pp. 13-20.

⁶⁸ Vid. QUINTANA LÓPEZ, T.: “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”. *REDA* núm. 131, 2006, pp. 421-444.

⁶⁹ Vid. STS (Sala Tercera, Sección 4ª) de 10 de diciembre de 1981. Recurso de apelación núm. 46.056; ponente: Manuel Delgado-Iribarren Negro; Id Cendoj: 28079130041981100371.

cláusula de progreso no es una causa modificativa del contrato, sino una condición de ejecución del mismo⁷⁰. En este sentido, encontramos que en el artículo 247.4 TRLCSP -enmarcado dentro de la regulación del contrato de concesión de obra pública- se obliga al concesionario obra pública a “*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*”. No obstante, tal y como precisa VÁZQUEZ MATILLA⁷¹, esta obligación deberá limitarse a lo realmente imprevisible, puesto que de lo contrario nos encontraríamos ante una necesidad nueva, que tal y como se ha señalado con anterioridad, no se admite en la actual regulación.

En cualquier caso, esta circunstancia habilitante operará, especialmente, en relación a los contratos cuyo objeto esté relacionado con sectores económicos más susceptibles de experimentar mejoras técnicas, y cuyo plazo de ejecución sea prolongado⁷².

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

Esta última circunstancia se asemeja a las dos primeras circunstancias, puesto que la aprobación de las especificaciones a las que se hace referencia en este apartado hacen inviable la ejecución del contrato por circunstancias externas al propio contrato, siendo necesaria por tanto la modificación del mismo.

Con esta circunstancia, se recoge la figura del denominado *factum principis*. De forma esquemática, se puede decir que la Administración puede incidir en la economía del contrato, bien mediante una decisión del propio órgano de contratación y que esté dirigida de forma directa a modificar su objeto (el *ius variandi*), o bien como consecuencia de la adopción, por parte del mismo u otro órgano del mismo ente público, de una medida de cualquier tipo, que sin referirse de forma específica al contrato, produce una alteración de sus términos, provocando una dificultad adicional para su cumplimiento, una pura y simple imposibilidad o bien una mayor onerosidad. La técnica del *factum principis* está encaminada a resolver los problemas derivados de

⁷⁰ GIMENO FELIÚ, J.M.: “El régimen de la modificación de los contratos públicos [...] *opus cit.* p. 15.

⁷¹ VÁZQUEZ MATILLA, F.J.: “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones [...] *opus cit.* p. 24.

⁷² Podría ser, por ejemplo, el supuesto de los contratos de suministro de equipos informáticos.

este segundo supuesto. Esta técnica constituye una aplicación a la esfera contractual del principio general de responsabilidad por daños de los poderes públicos recogido en el artículo 106.2 CE; principio que obliga a la Administración a compensar al contratista por el mayor coste o por los daños y perjuicios que esta medida le causa. Sin embargo, tal y como señala SANTAMARÍA PASTOR⁷³, el ámbito de aplicación de esta técnica es muy reducido en la práctica. Considera, que este instituto entra a operar especialmente en aquellos supuestos en los que la revisión de precios resulta insuficiente para el restablecimiento del equilibrio económico⁷⁴. Por su parte, señala el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en diversas sentencias, que para que el contratista tenga derecho a reclamar indemnización de daños y perjuicios —como consecuencia de la alteración indirecta de la prestación contratada—, habremos de estar ante medidas que reúnan las siguientes notas características: (i) que sean de obligado cumplimiento; (ii) que causen un especial daño al contratista; y (iii) que reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad⁷⁵.

La ya mencionada Recomendación de la JCCA de 28 de marzo de 2012⁷⁶ estipula en relación a esta circunstancia que, en el supuesto en que el poder adjudicador sea al mismo tiempo la autoridad responsable de las nuevas medidas que afectan a las especificaciones del contrato, los pliegos deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior a la ejecución del contrato.

En esta cláusula podría incluirse un gran número de supuestos, si bien los límites introducidos por los apartados 2 y 3 del artículo 107 TRLCSP —especialmente, el referente a la limitación de las modificaciones a las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que las hagan necesarias— ayudarán a reducir el número de supuestos que quedarán amparados por esta circunstancia.

⁷³ Vid. SANTAMARÍA PASTOR; J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pp. 220-221.

⁷⁴ Vid. STS (Sala Tercera, Sección 5ª) de 19 enero 1998. Recurso de Apelación núm. 1290/1990; ponente: Manuel Vicente Garzón Herrero. RJ\1998\322.

⁷⁵ Vid. SSTSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª) núm. 850/2006 de 28 abril (recurso contencioso-administrativo núm. 484/2001; ponente: Jesús Bartolomé Reino Martínez; JUR\2006\139855) y núm. 698/2004 de 30 abril (recurso contencioso-administrativo núm. 1233/1999; ponente: Ezequías Rivera Temprano; JUR\2004\190246).

⁷⁶ JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Resolución de 28 de marzo de 2012 [...], *opus cit.* p. 21.

4.2.3. El contenido de los apartados 2 y 3 del artículo 107: límites a las circunstancias del artículo 107.1 TRLCSP

Tal y como señala el artículo 107.2 TRLCSP, la modificación de los contratos acordada conforme a lo previsto en el primer apartado del artículo 107 TRLCSP, se ve supeditada al cumplimiento de dos requisitos: (i) la no alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación; y (ii) que la misma se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

En este sentido, la Recomendación de 28 de marzo de 2012 de la JCCA⁷⁷, dispone que las referencias hechas a las modificaciones que aparecen dentro de los apartados 1 y 3 del artículo 107 TRLCSP, sólo entrarán en juego en el caso de que se trate de modificaciones que no alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, las cuales deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

4.2.3.1. La inalterabilidad de las condiciones esenciales del contrato como presupuesto de los modificados no previstos en el pliego o en el anuncio de licitación

La expresión «condiciones esenciales del contrato» es un concepto jurídico indeterminado, tal y como ya advirtió la JCCA en su Informe 43/2008⁷⁸, de 28 de julio y 5/2010, de 23 de julio⁷⁹. Para tratar de acotar su contenido, la nueva Ley introduce en su artículo 107.3 una serie de presunciones de aquellos supuestos en los que considera que existe una alteración de las condiciones esenciales del contrato. Se trata de una presunción *iuris tantum*, recayendo, por tanto, en el órgano de contratación el deber de acreditar que la modificación no se encuentra en uno de los supuestos definidos en el citado artículo.

