

A modificación dos contratos públicos tras a entrada en vigor da Lei de economía sostible

La modificación de los contratos públicos tras la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible

The modification of the public contracts after the coming into force of the Law of Sustainable Economy



ALBERTO FUENTES LOSADA

Secretario do Concello de Cambados (Galicia, España)
albertofulo@hotmail.com

Recibido: 11/04/2014 | Aceptado: 22/04/2015

Regap



ESTUDIOS E NOTAS

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

Malia iso, a necesidade de optimizar os recursos públicos xustifica a regra da igualdade de trato, e que todos os licitadores potenciais deban coñecer as regras do xogo e estas débense aplicar a todos do mesmo xeito. Conscientes da situación, quizais pola comunicación da Comisión ao Reino de España mediante a Carta de localización do 8 de maio de 2006 e o posterior ditame motivado do 2 de decembro de 2008, promulgouse a Lei 2/2011, de economía sostible, que supón a terceira reforma da Lei de contratos do sector público, tras as que se levaron a cabo polas leis 34/2010 e 15/2010.

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

Palabras clave: contrato, modificación, condicións esenciais, Lei de economía sostible.

Resumen: En la práctica de la modificación de los contratos públicos en España, ha imperado siempre la idea de que en la fase de ejecución no había espacio ni justificación para la aplicación de los principios comunitarios de igualdad de trato y de interés público, pues era una fase ad intra, con efectos únicamente entre las partes del contrato. Esta actuación, al margen del derecho comunitario, ha tenido sus consecuencias, con importantes repercusiones en el

plano económico-presupuestario, ya que no en poucas ocasións, las autoridades comunitarias han dejado de abonar certificaciones correspondientes a proyectos con financiación europea por considerar que no se cumplían los principios inherentes a la contratación pública.

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

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

Palabras clave: contrato, modificación, condiciones esenciales, Ley de Economía Sostenible.

Abstract: *In the practice of the modification of the public contracts in Spain, the idea has reigned always of that in the phase of execution there was neither space nor justification for the application of the community beginning of equality of treatment and of public interest, since it was a phase ad intra, with effects only between the parts of the contract. This action, to the margin of the community law, has had his consequences, with important repercussions in the economic budgetary plane, since not in few occasions, the community authorities have stopped paying certifications corresponding to projects with European financing for thinking that there was not fulfilled the beginning inherent in the public contracting.*

This way the things, the need to optimize the public resources justifies the rule of the equality of treatment, and that all the potential bidders should know the rules of the game and these must to him apply all of the same way. Conscious of the situation, probably for the communication of the Commission to the Kingdom of Spain by means of letter of emplacement of May 8, 2006 and later opinion motivated of December 2, 2008, the Law was promulgated 2/2011, of Sustainable Economy, which supposes the third reform of the Law of Contracts of the Public Sector, after that they were carried out by the laws 34/2010 and 15/2010.

Undoubtedly, the most relevant innovation as for public contracting is the regulation of the legal authority to modify unilaterally the contract on the part of the Administration. We will analyze so, along the present work, the juridical regime of the modifications of the contracts, which has made adapt the forecasts of the Judgment of the Court of Justice of the European Union of April 29, 2004, Commission against CAS Succhi di Frutta SpA.

Key words: contract, modification, essential conditions, Law of Sustainable Economy

Índice: 1. Focalización do ius variandi na contratación pública. 2. Ámbito de aplicación. 2.1 Tipos contractuais: extensión regulatoria do réxime de modificación a todos os contratos do sector público. 2.2 Elementos contractuais. 2.3 Contrato principal e contrato complementario. 3. Categorias de modificación do contrato 3.1 Modificacións previstas na documentación que rexe a licitación (modificacións convencionais). 3.2 Modificacións non previstas na documentación que rexe a licitación, ou legais. 4. Procedemento. 4.1 Modificacións previstas na documentación que rexe a licitación (ou convencionais). 4.2 Modificacións non previstas na documentación que rexe a licitación (modificacións legais). 5. Efectos. 5.1 Finalización da vía administrativa, executividade e obrigatoriedade. 5.2 Restablecemento do orixinario equilibrio económico. 5.3 Resolución. 6. Réxime transitorio. 7. A modificación de contratos nas propostas de novas directivas. 8. Conclusións finais. 9. Bibliografía

1 Focalización do *ius variandi* na contratación pública

Non en poucas ocasións, tras a adxudicación dun contrato administrativo, se producen unha serie de situacións non previsibles, en principio, que conducen á imposibilidade de continuar coa súa execución tal e como se previra nun inicio. É entón cando os poderes adxudicadores poden empregar a figura da modificación contractual.

Esta potestade, que implica a modificación dos contratos de forma unilateral por parte da Administración, constitúe unha das máis importantes prerrogativas de que gozan as Administracións Públicas e seguindo ao profesor Gimeno Feliú¹, é unha das claras manifestacións das especialidades que presentan os contratos que celebran as Administracións, en relación cos contratos civís, nos que a regra é a inmutabilidade do contrato (*contractus lex inter partes*²).

A devandita potestade evolucionou sobremanera desde que se recoñeceu por primeira vez na Lei de Contratos do Estado³. Remontareime neste traballo á evolución que presenta a figura do *ius variandi* na última década. O artigo 101 do Real Decreto Lexislativo 2/2000, de 16 de xuño, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas, sinalaba que unha vez perfeccionado o contrato, o órgano de contratación só podía introducir modificacións por razón de interese público nos elementos que o integran, sempre e cando fosen debidas a necesidades novas ou causas imprevistas, xustificándoo debidamente no expediente. Coa devandita previsión, non se cumpría co disposto polo Dereito Comunitario, polo que, no ano 2007 se procedeu á aprobación da Lei de Contratos do Sector Público, Lei 30/2007, de 30 de outubro, que derogou o citado Decreto Lexislativo, e no seu artigo 202, ademais de reproducir o que xa dispoñía o devandito Real Decreto, engadiu que as modificacións dos contratos non podían afectar ás condicións esenciais destes.

Non obstante, e antes de continuar, entendo necesario aclarar que non existe nas Directivas Comunitarias⁴ ningún tipo de precepto que discipline a modificación dos contratos, senón que o réxime xurídico da mesma no Dereito da Unión Europea, é unha construción do Tribunal de Xustiza da Unión Europea con fundamento nos denominados principios estruturais do Tratado, elaborándose progresivamente a raíz, sobre todo, da Sentenza *Succhi di Frutta* de 29 de abril de 2004. Os principios nos que pode resumirse a devandita xurisprudencia do Tribunal de Xustiza Europeo son os seguintes⁵:

- A modificación esixe que estea prevista de forma clara, precisa e inequívoca na documentación que rexerá a licitación.
- De non se achar prevista, cómpre que non afecte a ningún tipo de condición esencial do contrato.
- De ser necesaria a devandita modificación esencial non prevista na documentación que rexe a licitación, o procedente será a resolución do contrato e a adxudicación dun novo, convocando o correspondente procedemento de licitación.

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

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

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

4 Desde 2004, as Directivas vixentes en materia de contratación pública son a Directiva 2004/18/CEE (sectores clásicos) e a Directiva 2004/17/CEE (sectores especiais).

5 Véxase polo seu interese neste aspecto, a Circular Informativa de la Abogacía General del Estado (Ministerio de Justicia) 1/2011, de data 7 de abril.