⁷⁷ JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO: Resolución de 28 de marzo de 2012 [...], *opus cit.* p. 21.

⁷⁸ JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO: Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008 [...] *opus cit.* p. 17.

⁷⁹ JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO: Informe 5/10, de 23 de julio de 2010 [...] *opus cit.* p. 18.

El fundamento de este precepto legal parece encontrarse en las exigencias de la normativa y jurisprudencia comunitaria⁸⁰.

A continuación, trataremos de analizar el contenido del artículo 107.3 TRLCSP, que como se ha señalado, contiene los supuestos en los que se entenderá que se han alterado las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato.

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

Del tenor literal de la Ley se desprende que la sustancial modificación, a la que se hace referencia, debe afectar de forma conjunta a dos aspectos de la prestación inicialmente contratada: (i) a la función; y (ii) a sus características esenciales. De nuevo nos encontramos ante dos conceptos cuyo significado no resulta del todo claro. Por «función», parece estar refiriéndose al fin para el que fue contratada la prestación, de manera que cuando dicho fin varíe sustancialmente, se considerará que se ha alterado una condición esencial del contrato. Por su parte, por «características esenciales», parece estar refiriéndose a los aspectos materiales y físicos de la prestación que tengan carácter sustancial, principal o notable⁸¹.

También cabría preguntarse qué se entiende por modificación sustancial. En este sentido, el TJUE en el asunto *Pressetext Nachrichtenagentur*, anteriormente citado, señala lo siguiente:

“La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada”⁸².

⁸⁰ Conviene recordar en este punto lo señalado por la jurisprudencia comunitaria en relación a la inalterabilidad de las condiciones esenciales del contrato por los modificados. La cuestión fundamental a tener presente es que, cuando se altera de una condición esencial es necesario proceder a realizar un nuevo procedimiento de adjudicación. Por su parte, la Abogada General Kokott en sus conclusiones en el asunto *Pressetext* señaló que una modificación ha de considerarse esencial cuando no quepa excluir que unas condiciones originales menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación por un contrato público, o que, a la vista de las nuevas condiciones contractuales podrían estar ahora interesados en la licitación, o que con las nuevas condiciones podría haberse hecho con el contrato un licitante que en su momento no lo consiguió (*Vid.* apartados 48 y 49 de Conclusiones del abogado general Sra. Kokott presentadas el 13 de marzo de 2008).

⁸¹ CALVO RUATA, P.: *opus cit.* p. 23.

⁸² STJCE (Sala Tercera) de 19 junio 2008: *opus cit.* p. 16.

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

Este supuesto, al igual que ocurrió con el primero, puede ser puesto en relación con el asunto *Pressetext Nachrichtenagentur*⁸³, en el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resalta que una modificación también puede ser considerada como sustancial cuando la misma cambie el equilibrio económico del contrato “*a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial*”.

Considera ROMAR VILLAR⁸⁴ que esta limitación no ha de ser interpretada como una prohibición de incrementar los precios, sino “*a 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 en beneficio del contratista*”. De este modo, parece que lo que se pretende con el artículo es impedir que se modifiquen los parámetros que fueron utilizados para determinar el precio de la prestación contratada, así como el régimen de retribución del contratista. En este sentido, en el apartado 77 del asunto *Succhi di Frutta*⁸⁵, a la que ya se hizo referencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresó que una modificación de la modalidad de pago de la prestación constituye una alteración de una condición esencial del anuncio de licitación.

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

Tras la lectura del supuesto, surge la duda de qué ha de entenderse por habilitación profesional. Para solucionar la disyuntiva planteada, podría estarse a lo señalado por la JCCA del Estado en su informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009, en el cual se indica que “*la habilitación empresarial o profesional hace referencia más que a*

⁸³ STJCE (Sala Tercera) de 19 junio 2008: *opus cit.* p. 16.

⁸⁴ Vid. ROMAR VILLAR, J.C.: “Tema 18: Modificación del contrato de obras”. Ejemplar consultado en: <http://contratodeobras.com/> (última consulta: 10 de marzo de 2010), pp. 8-9.

⁸⁵ STJCE (Sala Sexta) de 29 abril 2004: *opus cit.* p. 16.

la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata”⁸⁶.

En cuanto al alcance del término «solvencia» recogido en el precepto, la Abogacía General del Estado en la circular de 7 de abril de 2011, anteriormente citada, señala lo siguiente:

“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 ésta no era requerida para el contrato inicial [...].*
- 2) Que por consecuencia de la modificación se exija la 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 de una categoría distinta.*

Puesto que el artículo 94 quáter, apartado 3 e), de la LCSP alude a "condiciones de solvencia sustancialmente distintas", cabe razonablemente entender que los supuestos consignados en los apartados 1) y 2) la exigencia de clasificación antes no requerida y 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 sustancial”⁸⁷.

Del tenor literal de la Ley, también podemos deducir que este límite tiene un carácter sobrevenido, ya que se requiere la previa existencia de una modificación del contrato, la cual, en principio, debería haber sido admisible legalmente. Por ello,

⁸⁶ Vid. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009. Asunto: “Habilitación empresarial o profesional, consideración como requisito de legalidad y no como solvencia. Aplicación de la prohibición de contratar en los contratos menores. Fraccionamiento del objeto del contrato”, p. 7.

⁸⁷ ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO: Circular núm. 1/2011, de 25 de septiembre de 2009 [...] opus cit. p. 18.

considera GRIS GONZÁLEZ⁸⁸, que el empleo de este supuesto no será habitual, ya que si tras la modificación del contrato los requisitos de aptitud cambian, lo más probable es que nos encontremos en el primero de los supuestos de este artículo 107.3 TRLCSP, de manera que esa primera modificación no habría sido posible.

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

Con este supuesto el legislador parece poner como límite de lo esencial el 10% (en más o en menos) del precio de adjudicación (IVA excluido). Este límite restringe en gran medida la utilización de los modificados por parte de la Administración, y más teniendo en cuenta, que el citado límite no opera en relación a un solo modificado, sino a la suma de modificaciones sucesivas. En relación a este tope máximo de modificación, no es necesaria ninguna valoración subjetiva para su apreciación, ya que estamos ante un supuesto completamente objetivo.

No obstante, algunos autores como GALLEGO CÓRCOLES⁸⁹ dudaban acerca de la conformidad de este supuesto con la jurisprudencia comunitaria, ya que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 13 enero de 2005⁹⁰, señaló que no resultaba necesario que una modificación alcanzase el 10% para que la misma fuese sustancial.

Es por ello, que la JCCA aclaró, en su ya citada Recomendación de 1 de marzo de 2012⁹¹, que toda modificación que exceda del 10% ha de ser considerada como esencial, pero no todas las modificaciones del precio que sean inferiores al 10% deben ser rechazadas automáticamente como no esenciales.

Parece que lo que el legislador pretende conseguir con este nuevo límite, es acabar, tanto con la práctica habitual de los contratistas en nuestro país de ofertar precios anormalmente bajos con la idea de incrementarlos durante la fase de ejecución a

⁸⁸ GRIS GONZÁLEZ, J.C: *opus cit.* p. 30.

⁸⁹ Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I.: “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110, julio de 2011, pp. 52-58.

⁹⁰ Vid. STJCE (Sala Segunda) de 13 enero 2005. Caso *Comisión de las Comunidades Europeas contra España* (asunto C-84/03); ponente: J. Makarczyk; TJCE\2005\10.

⁹¹ JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO: Resolución de 28 de marzo de 2012 [...] *opus cit.* p. 21.

través de modificados, como con el establecimiento de objetos vagamente definidos o imprecisos por parte de los órganos de adjudicación.

Algunos autores como VÁZQUEZ MATILLA⁹², consideran el límite de 10% como excesivamente reducido, ya que en determinados tipos de contratos, como es el caso del contrato de obras, la práctica de los modificados suele ser bastante habitual, por requerir la ejecución de las prestaciones, de forma habitual, un largo periodo de tiempo.

No se ha de confundir este supuesto con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 234.3 TRLCSP (en relación al contrato de obras), que establece que *“podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas 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”*⁹³. Por tanto, nos encontramos, por un lado, ante un límite cualitativo, ya que ha de tratarse de unidades previstas en las mediciones el proyecto, y por otro, ante un límite cuantitativo, al no poder superarse el 10% del precio de adjudicación (IVA excluido). Sin embargo, es obvio que mediante el uso de esta potestad, puede producirse una modificación del contrato de hecho, en aquellos supuestos en los que como consecuencia de la alteración de las unidades, la obra ejecutada no se corresponda con la prevista en el contrato, siempre que no se haya seguido el procedimiento establecido para ello por la Ley.

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

Este último límite evidencia que los supuestos incluidos en el artículo 107.3 TRLCSP no son los únicos en los que ha de entenderse que la modificación ha sido sustancial, es decir, que la enumeración realizada no ha de ser interpretada como un

⁹² VÁZQUEZ MATILLA, F.J.: “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos [...] *opus cit.* p. 24.

⁹³ JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO: Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008 [...] *opus cit.* p. 17. En su informe 43/08 la junta estatal, consideró que el 10% del «adicional del contrato», aunque sea frecuente su abono, *“no forma parte del contrato, inicialmente, y, desde un punto de vista teórico, no cabe negar la posibilidad de que no se produzcan, por lo que no debe ser tenido en cuenta para determinar el valor estimado del contrato”* (p. 10). Por su parte, cuando el artículo utiliza el término «alteración», éste ha de entenderse tanto para el supuesto de incremento como de reducción de unidades.

numerus clausus. De este modo, en esta cláusula se incluyen todos aquellos supuestos que no puedan ser incluidos en alguna de las anteriores.

Por su parte, observamos que este supuesto se encuentra en consonancia con lo señalado por la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, en el ya citado asunto *Succhi di Frutta* el Tribunal de justicia afirmó en su apartado 116 lo siguiente:

*“La entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente”*⁹⁴.

En este sentido, la JCCA de la Generalidad de Cataluña afirmó en su Informe 14/2010, de 26 de noviembre, lo siguiente:

*“Hay que tener en cuenta que la expresión «condiciones esenciales del contrato» responde a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, lo cual supone que no se pueda establecer una fórmula que permita determinar previamente qué condiciones tienen carácter esencial, sino que esta determinación tiene que efectuarse caso por caso, sin perjuicio que se pueda entender como esenciales aquellas estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente”*⁹⁵.

4.2.3.2. Limitación a variaciones estrictamente indispensables

Como ya se mencionó con anterioridad, el artículo 107.2 TRLCSP, introduce junto a la prohibición de que los modificados afecten a las condiciones esenciales del contrato, un segundo límite: que la modificación del contrato se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Así, se entiende que las modificaciones han de ser absolutamente imprescindibles para conseguir el objetivo que se pretende con la modificación y que la hagan necesaria. Considera GRIS GONZÁLEZ⁹⁶, que en este supuesto nos encontramos, más que con un límite, con *“una regla interpretativa en relación con el alcance de la novación, la cual conlleva que tal alcance deba fijarse, siempre, bajo un prisma restrictivo con el objeto de evitar lesiones a la concurrencia competitiva”*.

⁹⁴ STJCE (Sala Sexta) de 29 abril 2004: *opus cit.* p. 16.

⁹⁵ Vid. JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA. Informe 14/2010, de 26 de noviembre. Asunto: Posibilidad de modificar la frecuencia y la duración parcial de las prórrogas de un contrato de gestión de servicios públicos, pp. 4.

⁹⁶ GRIS GONZÁLEZ, J.C: *opus cit.* p. 30.

5. PERSPECTIVAS DE FUTURO: LAS NUEVAS DIRECTIVAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el DOUE de 28 de marzo de 2014, se publicaron una serie de nuevas Directivas, que ponen de manifiesto el proceso de uniformización que está teniendo en materia de contratación pública en la Unión Europea desde los años 70 del siglo pasado. Las nuevas Directivas son las siguientes: (i) Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE núm. 94; 28 de marzo de 2014); (ii) Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DOUE núm. 94; 28 de marzo de 2014); y (iii) Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (DOUE núm. 94; 28 de marzo de 2014).

En las tres Directivas se incluye un artículo relativo a la modificación de los contratos celebrados por la Administración Pública durante la vigencia de los mismos. La regulación de dicha potestad se recoge en los siguientes artículos: (i) en la relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales en su artículo 89; (ii) en la relativa a la contratación pública en su artículo 72; y (iii) en la relativa a la adjudicación de contratos de concesión en su artículo 43.