Así, vistos os principios da xurisprudencia comunitaria en materia de modificacións contractuais, a regulación contida na Lei de Contratos do Sector Público, era claramente insuficiente, e a Comisión Europea, malia que xa comunicara a súa desconformidade ao Reino de España, mediante carta de emprazamento de 8 de maio de 2006, continuou advertindo que a devandita norma confería aos poderes adxudicadores unhas facultades excesivamente amplas para modificar o clausulado esencial dos contratos públicos unha vez que eran adxudicados, violentando de forma clara os principios de igualdade de trato entre licitadores, non discriminación e transparencia consagrados no Dereito Comunitario. Ante a devandita situación, por parte da Comisión evacuose ditame motivado contra o noso país, en data 27 de novembro 2008, entendendo que o réxime dos modificados non se axustaba ao Dereito da Unión da contratación pública⁶.

Non obstante, a interpretación e aplicación que dos textos legais viña facendo a xurisprudencia do Tribunal Supremo⁷, a doutrina do Consello de Estado⁸ e da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado⁹, non difería en absoluto da doutrina establecida polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea; o *ius variandi* é admisible sempre e cando estea xustificado pola satisfacción do interese público, tendo como límites o respecto aos principios de publicidade e concorrencia. E aínda así, a práctica administrativa continuaba sendo moi distinta ao establecido pola doutrina.

Nesta situación, e ante os requirimentos da Comisión Europea, e a ameaza que supoñía o procedemento infractor incoado polas institucións da Unión Europea, a Dirección Xeral de Patrimonio do Estado aceptou a formulación, comprometéndose a reformar a Lei de Contratos do Sector Público, polo que, con tal fin, se aprobou a Lei 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostible¹⁰, a cal entre outros moitos aspectos, aborda unha importante reforma do réxime xurídico da modificación dos contratos públicos; o que provocou que Bruxelas pechase o procedemento infractor aberto contra o Reino de España¹¹.

Na actualidade, a unificación de disposicións en materia de contratación pública no Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de decembro, provocou que os preceptos 92 bis a 95 *quinquies* da LCSP queden derogados, reproducidos nos actuais artigos 105 a 108 do Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público.

6 Noticias da Comisión Europea de 20 de novembro de 2009, en que a Comisión considera que o réxime modificatorio dos contratos tras a súa adxudicación, tal e como está regulado na LCSP 2007, non respecta os principios de igualdade de trato, non discriminación e transparencia establecidos no artigo 2 da Directiva 2004/18/CE. A LCSP concede aos órganos de contratación amplos poderes para modificar cláusulas fundamentais dos contratos despois da súa adxudicación, sen que as condicións de modificación se establecesen nos documentos contractuais de maneira clara, precisa e inequívoca. Ademais, nos contratos de obras, servizos e subministros adicionais, a Comisión considera que a LCSP permite que o órgano de contratación recorra á utilización de procedementos negociados sen publicación en contra do disposto no artigo 31 da Directiva citada.

7 Por todas, e polo seu especial interese, faise referencia á Sentenza do Tribunal Supremo de 28 de febreiro de 1989.

8 Sirvan como exemplo os ditmes 1508/1993 e 2582/1995.

9 Entre outros, os informes 48/1995 e 50/2003.

10 Publicada no BOE N° 55 de 5 de marzo de 2011.

11 En opinión da Comisión, o novo réxime establecido pola LES é unha medida da que cabe congratularse, posto que limita a facultade das entidades adxudicadoras para modificar os contratos públicos tras a súa adxudicación e permite disipar así a inquietude que dera lugar á incoación do procedemento de infracción. Non obstante, a Comisión advirte que someterá ao novo réxime a un exame minucioso e a un estreito seguimento, a fin de comprobar a compatibilidade coas Directivas e a xurisprudencia comunitarias en materia de modificación de contratos públicos e obras complementarias.

En palabras de Gris González¹², “a idea sobre a que pivota o noso sistema de modificación de contratos é patente: a prestación debe executarse na forma inicialmente pactada, admitíndose unicamente variacións ao respecto cando así se previse nos pregos ou no anuncio de licitación ou nos casos e cos límites establecidos legalmente, polo que, en calquera outros supostos, se fose necesario que o contrato se levase a cabo en modo diferente ao acordado, deberá procederse á resolución do mesmo e á celebración doutro baixo as condicións legalmente pertinentes”.

Moita parte da doutrina foi moi crítica coa reforma, pero no que existe unanimidade entre ela, é que a nova regulación da modificación contractual, pode ser cualificada de “revolucionaria”.

Entremos pois, a examinar os aspectos máis novidosos da nova regulación introducida pola Lei de Economía Sostible.

2 Ámbito de aplicación

2.1 Tipos contractuais: extensión regulatoria do réxime de modificación a todos os contratos do sector público

Ata a entrada en vigor da LES, o lexislador deixara os contratos privados fóra do ámbito de aplicación do réxime de modificación dos contratos, xa que este se encadraba dentro dos efectos e extinción, e era unha cuestión remitida ao dereito privado.

Cando se remitiu o Anteproxecto da Lei de Economía Sostible ao Consello de Estado, este detectou esta circunstancia e de aí que, aínda que os efectos e extinción dos contratos privados das Administracións Públicas se rexan polo dereito privado, se introduciuse no artigo 20.2 da LCSP que en canto á modificación, lles serán de aplicación as normas contidas no Título V do Libro I do actual Texto Refundido.

En opinión de Díez Calzada¹³, a razón que explica este cambio substancial na filosofía da normativa contractual é que a modificación dos contratos perdeu o carácter de mera incidencia na execución, para converterse nun elemento básico do mesmo, sendo un elemento constitutivo do proceso de formación da vontade do órgano de contratación.

En canto ás controversias que xurdan entre as partes, non se modificou o disposto no artigo 20.2 (xa do Texto Refundido), polo que continuará a ser a orde xurisdiccional civil a que sexa competente para resolvelas.

O que suscitou máis dúbidas entre a doutrina, é que existen certas matizacións no réxime dos contratos privados en relación co dos contratos administrativos, xa que o artigo 219 do Texto Refundido da LCSP (antigo 202 da LCSP) posibilita que, segundo Díez Calzada, entre outros, na modificación dos contratos privados non concorra necesariamente unha razón

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

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

de interese público. Porén, en opinión doutros, entre os que se atopa Colás Tenas¹⁴, os contratos privados tamén deben responder a razóns de interese público en virtude dunha interpretación conxunta do devandito precepto co artigo 103.1 da Constitución Española, que obriga ás Administracións a servir con obxectividade aos intereses xerais, e non conduce a outra conclusión senón á de que o interese público tamén debe presidir a modificación dos contratos privados.

Na mesma liña pronuncíase outro sector importante da doutrina, compartindo eu mesmo a súa opinión, xa que o fundamento tanto dos contratos administrativos como privados que celebran as Administracións públicas, non é outro que o fin público, e no caso contrario, estaríamos ante unha actuación administrativa enfrontada coa Constitución, polo que sería inconstitucional. En definitiva, ten que existir o mesmo soporte cando se alteren os contratos subscritos pola Administración, calquera que sexa o carácter dos mesmos (administrativos ou privados).

2.2 Elementos contractuais

Desde unha visión xeralista, calquera nova circunstancia dos elementos do contrato implica unha modificación do mesmo. A lexislación anterior viña establecendo un réxime diferente para as alteracións que implicaban modificación do obxecto do contrato (modificación obxectiva) que para as que implicaban modificacións subxectivas, tales como eran as establecidas nos artigos 202.4, 246.5 e 246.6 da LCSP.

A nova regulación en materia de modificación contractual, elimina os supostos de modificación subxectiva, ao dispoñer o artigo 105.1 do TRLCSP que os supostos previstos na lei de sucesión na persoa do contratista, cesión do contrato, revisión de prezos e prórroga do prazo de execución, non son modificacións contractuais.

Esta é a opinión seguida pola maior parte da doutrina, aínda que se atopan autores, como Gris González, que sosteñen que non son modificacións no sentido do Título V do Libro I do TRLCSP, tendo o seu réxime xurídico específico, contemplado ao longo do articulado da devandita norma.

Na miña opinión, o precepto antes citado é moi claro ao non incluír entre os supostos de modificación os que el mesmo dispón, polo que non parece moi acertado relacionar a devandita circunstancia co exercicio da potestade do *ius variandi*, e en realidade non tería sido nin necesaria a súa mención dentro deste precepto.

2.3 Contrato principal e contrato complementario

O novo artigo 105.2 quixo impedir que a prerrogativa exorbitante do *ius variandi* que se outorga ao órgano de contratación, enmascare baixo a figura da modificación contractual, a adxudicación dun novo contrato “complementario”, cuxo fin será o de sumar prestacións complementarias ás xa inicialmente contratadas, ampliando o obxecto do contrato a fin de que poida cumprir finalidades novas non contempladas ou incorporar unha prestación susceptible de utilización ou aproveitamento independente.

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

Estes negocios teñen unha substantividade propia polo que, en consecuencia, se lles aplicará o réxime establecido para a adxudicación de contratos, procedendo a unha nova contratación da prestación correspondente sempre e cando concorran as circunstancias previstas nos artigos 171 b) e 174 b)¹⁵. En todo caso, debe lembrarse, o artigo 31.4 da Directiva 2004/18/CE¹⁶, que regula os casos que xustifican o recurso ao procedemento negociado sen publicación dun anuncio de licitación, prevé expresamente a posibilidade de acudir a este procedemento nos supostos de contratos complementarios.

3 Categorías de modificación do contrato

Segundo a redacción dada pola Lei de Economía Sostible aos artigos 93 *ter* e *quáter* da LCSP (agora artigo 106 e 107 do TRLCSP), unicamente poderán modificarse os contratos públicos cando xa se contemplara a devandita posibilidade nos pregos ou no anuncio de licitación, ou ben cando non se previra, pero se incorra nalguna das circunstancias taxadas no artigo 107.

Esta clasificación das novas categorías, xa foi advertida pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado nos seus informes 43/2008¹⁷, de 28 de xullo e 5/2010¹⁸, de 23 de xullo.

En expresión empregada pola Avogacía Xeral do Estado, na súa Circular 1/2011, antes citada, no novo réxime cabe distinguir unha modificación convencional (cando se previra na documentación que rexe a licitación) e unha modificación legal (cando responda ás circunstancias imprevistas do artigo 107).

Non obstante, Escrihuela Morales¹⁹, presenta como terceira vía posible de modificación de contrato, o mutuo acordo. Este autor entende que dentro do principio de liberdade que as partes teñen para incluír pactos, cláusulas e condicións, cabería esta posibilidade de modificación dos contratos administrativos e privados sempre que concorresen as circunstancias

15 Prevé o artigo 171 b) a posibilidade de adxudicación por procedemento negociado dos contratos de obras cando se trate de obras complementarias que non figuren no proxecto, e o artigo 174 b) referido ao mesmo suposto de elementos complementarios, en contratos de servizos.

16 O artigo 31.4 da Directiva 2004/18/CE establece “respecto dos contratos públicos de obras e contratos públicos de servizos: a) Con relación a aquelas obras ou servizos complementarios que non figuren no proxecto contemplado inicialmente nin no contrato inicial e que, debido a unha circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para a execución da obra ou dos servizos tal e como estaban descritos, sempre que a adxudicación recaia no operador económico que execute a devandita obra ou os devanditos servizos cando esas obras ou servizos complementarios non poidan separarse do contrato inicial técnica ou economicamente sen ocasionar grandes inconvenientes aos poderes adxudicadores, ou ben cando as devanditas obras ou servizos, aínda que se poidan separar da execución do contrato inicial, sexan estritamente necesarios para o seu perfeccionamento. Non obstante, o importe acumulado dos contratos adxudicados para as obras ou servizos complementarios non poderá ser superior ao 50% do importe do contrato inicial.

b) No caso de novas obras ou servizos que consistan na repetición de obras ou servizos similares encargados ao operador económico titular dun contrato inicial adxudicado polos mesmos poderes adxudicadores, coa condición de que as devanditas obras ou os devanditos servizos se axusten a un proxecto de base e que o devandito proxecto fose obxecto dun contrato inicial adxudicado segundo o procedemento aberto ou restrinxido.

A posibilidade de facer uso deste procedemento estará indicada desde o inicio da convocatoria de licitación do primeiro contrato e os poderes adxudicadores terán en conta o importe total previsto para a continuación das obras ou dos servizos a efectos da aplicación do artigo 7.

Unicamente se poderá empregar este procedemento durante un período de tres anos a partir da celebración do contrato inicial.”

17 Moi clarificador este informe en canto á modificación de contratos e á interpretación do artigo 202 da LCSP: réxime xurídico aplicable aos contratos cuxa convocatoria de licitación tivese sido obxecto dun anuncio publicado con anterioridade á entrada en vigor da lei e a súa adxudicación se tivese producido con posterioridade.

18 Informe resultado dunha consulta sobre a posibilidade de modificar un contrato de obra por causas imprevistas.

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

esixidas, con carácter xeral, para a novación. Así, apóiase este autor no disposto no artigo 223, que posibilita a resolución do contrato por mutuo acordo, e ao ser a modificación menos que a resolución, aquela podería tamén realizarse por mutuo acordo.

Porén, en opinión doutros, como Mellado Ruíz²⁰, esta opción era admisible en lexislacións pasadas, como así o avalaba o informe 48/1995, de 21 de decembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, pero desaparece ao estar imposibilitado o poder adxudicador para acudir a outros supostos diferentes dos contemplados nos artigos 106 e 107, polo que se viu nesta nova regulación a consolidación da dobre posibilidade de modificación do contrato.

3.1 Modificacións previstas na documentación que rexe a licitación (modificacións convencionais)

O artigo 106 do TRLCSP sinala que os contratos do sector público poderán modificarse sempre que nos pregos ou no anuncio de licitación se previra expresamente esta posibilidade e se detallara de forma clara, precisa e inequívoca (reproducindo os mesmos termos que usou a Comisión Europea na súa carta de emprazamento) as condicións en que se poderá facer uso da mesma, así como o alcance e límites das modificacións que poidan acordarse, con expresa indicación da porcentaxe do prezo do contrato ao que como máximo poden afectar e o procedemento que teña que seguirse para iso.

En palabras de Blanquer Criado²¹, supoñen “un muro de contención ao risco de que de forma unilateral, se sacrifique o *pacta sunt servanda* ou se defraude a igual competencia entre licitadores.

Ademais, o artigo 106 adiona que os supostos en que poderá modificarse o contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuxa concorrencia poida verificarse de forma obxectiva e as condicións da eventual modificación deberán precisarse con detalle suficiente que permita aos licitadores a súa valoración a efectos de formular a súa oferta e ser tomados en conta polo que se refíee á esixencia de condicións de aptitude aos licitadores e valoración das ofertas.