Los tres artículos presentan una estructura y contenido idénticos, aunque obviamente los mismos se adaptan a la materia concreta que regulan. En este sentido, se regula, por un lado, los supuestos que permiten que la Administración modifique los contratos sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación, y por otro, los supuestos en los que una modificación se considerará sustancial y que por tanto exigirá una nueva adjudicación. De este modo, la estructura de los mismos es la misma que la del vigente artículo 107 TRLCSP, si bien, como veremos, el contenido difiere sustancialmente.

5.1. Circunstancias que permiten la modificación sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación⁹⁷

5.1.1. Clasificación cualitativa

En el primer apartado del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, se recoge una clasificación (de carácter cualitativo) de las circunstancias en que los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación, siendo éstas las siguientes:

- a) En primer lugar, en el apartado 1. a), se recoge el supuesto en que las modificaciones estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación. Este punto no será desarrollado, por no ser nuestro objeto de estudio.
- b) En segundo lugar, en el apartado 1. b), se incluyen los supuestos en los que resulta necesario realizar obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original. Sin perjuicio de ello, se establecen una serie de límites para poder llevar a cabo la modificación sin necesidad de una nueva adjudicación, exigiéndose:
 - que las modificaciones fuesen necesarias;
 - que las mismas no estuviesen incluidas en la contratación original;
 - que el hecho de cambiar de contratista: (i) no fuese factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial; y (ii) que genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador;
 - que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Se señala, además, que las citadas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la Directiva.

⁹⁷ En este sub-epígrafe nosotros nos centraremos en el análisis de la Directiva que regula el régimen general, es decir, la Directiva 2014/24/UE, relativa a la contratación pública, si bien como ya se ha mencionado, el contenido en materia de modificaciones de las otras Directivas, es idéntico.

- c) En tercer lugar, en el apartado 1. c), se dispone que será posible la modificación de los contratos cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:
- que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever;
 - que la modificación no altere la naturaleza global del contrato;
 - que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Se señala, además, que las citadas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la Directiva.
- d) En cuarto lugar, en el apartado 1. d), se recoge el supuesto en que un nuevo contratista sustituye al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de:
- una opción o cláusula de revisión inequívoca, que estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación;
 - la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la Directiva; o bien
 - la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional de los Estados Miembros.
- e) Por último, en el apartado 1. e), se dispone que también será posible introducir modificaciones, cuando las mismas, con independencia de su valor, no sean sustanciales a los efectos del apartado 4. En este sentido, el apartado 4 dispone que una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos de este apartado [1. e)], cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio.

Finalmente, se dispone que los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato en los casos previstos en los apartados 1. b) y 1. c) que acabamos de analizar, deberán publicar un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. En la propia Directiva se incluye como anexo, un formulario con la información que el citado anuncio deberá contener⁹⁸.

En supuestos distintos a los enumerados, tal y como establece el apartado 5 del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, será preceptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación.

5.1.2. Clasificación cuantitativa

En el apartado 2 del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, se recoge también la posibilidad de modificar los contratos sin necesidad de comprobar si se altera sustancialmente el contrato, y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de contratación, si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes:

- a) a 5.186.000 EUR (IVA excluido), en los contratos públicos de obras; a 134.000 EUR (IVA excluido), en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales y los concursos de proyectos organizados por estos; a 207.000 EUR (IVA excluido), en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos; y a 750.000 EUR (IVA excluido), en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos.
- b) el 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.

No obstante, se establece como límite al anterior supuesto, que la modificación no altere la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Asimismo, se aclara que cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

⁹⁸ Se encuentra en el anexo V, parte G.

Para el cálculo del precio al que se hace referencia en este apartado, la Directiva señala que el precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación⁹⁹.

En supuestos distintos de los previstos en el presente apartado, el apartado 5 del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE dispone, de nuevo, que será preceptiva la iniciación un nuevo procedimiento de contratación.

5.2. Supuestos en los que una modificación será considerada como sustancial

El apartado 4 del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE se dispone que, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados que recogen los supuestos en los que se podrá modificar el contrato sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación, es decir, de los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

- a) Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;
- b) Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;
- c) Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;
- d) Que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d)¹⁰⁰.

⁹⁹ Lo mismo se señala en relación al cálculo del precio mencionado en los apartados 1. b) y 1. c).

¹⁰⁰ Conviene recordar en este punto los supuestos que se enumeran el apartado 1. d): (i) una opción o cláusula de revisión inequívoca, que estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación; (ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial (absorción, fusión, adquisición o insolvencia; y (iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas.

5.3. Las nuevas Directivas: un paso atrás en la regulación de los modificados

Como ya se señaló con anterioridad, la estructura de la regulación contenida en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE se asemeja a la del vigente artículo 107 TRLCSP. En este sentido, con intención de aportar seguridad jurídica se enumeran, en primer lugar, los supuestos en los que será posible llevar a cabo una modificación sin que sea necesario un nuevo procedimiento de adjudicación y, a continuación, se señalan los supuestos en que una modificación habrá de ser considerada como sustancial.

También, en relación al contenido, pueden apreciarse ciertas similitudes. Así, por ejemplo se asemejan el artículo 72.1 c) de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 107.1 b) TRLCSP (modificación por circunstancias imprevisibles), el artículo 72.1 e) de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 107.3 b) (consideración de una modificación como sustancial cuando como consecuencia de la misma resulte un contrato de naturaleza materialmente distinta a la del inicial), el artículo 72.2 ii) de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 107.3 d) TRLCSP (modificación atendiendo a la alteración del precio de adjudicación) y el artículo 72.4 de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 107.3 TRLCSP (supuestos en los que una modificación habrá de ser considerada como sustancia/esencial).

No obstante, la nueva Directiva 2014/24/CE introduce importantes novedades, siendo alguna de ellas controvertida.

La primera novedad que encontramos en la nueva normativa es la exigencia de publicar las modificaciones contractuales en el DOUE. Con esta previsión parece que lo que se pretende es posibilitar que los sujetos legitimados para impugnar la modificación, puedan hacerlo en aquellos supuestos en los que se hubiesen superado los límites establecidos por la regulación del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE¹⁰¹. Sin embargo, se pueden encontrar disposiciones similares a ésta, en la normativa de las Islas Baleares, de Galicia y de la Comunidad Autónoma de Aragón¹⁰². En definitiva, con esta

¹⁰¹ Vid. BELTRÁN GÓMEZ, A. I.: “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”. Ejemplar consultado en: <http://www.obcp.es/> (última consulta: 27 de marzo de 2014).

¹⁰² Vid. Artículo 19.2 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears (disposición 7709 del BOE núm. 103, sábado 30 de abril de 2011), artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega (disposición 14944 del BOE núm. 30724, sábado 19 agosto 2006) y artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (disposición 6241 del BOE núm. 83, jueves 7 de abril de 2011).

previsión se pretende fomentar el principio de transparencia en materia de contratación del sector público.

También supone una novedad, en relación a las circunstancias que permiten la modificación en el artículo 107 TRLCSP, el supuesto recogido en el artículo 72.1 e) de la Directiva 2014/24/UE, en el que se recoge la posibilidad de introducir modificaciones en determinados supuestos en los que un nuevo contratista sustituya al que ha sido designado en un primer momento.

La controversia a la que anteriormente se hacía referencia, se debe a que de un análisis conjunto de la nueva regulación, se podría afirmar que, con carácter general, la regulación contenida en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE podría calificarse como más posibilista. Esta formulación abierta queda patente en diversos apartados del citado artículo:

- a) En primer lugar, se recoge en el artículo 72.1. b) de la Directiva 2014/24/UE la posibilidad —aunque con ciertos límites— de modificar el contrato sin que sea necesaria una nueva adjudicación cuando resulte necesario realizar obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original. Este supuesto se asemeja, aunque con una redacción diferente, a uno de los contenidos en la normativa anterior a la LCSP, que permitía introducir modificaciones cuando las mismas se derivasen de necesidades nuevas. Llama enormemente la atención la inclusión en la Directiva de este supuesto, ya que en la sentencia de 31 enero 2013 del Tribunal General de la Unión Europea, se criticaba del siguiente modo que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas: “*el uso de un criterio relativo únicamente a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación*”¹⁰³. En este sentido, de manera análoga, podría considerarse que la nueva normativa es contraria a la jurisprudencia comunitaria.
- b) En segundo lugar, parece reconocerse la posibilidad de modificar el contrato —sin necesidad de que la misma haya sido prevista en la documentación que rige la licitación y sin que sea necesaria una nueva adjudicación— siempre que la modificación se deba a circunstancias imprevisibles, que la misma no alcance el

¹⁰³ STGUE (Sala Octava) de 31 enero 2013 [...], *opus cit.* p.15.

50% del precio de adjudicación y que no se altere la naturaleza global del contrato (artículo 72.1 c) de la Directiva 2014/24/UE). Considera GIMENO FELIÚ¹⁰⁴ que con esta previsión “*se abre un peligroso portillo*”, pudiendo ser contraria la misma a al principio de seguridad jurídica. Desde su punto de vista, resulta necesaria una interpretación del citado artículo conforme a los principios de la contratación pública. En caso contrario, podríamos encontrarnos con los tradicionales problemas derivados del mal diseño del contrato o con pujas a la baja que pretenden incrementar el precio a posteriori mediante la introducción de modificados.

La imprevisión a la que se hace referencia en el citado artículo ha de entenderse, entonces, como imprevisibilidad en sentido estricto y no como mera imprevisibilidad, es decir, es necesario que concurra una causa que fuese razonablemente imprevisible en el momento de elaboración del proyecto o de presentación de ofertas.

Si comparamos esta previsión con la contenida en el artículo 107.1 b) TRLCSP, puede observarse que la regulación española vigente es mucho más estricta, ya que el supuesto recogido en artículo 107.1 b) habrá de respetar los límites introducidos por los apartados 2 y 3 del artículo 107 TRLCSP, siendo los mismos bastante más restrictivos que los contenidos en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE.

- c) En tercer lugar, se reconoce con carácter general la posibilidad de modificar el contrato —sin necesidad de previsión en los pliegos y de iniciar un nuevo procedimiento de adjudicación— siempre que el valor de la modificación no supere el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras (apartado 2 del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE) y también en determinados supuestos siempre que el valor de la modificación no supere el 50% del precio de adjudicación (apartados 1.b) y 1.c) del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE). Esta regulación se aleja considerablemente de la regulación contenida en el vigente artículo 107.3 TRLCSP, en el que se dispone que una modificación será considerada como esencial, y por tanto será necesario un nuevo procedimiento de adjudicación, cuando las modificaciones del contrato iguallen o

¹⁰⁴ GIMENO FELIÚ, J. M.: “La modificación de los contratos [...], *opus cit.* p. 21.

excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato.

- d) Por último, se dispone en el artículo 72.4 de la Directiva 2014/24/UE lo siguiente: “[...] *sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes [...]*”. La expresión “sin perjuicio” podría entenderse en el sentido de que las circunstancias que habilitan a la Administración a introducir modificados sin necesidad de un nuevo procedimiento de adjudicación, contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 72 de la citada Directiva, no han de respetar lo señalado por ese apartado 4 en relación a cuándo una modificación habrá de considerarse como sustancial. De este modo, podría llegar a entenderse que las circunstancias habilitantes contenidas en los apartados 1 y 2, podrían afectar a condiciones esenciales sin que fuese necesario un nuevo procedimiento de adjudicación.

En definitiva, con la nueva regulación parece que se pretende dar un giro importante a lo que venía señalando la jurisprudencia comunitaria en materia de modificados no convencionales, ya que algunos supuestos, como es el caso del artículo 72.1. b) ¹⁰⁵ de la Directiva 2014/24/UE, son claramente contrarios a la jurisprudencia del TJUE. De este modo, parece abrirse, de nuevo, la puerta a prácticas indebidas. Éstas se pueden derivar, como ya se mencionó, tanto de una deficiente elaboración de los proyectos por parte de la Administración, como de pujas excesivamente a la baja por parte de licitadores, con el objeto de ganar el concurso y luego reequilibrar el contrato mediante la introducción de modificados.