Examinemos pois, o contido do artigo mencionado, extraendo do mesmo unha serie de características ou presupostos neste tipo de modificacións. Os requisitos materiais son os que seguen:

1) A previsión nos pregos ou no anuncio de licitación

O artigo 106 equipara o prego e o anuncio de licitación, merecendo a mesma consideración legal. Autores como Díez Calzada ou Colás Tenas, foron moi críticos con esta equiparación, xa que en verdade, o que ten a consideración de fonte dimanante de dereitos e obrigas é o prego e non o anuncio. Crítica coa que concordo, xa que o anuncio non posúe a calidade de *lex contractus*, sendo o prego o que debe regular os aspectos relativos á execución, e por

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

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

ende, a modificación do contrato. Non obstante, o precepto é moi claro, e se así o estableceu, caben ambas as dúas posibilidades.

O que si podería xerar dúbidas é se aos pregos aos que se refire son os de cláusulas administrativas xerais, os de cláusulas administrativas particulares ou os de prescricións técnicas. Gris González sinala que cabería a posibilidade de entender que calquera dos tres sería válido²² para poder incluír a cláusula modificatoria.

Porén, o que apunta a lóxica é que os de prescricións técnicas haberá que descartalos xa que a posibilidade de incluír cláusulas modificatorias é unha previsión máis acorde co contido dos pregos de cláusulas administrativas. E con respecto aos de cláusulas administrativas xerais, nos mesmos non cabería incluílas posto que estas deben ir referidas a cada contrato individualmente e non de forma xeral para diferentes contratos; o que leva á conclusión de que serán os de prescricións administrativas particulares os máis apropiados para regularas²³.

Outro dos aspectos que cabe formularse é se a posibilidade de modificar o contrato, unha vez está prevista no prego ou anuncio, obriga a ambas as dúas partes.

A isto responde o artigo 210 do TRLCSP, ao establecer que entre as prerrogativas do órgano de contratación está a de interpretar os contratos, resolver as dúbidas que ofrezca o seu cumprimento, e modificarlos; polo que cabe entender, que aínda prevista na documentación que rexe a licitación, a decisión seguirá a ser unilateral, a favor da Administración.

- 2) A previsión ten que ser expresamente advertida e detallada de forma clara, precisa e inequívoca

Coa mesma, o lexislador require que se realice de forma expresa, excluindo polo tanto que poida ser tácita, desbotando a posibilidade de que a valoración das circunstancias dependa de xuízos de valor, persoais ou subxectivos, nin que caiban escurantismos ou falta de precisión, esixindo un alto grao de rigor á Administración na redacción do prego.

- 3) Deberán estar determinadas as condicións, alcance e límite da modificación, con expresa indicación da porcentaxe do prezo do contrato ao que como máximo pode afectar.

O que máis problema entrañaría na práctica sería a afectación do prezo de adxudicación como consecuencia das modificacións e a repercusión do mesmo en cuestións como o procedemento de adxudicación, a publicidade da licitación ou mesmo a clasificación do contratista.

22 Di o autor que se se segue estritamente a regra *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, a conclusión é clara: calquera deses pregos pode incluír a previsión citada. GRIS GONZÁLEZ, J.C., "La modificación de los contratos del sector público". *Revista Jurídica de Castilla y León*. nº 28, setembro de 2012. pp. 1-35.

23 O recente acordo 44/2012, de 9 de outubro, do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, aborda esta cuestión, anulando un prego pola deficiente regulación sobre a posibilidade dos modificados nun contrato de privatización do servizo público da auga, entre outros motivos, porque o intento de fixación dos parámetros da modificación do contrato no prego de prescricións técnicas constitúe un exemplo de confusión entre o contido do prego de cláusulas administrativas particulares e do prego de prescricións técnicas, ao ser a súa situación axeitada O prego de cláusulas administrativas particulares. Lembrando, a eses efectos, que o prego de prescricións técnicas ha de establecer os requisitos e condicións técnicas que debe cumprir a prestación, como establecen os artigos 116 e 117 do TRLCSP e o artigo 68 do RGLCAP; e que este último precepto determina, ademais, no seu apartado terceiro que os Pregos de prescricións técnicas en ningún caso conterán declaracións ou cláusulas que deban figurar no Prego de cláusulas administrativas particulares, entre outras razóns porque os pregos de prescricións técnicas non deben ser obxecto do informe xurídico esixido pola lexislación.

Tal e como advirte Martínez Fernández²⁴, o precepto non contempla unha porcentaxe máxima insuperable do prezo de adxudicación, o que implica que sería admisible calquera tipo de porcentaxe, non sufrindo o órgano de contratación ningunha clase de límite legal. Non obstante, non presenta ningún problema non o ter acoutado, ao meu xuízo, xa que o artigo 88.1 do TRLCSP sinala que o valor estimado do contrato será o importe máximo que este poida acadar, incluíndo a totalidade de modificacións previstas, polo que sería o importe que determinase o procedemento elixido, se é obrigatoria ou non a súa publicación nos diarios oficiais, e por suposto, a clasificación do contratista. Iso non obsta, que non existan límites razoables, xa que unha previsión desproporcionada sobre o prezo do contrato, é claro que altera os principios xerais que dimanan do artigo 105.2 do TRLCSP²⁵.

4) O interese público

É significativo que non se fixera mención expresa nos artigos 105 a 108 do TR ao interese público, aínda que carecería de toda lóxica que este non fose un requisito *sine qua non* para proceder á modificación contractual. Si o esixe, non obstante, o artigo 210 do TR, e a doutrina presupono en harmonía coa xurisprudencia europea²⁶.

3.2 Modificacións non previstas na documentación que rexe a licitación, ou legais

O artigo 107 do TR regula as circunstancias legalmente previstas para proceder á modificación dun contrato, que só poderán levarse a cabo polas circunstancias concretas que o devandito precepto sinala²⁷, polo que en principio, son taxadas, se ben existen autores como Mellado Ruiz ou Calvo Ruata que sinalan que quizais non son tan pechadas como nun principio puidese parecer.

Imos pasar ao exame das mesmas:

- a) *Inadecuación da prestación contratada para satisfacer as necesidades que pretenden cubrirse mediante o contrato debido a erros ou omisións padecidos na redacción do proxecto ou das especificacións técnicas.*
- b) *Inadecuación do proxecto ou das especificacións da prestación por causas obxectivas que determinen a súa falta de idoneidade, consistentes en circunstancias de tipo xeolóxico, hidrico, arqueolóxico, medioambiental ou similares, postas de manifesto con posterioridade á adxudicación do contrato e que non fosen previsibles con anterioridade aplicando toda a dilixencia requirida de acordo cunha boa práctica profesional na elaboración do proxecto ou na redacción das especificacións técnicas.*

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

25 A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sostivo, de acordo coa normativa da LCSP, a improcedencia dunha modificación do 500% do prezo. Informe 3/2009, de 15 de abril.

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

27 Existe unha clara sintonía entre este artigo e determinadas disposicións do "Codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture in attuazione delle Directive 2004/17 e 2004/18", aprobado por Decreto Legislativo de 12 de abril de 2006. En especial o artigo 132, referente ás variantes no curso de execución de obras.

Ambas as dúas circunstancias están baseadas en erros no proxecto, e como expresaron diferentes autores, pártese da circunstancia da imprevisibilidade, levándoos a formularse o interrogante de se todo erro pode xustificar a aprobación dun modificado. Para a doutrina, só se o erro non é imputable á actuación dun poder adxudicador dilixente, será admisible o modificado; sendo un mero imprevisito se non existe esa nota de imprevisibilidade.

De acordo co principio de proporcionalidade, unha boa forma de identificar a magnitude do erro e os efectos que este tivese podido causar, sería examinar o efecto que o devandito erro puido causar na preparación dos ofertas por parte dos licitadores. Mesmo, algún autor, como Vázquez Matilla²⁸, formula a reflexión sobre a referencia á dilixencia propia dun bo pai de familia establecida no artigo 1104 do Código Civil.

Sobre esta circunstancia, o Consello de Estado no seu ditame 215/2009, afirmou que malia que ambas as dúas circunstancias fan mención a deficiencias no proxecto ou especificacións técnicas, no suposto a) abonda con que existan erros ou omisións, e no suposto b) é necesaria a nota de imprevisibilidade. Polo seu interese e claridade, reproducése o extracto do devandito informe: *Estas dúas causas fan referencia a situacións nas que a modificación se xustifica polas deficiencias do proxecto ou especificacións técnicas, se ben, no primeiro caso, abonda a existencia de erros ou omisións, en tanto que, no segundo, a inadecuación de tales documentos ten que ser imprevisible aplicando a dilixencia esixida en atención a unha boa práctica profesional. Noutras palabras, aínda que non se diga expresamente, parece que se pretende dar un tratamento diferente en función de se o contratista foi ou non o autor do proxecto ou interveu na redacción das especificacións técnicas: en caso negativo, calquera erro ou omisión, que non lle sería en ningún caso imputable, xustifica a modificación contractual non prevista nos documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que o erro ou omisión faga posible a devandita modificación, é preciso que non fose previsible coa dilixencia dun bo profesional. Tales diferenzas no tratamento teñen fundamento abondo; non en van, o Consello de Estado tomou reiteradamente en consideración o feito de que a elaboración do proxecto orixinario non correse a cargo da sociedade contratista, á que resulta allea calquera posible deficiencia ou imprevisión, pois tal requisito debe ser apreciado de modo diferente segundo o contratista sexa ou non autor do proxecto e por conseguinte teña ou non a obriga contractual de redactar un proxecto viable e prever e dar solución a posibles incidencias posteriores de acordo á lex artis aplicable (ver, por exemplo, ditame do expediente número 403/2006, de 4 de maio). Agora ben, co obxectivo de dispar calquera dúbida, conviría revisar a redacción dos dous parágrafos transcritos, deixando claro que o primeiro resulta aplicable no caso de que o contratista non sexa autor do proxecto e o segundo ao suposto contrario.*

Non obstante, o texto da Lei de Economía Sostible non recolleu as distincións que aconsellaba o ditame do Consello de Estado, polo que interpretar o devandito precepto á vista do ditame, quizais, non sexa conveniente e por outra parte, excesivamente ríxido²⁹.

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

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

Outros autores, criticaron tamén que se incluíse o apartado a) como unha causa obxectiva imprevisible, xa que os erros e omisións na redacción do proxecto, deberían ter sido corrixidos mediante a dilixencia debida e a profesionalidade do que redacte o proxecto³⁰.

- c) *Forza maior ou caso fortuito que fixesen imposible a realización da prestación nos termos inicialmente definidos.*

A delimitación dos conceptos de forza maior e caso fortuito teñen transcendencia práctica porque en moitas ocasións chegan a confundirse. Pero pódense delimitar se acudimos á xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (valla por todas a Sentenza de 12 de xullo de 1984, no asunto C-209/1983 Valsabbia/Comisión) e á do Tribunal Supremo (igualmente, valendo por todas, a Sentenza de 31 de maio de 1999 no Recurso 2132/1995). Así, a forza maior podería definirse como unha circunstancia allea ao interesado, anómala e imprevisible e cuxas consecuencias non tivesen podido ser evitadas malia a dilixencia empregada. O caso fortuito consiste, porén, nun feito de produción descoñecida conectado ao funcionamento mesmo da organización.

Pero vexamos como se configura o concepto e os supostos nos que concorre a forza maior e o caso fortuito.

Para autores como Gris González³¹, o concepto de forza maior ao que se refire este apartado é o que establece o artigo 231 do TR, pero incluíndo a posibilidade de que xurdan outros diferentes dos aí taxados.

Porén, a xuízo da doutrina maioritaria e da Circular 1/2011 da Avogacía Xeral do Estado, o concepto de forza maior que ha de terse en conta aos efectos do apartado c) do artigo 107.1 é o que resulta da aplicación do artigo 1105 do Código Civil e isto porque o artigo 231 do TR tan só se refire ao contrato de obras e á fase de execución de obras no contrato de concesión de obra pública.

De calquera forma, o que non podería suceder é que a concorrencia de calquera destas dúas circunstancias imposibilite a realización do contrato na súa totalidade, xa que de ser así, procedería a resolución do mesmo. O que deben provocar calquera das dúas figuras é a imposibilidade dalgún dos termos do contrato, sempre e cando, como en calquera dos supostos do apartado un do artigo 107 do TR, non se sobrepare o disposto nos apartados dous e tres do mesmo precepto.

- d) *Conveniencia de incorporar á prestación avances técnicos que a melloren notoriamente, sempre que a súa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producira con posterioridade á adxudicación do contrato.*

Este é un suposto de conveniencia, máis que de necesidade, que vai operar, sobre todo, naqueles sectores cuxo obxecto estea asociado a sectores proclives a evolucións técnicas e que requiran un prazo de execución moi dilatado no tempo.

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

31 GRIS GONZÁLEZ, J. C., *op. cit.*

Na anterior lexislación existía a chamada cláusula de progreso³², o que coa nova lexislación en materia de modificación de contratos, non viña a ser máis que unha modificación encuberta.

O que si resultaría oportuno, ao ser máis unha cláusula de conveniencia que de necesidade, sería que as devanditas modificacións se establecesen á hora da redacción do prego conforme ao disposto no artigo 106 do TRLCSP.

- e) *Necesidade de axustar a prestación a especificacións técnicas, medioambientais, urbanísticas, de seguridade ou de accesibilidade aprobadas con posterioridade á adxudicación do contrato.*

Este suposto esixe que haxa unha modificación do contrato a raíz da adaptación do mesmo á nova normativa vixente nos diversos sectores que poidan afectar ao contrato, que en definitiva, fan que o proxecto sexa inviable segundo se viña a realizando. Así, só é pertinente a súa aplicación, en principio, aos contratos de obras e de concesión de obras públicas cando as novas especificacións técnicas proveñan do campo da enxeñería ou da arquitectura.

Porén, debe facerse unha interpretación ampla, que permita a súa aplicación ao resto de contratos (por exemplo, acudindo ao Códice italiano antes citado, o seu artigo 132.1 a) establece que: *“a varianti in corso d’opera possono essere ammesse, sentito il progettista e il direttore dei lavori, esclusivamente qualora ricorra uno dei seguenti motivi: a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari...”*).

Esixe o apartado 2 do artigo que, ademais, de que se produza algunha das circunstancias expostas no apartado 1, xustificada suficientemente, non se alteren as condicións esenciais da licitación e adxudicación e deberá limitarse a introducir as variacións estritamente indispensables para responder da causa obxectiva que a faga necesaria.

A expresión que emprega o lexislador “condicións esenciais da licitación” é un concepto xurídico indeterminado cuxa determinación é difícil de realizar, polo que no seu apartado 3, do mesmo precepto, se introduciu unha presunción *iuris tantum*, de forma que será ao órgano de contratación ao que lle tocará acreditar se procede ou non algún dos supostos; sendo necesario ter presente que cando se produza unha alteración substancial, deberase acudir a un novo procedemento de contratación.