Consideramos que la nueva regulación supone un retroceso importante en relación a la contenida en el TRLCSP, asemejándose en ciertos aspectos la nueva regulación a la normativa existente en España en los años noventa y comienzos del milenio, en la que se permitía la modificación de los contratos por causas imprevistas y por necesidades nuevas. La misma supone, además, un retroceso en términos de seguridad jurídica para los licitadores que no hubiesen ganado el concurso, quedando debilitados los principios

¹⁰⁵ El artículo 72.1. b) de la Directiva 2014/24/UE recoge la posibilidad -aunque con ciertos límites- de modificar el contrato sin que sea necesaria una nueva adjudicación cuando resulte necesario realizar obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original.

de no discriminación y de igualdad acuñados a nivel comunitario, por ser más flexible la nueva regulación.

En todo caso, habrá que esperar a que España transponga la nueva Directiva 2014/24/UE para poder determinar con exactitud el efecto que la misma ha tenido en la regulación española, siendo la fecha límite para ello el 18 de abril de 2016 (artículo 90 de la Directiva 2014/24/UE).

6. CONCLUSIONES

A) De la jurisprudencia comunitaria en materia de modificados no convencionales.

Primera.- La jurisprudencia comunitaria sostiene que no cabe la posibilidad de modificar unilateralmente un contrato durante su ejecución cuando ésta afecte a una condición esencial del mismo, debiendo preverse dicha posibilidad en la documentación que rige la licitación (asuntos *Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA* y *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contra Austria*).

Segunda.- En caso de no cumplirse lo señalado en la primera conclusión, nos encontraríamos ante un nuevo contrato que obligaría a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes (asunto *Comisión de las Comunidades Europeas contra Francia*).

B) Del régimen jurídico de los modificados no convencionales en la LCSP.

Tercera.- Con la LCSP se mantiene únicamente la potestad de utilizar la prerrogativa para atender causas imprevistas, eliminándose el supuesto que habilitaba a la Administración para realizar modificados por necesidades nuevas (artículo 202 LCSP). Se introducen, además, una serie de limitaciones a dicha facultad, además de la ya tradicional exigencia de que la misma obedezca a razones de interés público: (i) que la necesidad de la modificación habrá de ser justificada en el expediente; (ii) que las modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato; y (iii) que la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación, deberán haberse recogido en los pliegos y en el documento contractual.

Cuarta.- Resulta necesario que la interpretación del artículo 202 LCSP se ajuste a la normativa (artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE) y jurisprudencia comunitaria, ya que cualquier resolución adoptada por un Tribunal español que fuese contraria a las mismas, podrá ser recurrida y revocada por los Tribunales europeos.

Quinta.- La jurisprudencia, las JCCA y la doctrina interna coinciden en señalar que no se ha de negar la posibilidad de introducir modificados no convencionales, tal y como parece limitar el artículo 202 LCSP, ya que resulta necesario que, en supuestos

excepcionales, la Administración goce de tal facultad en aras a proteger el interés público.

Sexta.- Los conceptos «causas imprevistas» y «condiciones esenciales del contrato» han de ser interpretados de forma restrictiva y conforme a la jurisprudencia comunitaria, siendo adecuada la interpretación dada por la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón en el Informe 3/2009, de 15 de abril.

C) Del régimen jurídico de los modificados no convencionales en el TRLCSP.

Séptima.- Las dos principales novedades introducidas con la refundición LCSP son: (i) el nuevo régimen del *ius variandi*; y (ii) la aplicación a los contratos privados celebrados por la Administración Pública de las normas relativas a las modificaciones de los contratos contenida en el Título V del Libro I TRLCSP.

Octava.- El fondo de la nueva regulación es la salvaguarda de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, tratándose de dar solución a los problemas planteados por las anteriores regulaciones.

Novena.- Se abandona la antigua cláusula habilitante de la imprevisión que había generado una fuerte discusión doctrinal por estar formulada como una cláusula abierta. De este modo, en aras a proporcionar una cierta seguridad jurídica, se procede a enumerar las circunstancias concretas que posibilitan la modificación en aquellos supuestos en que no se hubiese previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación (artículo 107.1 TRLCSP). La enumeración se lleva a cabo en términos que tratan de ser exhaustivos, aunque con ello no se consigue evitar la aparición de conceptos jurídicos indeterminados.

Décima.- Se establece un doble límite a las circunstancias contenidas en el artículo 107.1 TRLCSP: (i) que las modificaciones se limiten a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria; y (ii) que la modificación no afecte a las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación (apartados 2 y 3 del artículo 107 TRLCSP).

Undécima.- Dado el escaso periodo de vigencia y los numerosos conceptos jurídicos indeterminados contenidos en el artículo 107 TRLCSP, el mismo deberá ser

interpretado conforme a lo señalado en años precedentes por la jurisprudencia, las JCCA, el Consejo de Estado y la doctrina administrativista. Resulta interesante al respecto, la Recomendación de la JCCA del Estado emitida mediante resolución de 28 de marzo de 2012 (BOE, núm. 86, martes 10 de abril de 2012) con el objetivo de recoger y dar publicidad en nuestro país a las precisiones efectuadas por los Servicios de la Comisión Europea (Dirección General de Mercado Interior) en relación al artículo 107 TRLCSP. De este modo, se recogen en la misma una serie de indicaciones sobre cómo habrá de ser interpretado el citado artículo.

D) Del régimen jurídico de los modificados no convencionales en la Directiva 2014/24/UE.

Duodécima.- La estructura del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE se asemeja a la del vigente artículo 107 TRLCSP. En este sentido, con intención de aportar seguridad jurídica se enumeran, en primer lugar, los supuestos en los que será posible llevar a cabo una modificación sin que sea necesario un nuevo procedimiento de adjudicación y, a continuación, se señalan los supuestos en que una modificación habrá de ser considerada como sustancial.

Decimotercera.- Las principales novedades en la nueva regulación son: (i) la exigencia de publicar las modificaciones contractuales en el DOUE, posibilitando de este modo que los sujetos legitimados para impugnar la modificación, puedan hacerlo en aquellos supuestos en los que se hubiesen superado los límites establecidos por la regulación del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE (fomento del principio de transparencia); y (ii) se recupera la posibilidad de modificar el contrato sin necesidad de una nueva adjudicación cuando surjan necesidades nuevas (artículo 72.1 b) de la Directiva 2014/24/UE).