Os supostos taxados polo lexislador non son *numerus clausus*, xa que non son os únicos que poden xerar unha variación esencial do contrato, podendo existir outros diferentes que requirirían un xuízo particular en cada caso.

Vexamos, un a un, os supostos establecidos polo lexislador español, sobre a base da xurisprudencia comunitaria, diferenciando dous tipos de alteración substancial: cualitativa e cuantitativa.

Son alteracións cualitativas no artigo 107.3 do TRLCSP:

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

- a) *Cando a modificación varíe substancialmente a función e características esenciais da prestación inicialmente contratada (apartado a) artigo 107.3).*

Este suposto xa aparecía contemplado na LCSP, no seu artigo 221.1, pero só para o contrato de obras.

É clarificadora neste punto a postura que adoptou o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, que apreciou que a alteración é substancial cando amplíe o obxecto do mesmo, en gran medida, a prestacións inicialmente non previstas (véxase a Sentenza do TXUE de 19 de xuño de 2008 no asunto C-454/2006 Presstext/Nachrichtenagentur, confirmada por outra de 29 de abril de 2010 no asunto C-160/2008 Comisión/Alemania).

Iso non obstante, parece que este criterio non foi compartido polo noso Tribunal Supremo, xa que en Sentenza de 27 de febreiro de 2008, admite a legalidade da ampliación do obxecto de servizos de limpeza viaria e recollida de residuos sólidos urbanos.

- b) *Cando a modificación altere a relación entre a prestación contratada e o prezo, tal e como esa relación quedou definida polas condicións da adxudicación (artigo 107.3 apartado b)).*

Leva consigo esta limitación a prohibición de que os parámetros que se empregaron para definir o prezo sexan variados, pero non só, senón tamén que non estea permitido o cambio na modalidade no pagamento, ao infrinxir así os principios de transparencia e de igualdade de trato entre os licitadores. Situación que quedou patente e concluiu a Sentenza do TJUE de 29 de abril de 2004, no asunto xa mencionado C-496/1999 Comisión/CAS Succhi di Frutta. Á vista da devandita sentenza, para que xogue este impedimento, a ecuación prestación/prezo haberá de quedar fundamentalmente alterada en esencia coa introdución da devandita modificación.

Juan Villar³³ sinala que esta limitación non debe ser interpretada no sentido de prohibir incrementos no prezo, senón que han de tomarse como referencia os prezos que serviron de base para a celebración do contrato e as súas baixas, non podendo aumentar con ocasión da modificación o beneficio do contratista.

- c) *Cando para a realización da prestación modificada fose necesaria unha habilitación profesional diferente da esixida para o contrato inicial ou unhas condicións de solvencia substancialmente distintas (apartado c) artigo 107.3).*

Este suposto, segundo a doutrina maioritaria, ten un carácter subsidiario xa que para que o mesmo se produza, habería de darse unha modificación previa do contrato, que xeralmente vai provocar que sexa de aplicación o suposto do apartado a) deste punto 3º, posto que os requisitos de aptitude do contrato cambiaron.

En canto ao termo solvencia, resulta moi atinado e razoable o sinalado pola Avogacía Xeral do Estado na Circular 1/2011 de 7 de abril, xa citada, o cal reproduzo pola súa claridade: *“Parece indubidable que, aínda que este precepto aluda á solvencia, debe entenderse que a ela se equipara a clasificación. Partindo desta premisa, cabe distinguir tres supostos que, seguindo unha graduación de maior a menor intensidade son os*

33 www.contratodeobras.com, tema 18.

seguintes: 1) Que por consecuencia da modificación se esixa o requisito da clasificación, sendo así que esta non era requirida para o contrato inicial [...]. 2) Que como consecuencia da modificación se esixa clasificación nun grupo ou subgrupo distinto do requirido inicialmente. 3) Que manténdose o grupo ou subgrupo de clasificación requiridos, por consecuencia da modificación do contrato se esixa a clasificación nunha categoría distinta. Posto que o artigo 92 °, apartado 3 c) da LCSP —actualmente artigo 107 TRLCSP— alude a condicións de solvencia substancialmente distintas, cabe razoablemente entender que os supostos consignados nos apartados 1) e 2) a esixencia de clasificación nun grupo e subgrupo distinto do inicialmente requirido teñen a suficiente importancia ou entidade como para concluir que se aprecia unha alteración substancial. Maiores dificultades suscita o suposto consignado no apartado 3), non obstante iso, e como criterio orientador, pode entenderse que a esixencia, por consecuencia da modificación do contrato, dunha categoría inmediatamente superior á inicialmente requirida non constitúe modificación substancial, en tanto que a esixencia, por consecuencia da modificación dunha categoría superior que non sexa a inmediata á inicialmente esixida entraña xa unha modificación contractual”.

- d) *En calquera outros casos en que poida presumirse que, de ter sido coñecida previamente a modificación, tivesen concorrido ao procedemento de adjudicación outros interesados, ou que os licitadores que tomaron parte no mesmo terían presentado ofertas substancialmente diferentes ás formuladas (apartado e) artigo 107.3).*

Esta limitación configúrase como unha cláusula de peche ás alteracións cualitativas, que poden distorsionar igualmente a competencia. A súa función vén a condensar o fundamental da xurisprudencia comunitaria que recolle tamén a carta de emprazamento e ditame motivado da Comisión Europea ao Reino de España³⁴.

E como alteración cuantitativa, a que dispón o apartado d) do artigo 107.3: *Cando as modificacións do contrato iguallen ou excedan, en máis ou en menos, o dez por cento do prezo de adjudicación do contrato; no caso de modificacións sucesivas, o conxunto delas non poderá superar este límite.*

Se ben o precepto considera que unha modificación no prezo só é substancial cando iguale ou exceda, en máis ou en menos o 10 por cento do prezo de adjudicación do contrato, en opinión de Gallego Córcoles³⁵, existen dúbidas de se esta norma é respectuosa coa xurisprudencia europea (véxase por exemplo a Sentenza do TXUE de 13 de xaneiro de 2005, no asunto C-84/2003, Comisión/España), que considera que determinados preceptos do entón vixente TRLCAP non se axustaban ao dereito comunitario, xa que o feito de que a alteración non chegue á porcentaxe citada, non implica que esta non sexa substancial.

34 CALVO RUATA, P., *op. cit.* Expresa que haberá de contemplarse de maneira distinta nos contratos administrativos e nos privados. Nos primeiros, en virtude da facultade da administración de interpretarlos e modificalos por razóns de interese público, parece que poderá decidir se concorre ou non esa posible presenza doutros licitadores ou a eventualidade de ofertas substancialmente diferentes; e quen impugne a modificación acordada, haberá de probar suficientemente que terían acudido outros licitadores ou ofertado cousas distintas, situándose ao efecto nas circunstancias do momento de presentación. Nos contratos privados, o poder adjudicador non ostentará estas facultades de decisión unilateral, aínda que na práctica a situación quizais quede resolta de modo parecido que para os contratos administrativos.

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

No mesmo sentido insistiu a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado, na súa recomendación de 1 de marzo de 2012, ao expresar que si existen modificacións, por debaixo do dez por cento, que si son substanciais, e polo tanto, non poderán ser rexeitadas de forma automática.

4 Procedemento

Se a LCSP só contemplaba un procedemento de modificación para os contratos de obra no suposto que se pretendese incluír unidades de obra non comprendidas no proxecto ou cuxas características difirían substancialmente delas, tras a reforma efectuada pola Lei de Economía Sostible, o artigo 108 do TRLCSP recolle un procedemento de modificación de carácter xeral.

O devandito procedemento posúe un carácter específico por razón da materia, polo que se rexerá polo disposto na normativa de contratación pública, e subsidiariamente, tal e como especifica a Disposición Final terceira no seu apartado 1 do TRLCSP, polos preceptos da Lei 30/1992, de 26 de novembro, reguladora do réxime xurídico e do procedemento administrativo común.

Así, e á vista da dualidade de réximes modificatorios, cabe distinguir un procedemento para as modificacións convencionais e outro para as legais, que a continuación paso a expoñer.

4.1 Modificacións previstas na documentación que rexe a licitación (ou convencionais)

Nun primeiro momento, á vista do disposto no apartado 1 do artigo 108 do TRLCSP, para as modificacións convencionais abondará con que a documentación que rexe a licitación contemple o procedemento a seguir, tendo o órgano de contratación total liberdade para definir o devandito procedemento. Pero se se observa atentamente ao articulado do resto do TR, os artigos 108 e 106 deben entenderse e poñerse en conexión con outros da lei.

Tamén, de forma introdutoria, é oportuno traer a conto as consideracións da xa mencionada Circular 1/2011 da Avogacía Xeral do Estado: *"ante a regra do artigo 92 ter da LCSP —art. 106 do TR— e tendo en conta o disposto no artigo 92 quinquies —art. 108 do TR— do propio texto legal, han de distinguirse tres supostos: 1) Modificación dun contrato administrativo, no que ha de entenderse que o procedemento que debe seguirse é o establecido no art. 195 da LCSP —art. 211 do TR—. 2) Modificación dun contrato dunha entidade do sector público estatal que non teña a condición de Administración Pública. Neste suposto non se establece ningunha regra que fixe o procedemento que debe seguirse e así as cousas, dado que non resulta aplicable o procedemento do art. 195, hai que entender que o procedemento será o que se determine na documentación que rexa a licitación polo ente, organismo ou entidade contratante, que poderá aplicar o procedemento que, no seu caso, establecera nas normas de contratación a que se refiren os artigos 175 e 176 da LCSP —arts. 191 e 192 TR—, se ben deberá darse trámite de audiencia en todo caso ao contratista, sendo recomendable o informe da Asesoría xurídica. 3) Modificación de contrato privado da Administración do Estado. Este suposto non aparece recollido na LCSP. Así as cousas, e dado que, dunha parte, o procedemento do art. 195 se refire aos contratos administrativos, e doutra parte o suposto que agora se considera pode conceptuarse como equivalente ao*

senalado no anterior apartado, cabe razoablemente entender que o procedemento que debe seguirse é o establecido no devandito apartado."

Polo tanto, o apartado 3 do artigo 108 e o primeiro do artigo 219, obrigan a que as modificacións convencionais, e tamén as legais, como logo se verá, respecten o procedemento do artigo 211, que contén as seguintes previsións, referidas tan só aos contratos administrativos:

- Debe darse audiencia ao contratista.
- Na Administración Xeral do Estado, Organismos Autónomos, Entidades Xestoras e Servizos comúns da Seguridade Social, os acordos adoptaranse previo informe xurídico.

Cabe destacar neste punto que nada se establece con respecto ás Comunidades Autónomas e Entidades locais, xa que o precepto non é básico segundo a Disposición Final segunda apartado 3º do TRLCSP, polo que no caso das Comunidades Autónomas haberá que estar ao que establezan as correspondentes normas autonómicas e non das Entidades Locais, segundo o disposto no artigo 114.3 do Texto Refundido das Disposicións legais vixentes en materia de réxime local, o informe corresponderá á Intervención e Secretaría municipais.

- Será preceptivo o informe do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente das Comunidades Autónomas cando a contía da modificación sexa superior ao dez por cento do prezo primitivo, sempre que este sexa igual ou superior a seis millóns de euros.

Aos trámites xa mencionados, aplicables de forma xeral a calquera contrato administrativo, cabe engadir as especialidades dos distintos tipos de contrato. Peculiaridades que no caso do contrato de obras veñen reguladas no artigo 234 e no contrato de concesión de obra pública no artigo 243 no referido á modificación do proxecto e no artigo 250 á modificación da obra pública.

Tamén resulta interesante na orde procedemental, aludir ao apartado dous do artigo 219, que dispón que as modificacións haberán de formalizarse conforme ao artigo 156, isto é, en documento administrativo.

Con respecto a este extremo, hai os que afirman que se refire tan só aos contratos administrativos e non aos privados; outros mesmo sinalan que nin sequera sería necesaria a formalización en documento administrativo, xa que non estamos ante elementos creados *ex novo*, porque son modificacións previstas na documentación que rexe a licitación, e son coñecidas polas partes no momento da celebración do contrato; polo que só sería aplicable ás modificacións legais.

Non obstante, Gris González argumenta que malia que o artigo 219 estea situado no Libro IV, dedicado aos contratos administrativos, o espírito da norma fai que as devanditas disposicións se poidan trasladar aos contratos privados, e a maior abundamento, o principio de seguridade xurídica recoñecido no artigo 9.3 da Constitución Española, garantiría que o devandito precepto fose aplicable a todos os modificados de contratos do sector público, sexan convencionais ou legais.

Regap



ESTUDIOS E NOTAS

4.2 Modificacións non previstas na documentación que rexe a licitación (modificacións legais)

O artigo 108 do TRLCSP, no seu apartado 2, aplicable tanto aos contratos administrativos como privados, establece que antes de proceder á modificación do contrato de acordo co disposto no artigo 107, deberá darse audiencia ao redactor do proxecto ou das especificacións técnicas, se estes se tivesen preparado por un terceiro alleo ao órgano de contratación en virtude dun contrato de servizos, para que, nun prazo non inferior a tres días, formule as consideracións que teña por conveniente.

Ademais de atender este precepto, o órgano de contratación hase de someter tamén ao disposto no apartado primeiro no referente ao procedemento a seguir do artigo 211, as especificacións para o contrato de obra (artigo 234) e concesións de obra pública (artigos 243 e 250), así como ao relativo á formalización do contrato (artigo 219.2).

Hai autores que se preguntaron se existe a necesidade, ou non, de dar audiencia ao redactor do proxecto cando aínda sendo un terceiro alleo ao órgano de contratación, depende laboral, funcional ou societariamente do ente do sector público contratante.

Na miña opinión o precepto é claro e non ofrece dúbidas: o terceiro debe ser alleo en virtude dun contrato de servizos, polo que se existe dependencia, en ningún caso existirá o devandito contrato de servizos e polo tanto, carecerá de sentido.

É de salientar, por outra parte, que non se establecera na lei ningún prazo de tramitación do expediente, polo que, de non existir outro específico en lei sectorial, será o xeral de tres meses establecido na Lei 30/1992, de 26 de novembro, reguladora do réxime xurídico e do procedemento administrativo común. En canto aos efectos do silencio, o mesmo será negativo en virtude do disposto no apartado 2ª da Disposición Final 3ª do TRLCSP.

5 Efectos

5.1 Finalización da vía administrativa, executividade e obrigatoriedade

Unha vez acordado polo órgano de contratación, no exercicio da potestade que lle outorga o artigo 210 do TRLCSP, a modificación xerará o fin da vía administrativa, o que terá efectos co fin de que se poidan interpoñer os recursos administrativos oportunos e se poida proceder á revisión de oficio.