Decimocuarta.- Con carácter general, la nueva regulación, se podría afirmar que, con carácter general, la regulación contenida en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE podría calificarse como más posibilista. En definitiva, se da un giro importante a lo que venía señalando la jurisprudencia comunitaria en materia de modificados no convencionales, ya que algunos supuestos, como es el caso del artículo 72.1. b) de la Directiva 2014/24/UE, parecen contrarios a la jurisprudencia del TJUE. Esta mayor flexibilidad de la nueva regulación supone, además, un retroceso en términos de seguridad jurídica para los licitadores que no hubiesen ganado el concurso,

quedando debilitados los principios de no discriminación y de igualdad acuñados a nivel comunitario.

Decimoquinta.- En relación a las tres conclusiones precedentes, será necesario esperar a que España transponga la nueva Directiva 2014/24/UE para poder determinar con exactitud el efecto que la misma ha tenido en la regulación española.

E) De la evolución del régimen jurídico de los modificados no convencionales.

Decimosexta.- La regulación de los modificados ha experimentado infinidad de modificaciones en las últimas dos décadas. Parece que nos encontramos ante un sistema de ensayo-error, de manera que cada vez que el Estado consideraba que la regulación no había conseguido el objetivo que pretendía, la misma se modificaba. Con la aprobación de la nueva Directiva 2014/24/UE se evidencia que la inestabilidad de la regulación, en materia de modificados no convencionales, continuará en los próximos años.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

1. Legislación

CÓDIGO CIVIL. Gaceta de Madrid núm. 206; jueves 25 de julio de 1889.

DECRETO 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado. BOE núm. 97; 23 de abril de 1965.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, de 31 de octubre de 1978. BOE núm. 311.1; viernes 27 de diciembre de 1978.

LEY 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Disposición 11.825 del BOE núm. 119; viernes 19 mayo 1995.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Disposición 11.533 del BOE núm. 148; miércoles 21 junio 2000.

DIRECTIVA 2004/18/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. DOUE núm. 134; 30 de abril de 2004.

LEY 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. Disposición 14944 del BOE núm. 30724; sábado 19 agosto 2006.

LEY 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Disposición 18.874 del BOE núm. 261; miércoles 31 octubre 2007.

LEY 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Disposición 4117 del BOE núm. 55; Sábado 5 de marzo de 2011.

LEY 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Disposición 6241 del BOE núm. 83; jueves 7 de abril de 2011.

LEY 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears. Disposición 7709 del BOE núm. 103; sábado 30 de abril de 2011.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Disposición 17.887 del BOE núm. 276; miércoles 16 de noviembre de 2011.

DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión. DOUE núm. 94; 28 de marzo de 2014.

DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. DOUE núm. 94; 28 de marzo de 2014.

DIRECTIVA 2014/25/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. DOUE núm. 94; 28 de marzo de 2014.

2. Documentación

2.1. Abogacía General del Estado

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO (Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia). Circular núm. 1/2011, de 25 de septiembre de 2009. Asunto: “Régimen de modificación de los Contratos del Sector Público”.

2.2. Comisión Europea

COMISIÓN EUROPEA. *Measurement of indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*. 2010, p. 11. Ejemplar consultado en: http://www.publictendering.com/pdf/indicators2008_en.pdf. Última consulta: 26 de abril de 2014.

2.3. Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO. Memoria del año 1990. Madrid, 31 de diciembre de 1990.

CONSEJO DE ESTADO. Dictamen núm. 1834/1995. Asunto: Modificación contrato obras "Acondicionamiento de la N-240 de Tarragona a San Sebastián". 11 de octubre de 1995.

CONSEJO DE ESTADO. Dictamen núm. 454/1996. Asunto: Modificación núm. 1 de contrato de obras acondicionamiento de la C.C. 147, futura N 262 tramo: Pobla de Segur-Sort. 8 de febrero de 1996.

CONSEJO DE ESTADO. Expediente 215/2010. Asunto: Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible. 18 de marzo de 2010.

2.4. Juntas Consultivas de Contratación Administrativa

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Informe 71/99, de 11 de abril de 2000. Asunto: Interpretación de la normativa vigente sobre la fase de ordenación de pago n de pago de pagos en obras y

restante restantes actuaciones habituales en la en la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de la de las Aguas.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008. Asunto: Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. Informe 3/2009, de 15 de abril. Asunto: Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009. Asunto: Habilitación empresarial o profesional, consideración como requisito de legalidad y no como solvencia. Aplicación de la prohibición de contratar en los contratos menores. Fraccionamiento del objeto del contrato.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Informe 5/10, de 23 de julio de 2010. Asunto: Consulta sobre la posibilidad de modificar un contrato de obras por causas imprevistas.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA. Informe 14/2010, de 26 de noviembre. Asunto: Posibilidad de modificar la frecuencia y la duración parcial de las prórrogas de un contrato de gestión de servicios públicos.

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO. Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los contratos. *BOE*, núm. 86, martes 10 de abril de 2012

2.5. Ministerio de Economía y Hacienda

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA: Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la contratación pública. 2004.

3. Jurisprudencia

3.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE (Sala Segunda) de 21 de enero de 1987. Asunto Ferriera Valsabbia Spa contra Comisión de las Comunidades Europeas (asunto C-268/84). Sentencia consultada en:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984CJ0268:ES:HTML> (última consulta: 10 de marzo de 2014).

STJCE (Pleno) de 5 octubre 2000. Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Francia (asunto C-337/98); ponente: V. Skouris; TJCE\2000\236

STJCE (Sala Sexta), de 7 diciembre del 2000. Caso ARGE Gewässerschutz contra Bundesministerium für Land-und Fortswirtschaft (asunto C-94/99); ponente: Claus Christian Gulmann; TJCE 2000\314.

STJCE (Sala Sexta) de 29 abril 2004. Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi di Frutta SpA (asunto C-496/99); ponente: Romain Schintgen; TJCE\2004\125.

STJCE (Sala Segunda) de 13 enero 2005. Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España (asunto C-84/03); ponente: J. Makarczyk; TJCE\2005\10.

STJCE (Sala Segunda) de 2 junio 2005. Caso Koppensteiner GmbH contra Bundesimmobiliengesellschaft mbH (C-15/04); ponente: Claus Christian Gulmann; TJCE\2005\163.

STJCE (Sala Primera) de 13 octubre 2005. Caso Parking Brixen GmbH contra Gemeinde Brixen y otros (asunto C-458/03); ponente: J. N. Cunha Rodrigues; TJCE\2005\295.

STJCE (Sala Tercera) de 19 junio 2008. Caso Preetext Nachrichtenagentur GmbH contra Austria (asunto C-454/06); ponente: J. N. Cunha Rodrigues; TJCE\2008\132.

STJCE (Sala Segunda) de 28 enero 2009. Asunto Centro Studi Antonio Manieri Srl contra Consejo de la Unión Europea (T-125/06); ponente: K. Jürimäe; TJCE\2009\15.

STJUE (Sala Cuarta) de 22 abril 2010. Caso Comisión Europea contra España (asunto C-423/07); ponente: E. Juhász; TJCE\2010\111.

3.2. Tribunal General de la Unión Europea

STGUE (Sala Octava) de 31 enero 2013. Caso España contra Comisión Europea; ponente: M. E. Martins Ribeiro; TJCE\2013\27.

3.3. Tribunal Supremo

STS (Sala Tercera) de 13 abril 1981. Ponente: Paulino Martín Martín. RJ\1981\1841.

STS (Sala Tercera, Sección 4ª) de 10 de diciembre de 1981. Recurso de apelación núm. 46.056/1981; ponente: Manuel Delgado-Iribarren Negroa; Id Cendoj: 28079130041981100371.

STS (Sala Tercera) de 7 julio 1986. Ponente: Ángel Martín del Burgo y Marchán; RJ\1986\6865.

STS (Sala Tercera) de 21 diciembre 1988. Recurso de apelación núm. 1421/1985; ponente: Ángel Martín del Burgo y Marchán; RJ\1988\10220.

STS (Sala Tercera, Sección 6ª) de 19 abril 1997. Recurso de apelación núm. 1075/1992; ponente: Jesús Ernesto Peces Morate; RJ\1997\3233.

STS (Sala Tercera, Sección 5ª) de 19 enero 1998. Recurso de apelación núm. 1290/1990; ponente: Manuel Vicente Garzón Herrero; RJ\1998\322.

STS (Sala Tercera, Sección 7ª) de 16 abril 1999. Recurso de casación núm. 35/1993; ponente: Manuel Goded Miranda; RJ\1999\4362.

STS (Sala Tercera, Sección 6ª) de 31 mayo 1999. Recurso de casación núm. 2132/1995; ponente: Francisco González Navarro; RJ\1999\6154.

STS (Sala Tercera, Sección 3ª) de 1 febrero 2000. Recurso contencioso-administrativo núm. 645/1997; ponente: Oscar González González; RJ\2000\318.

STS (Sala Tercera, Sección 4ª) de 4 abril 2007. Recurso de Casación núm. 923/2004; ponente: Celsa Pico Lorenzo; RJ\2007\2000.

STS (Sala Tercera, Sección 3ª) de 19 febrero 2008. Recurso contencioso-administrativo núm. 256/2005; ponente: Eduardo Espín Templado; RJ\2008\1739.

STS (Sala Tercera, Sección 4ª) de 16 abril 2008. Recurso de casación núm. 5034/2005; ponente: Santiago Martínez-Vares García; RJ\2008\2460.

3.4. Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª) núm. 698/2004 de 30 abril. Recurso contencioso-administrativo núm. 1233/1999; ponente: Ezequías Rivera Temprano; JUR\2004\190246.

STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª) núm. 850/2006 de 28 abril. Recurso contencioso-administrativo núm. 484/2001; ponente: Jesús Bartolomé Reino Martínez; JUR\2006\139855.

4. Doctrina

BELTRÁN GÓMEZ, A. I.: “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”. Ejemplar consultado en: <http://www.obcp.es/> (última consulta: 27 de marzo de 2014).

CALVO RUATA, P.: “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011*, núm. 3, 2012.

COLÁS TENAS, J.: “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”. *REDA* núm. 153, 2012.

DÍEZ CALZADA, R.: “Comentarios al nuevo Régimen de modificación de los Contratos del Sector Público”, *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, núm. 112, 2011.

FÉRNANDEZ FARRERES, G.: *Sistema de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Pamplona (Navarra), 2012.

GALLEGO CÓRCOLES, I.: “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110, julio de 2011.

GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: “La modificación de los contratos. La reforma prevista en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Incidencia de la jurisprudencia comunitaria”. 2011, p. 1. Ejemplar consultado en: <http://www.caib.es/govern/archivo.do?id=717363>. Última consulta: 18 de febrero de 2014.

GIMENO FELIÚ, J.M.: “El régimen de la modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”. *REDA* núm. 149, 2011.

GIMENO FELIÚ, J.M.: “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”. *Jornada sobre la contratación pública*, Madrid, 25 de abril de 2013.

GRIS GONZÁLEZ, J.C.: “La modificación de los contratos del sector público”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 28, septiembre de 2012.

MORENO GIL, O.: *Contratos Administrativos. Legislación y Jurisprudencia*, 5ª edición, ed. Thomson Civitas, 2008.

MORENO MOLINA, J.A.: “Reciente evolución del derecho público en el ámbito de la contratación pública. La tendencia hacia la formación de un derecho común”. *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley núm. 34. 2004.

PIÑAR MAÑAS, J. L.: “El derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos”, en Gómez Ferrer R. (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.

QUINTANA LÓPEZ, T.: “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”. *REDA* núm. 131, 2006.

ROMAR VILLAR, J.C.: “Tema 18: Modificación del contrato de obras”. Ejemplar consultado en: <http://contratodeobras.com/> (última consulta: 10 de marzo de 2010).

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”. *Jornada sobre contratación pública*, Madrid, 25 de abril de 2013, pp. 2-3

SANTAMARÍA PASTOR; J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Ed. Iustel, Madrid, 2005.

VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”. *REDA* núm. 143, 2009.

VÁZQUEZ MATILLA, F. J.: “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, 2010.

VILLAR PALASÍ, J. L.: *Apuntes de Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1977.

VILLAR PALASÍ, J.L.: “Fuerza mayor”, en Gómez-Ferrer, R. (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.

5. Recursos de Internet

Se han utilizado, esencialmente las siguientes bases de datos jurídicas:

Aranzadi-Westlaw.- www.westlawinsignis.es

EL DERECHO.- <http://online.elderecho.com/>

Tirant-online.- <http://www.tirantonline.com/>

Cendoj.- <http://www.poderjudicial.es/>