Ademais de abrir a vía do recurso, o acto será inmediatamente executivo e despregará todos os efectos salientados no acto modificadorio desde a data en que se dite; agás que no mesmo se dispoña outra cousa; sendo, por outra parte, de cumprimento obrigatorio para o contratista, o que significa que non poderá negarse a cumprir coa alteración do mesmo, sen prexuízo, claro está, de que lle quede expedita a vía para impugnalos, empregando os recursos que estime oportunos.

5.2 Restablecemento do orixinario equilibrio económico

O artigo 87.1 do TRLCSP, referido ao prezo do contrato, reza que a retribución ao contratista consistirá nun prezo certo, e relacionado co mesmo, o artigo 216, que establece o aboamento ao contratista da prestación realizada nos termos da lei e do contrato, de acordo co prezo convido.

Pero ambas as dúas precisións poden verse alteradas, isto é, o equilibrio da ecuación presupostaria, como consecuencia do exercicio do *ius variandi* pola Administración, co que o contratista será compensado por esta quebra económica do contrato.

O TRLCSP é meridiano ao establecer, respecto á concesión de obra pública, no seu artigo 258.2 a), que a Administración deberá restablecer o equilibrio económico do contrato cando ela mesma modifique por razóns de interese público, e sempre de acordo coas previsións do Libro I do Título IV, as condicións de explotación da obra. No que respecta á xestión de servizos públicos, di o artigo 282.2 que se debe restablecer o orixinario equilibrio económico dos presupostos económicos que fosen básicos na adxudicación do contrato, advertindo, iso si, no apartado terceiro do mesmo artigo, que non haberá dereito ao resarcimento cando os acordos carezan de transcendencia económica.

Segundo Blanquer Criado³⁶, tan só existen estes dous supostos indemnizatorios nos casos de concesión de obra pública e xestión de servizos, non xerando ningún tipo de restablecemento nos contratos de obra, servizo ou subministro. Pero observando con detención os preceptos referidos aos outros tipos contractuais, o contratista si terá dereito a ser máis, máis que indemnizado, compensado. Vexamos as diferentes situacións:

- Nos contratos de obra, se as unidades de obra están previstas no contrato (artigo 234) e se produce un aumento das mesmas, o adxudicatario terá dereito a ser aboado no prezo fixado no contrato para esas unidades de obra. Porén, se existe redución das mesmas, non terá dereito a reclamar ningún tipo de indemnización.
- O mesmo sucede nos contratos de subministro, prevendo o artigo 296, que cando existan aumentos de unidades de bens, o adxudicatario terá dereito a ser compensado co pagamento do prezo previsto no contrato, e se existen reducións ou supresións, non terá tal dereito.
- O caso dos contratos de servizos é particular, xa que unicamente se estableceu indemnización, en iguais termos que para os de obra e subministro, no suposto de contratos de servizo de mantemento. Así, en principio, parecería que non se podería extrapolar o establecido no artigo 306, a ningún outro servizo.

Porén, seguindo a Fernández Astudillo³⁷, nada na lei prohíbe que o adxudicatario solicite ser compensado cando o poder adxudicador aumente os equipos ou unidades previstos inicialmente no contrato.

36 BLANQUER CRIADO, D. V., *op. cit.*

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

Ata aquí, expostos os casos de contratos administrativos do sector público, pero vexamos que é o que sucede cos privados. Teremos que distinguir que existen diferenzas entre as modificacións legais e convencionais. Se estamos ante unha modificación prevista na documentación que rexe a licitación, haberá que estar ao que estableza a mesma, e no seu defecto, seguindo o artigo 20.2, ao que dispoña o dereito privado. Porén, se estamos ante modificacións legais, ao non haber previsión no prego nin en ningún tipo de documento, acudirase directamente ao dereito privado.

Acudindo aos artigos 1256, 1258 e 1289 do Código Civil, e pola súa clarificadora exposición, á Sentenza do Tribunal Supremo de 17 de febreiro de 2010, recurso 2253/2005, recoñécese o dereito á compensación sempre e cando se rompa a correlación económica do contrato.

5.3 Resolución

A reforma en materia contractual operada pola Lei de Economía Sostible establece unha nova causa de resolución no apartado g) do artigo 223, sinalando que a imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados ou a posibilidade certa de produción dunha lesión grave ao interese público de continuarse executando a prestación neses termos, cando non sexa posible modificar o contrato conforme ao disposto no Título V do Libro I, producirá a resolución do mesmo.

A devandita causa de resolución, ao incardinarse; ao igual que sucede co restablecemento do equilibrio económico; no Libro I, referido aos contratos administrativos, só será de aplicación a estes, polo que polo que respecte aos contratos privados, haberá que estar ao establecido no artigo 105.

Ademais, anoado con esta causa de resolución establecida no artigo 223 g), o artigo 225, apartado quinto, recoñece o dereito ao contratista de recibir unha indemnización do tres por certo do importe da prestación deixada de realizar, agás que a causa de resolución lle sexa imputable.

O devandito suposto indemnizatorio só é aplicable aos contratos administrativos, aínda que tal e como expón a Circular da Avogacía Xeral do Estado 1/2011, de 7 de abril, non existe ningún impedimento legal para que a resolución dos contratos privados pola causa prevista no artigo 105 do Texto Refundido, leve consigo a indemnización ao contratista. Pola súa especial claridade, reproducécese o texto da mesma: *"En efecto, se no ámbito da contratación rexida polo Dereito privado é excepcional a resolución do vínculo contractual por vontade dunha soa das partes dado o disposto nos artigos 1091 e 1258 do Código Civil (e demais preceptos concordantes deste texto legal), resulta indubidable que a resolución do contrato por consecuencia da modificación no suposto a que se refire o artigo 92 bis 1, parágrafo segundo da LCSP, debe levar aparellada a pertinente indemnización ao contratista, pois é este quen de forma singular ou particular sofre o prexuízo económico que comporta a regra legal da resolución do contrato que sanciona a devandita norma. É máis, se tratándose dun contrato administrativo, a resolución deste por causa da súa modificación dá lugar a indemnización (artigo 208.5 —artigo 225.5 do TR— en relación co artigo 206 g) —artigo 223 g) do TR— da LCSP), non se aprecia ningunha razón obxectiva que xustifique que no contrato administrativo se admita a indemnización e que, en cambio, non se admita no contrato privado como é o que concerta unha entidade pública empresarial, unha sociedade*

mercantil do Estado ou unha fundación do sector público estatal; así as cousas, non existe, polo demais, ningún impedimento xurídico para que unha entidade pública empresarial, unha sociedade mercantil do Estado ou unha fundación do sector público estatal poidan aplicar nos seus pregos de condicións a porcentaxe que establece o artigo 208.5 da LCSP como límite da indemnización”.

Outra novidade introducida pola Lei de Economía Sostible na aplicación de causas de resolución, é a supresión do suposto no que a Administración podía instar a resolución do contrato nos casos de modificación que excedan do vinte por cento, e iso responde á prohibición de introducir modificacións que igualem ou excedan do dez por cento da adxudicación do contrato (artigo 107.1, apartado d)).

Tamén se suprime da redacción dada ao artigo 243, para a resolución do contrato de concesión de obra pública, a posibilidade de que o concesionario solicite a resolución cando as modificacións impostas incrementen ou diminúan a obra nunha porcentaxe superior ao vinte por cento do importe dos mesmos. Agora será o plan económico-financeiro da concesión, o que recolla, mediante os oportunos axustes, os efectos derivados do aumento ou diminución de custos.

6 Réxime transitorio

Ao réxime de dereito transitorio da reforma da LCSP efectuada pola Lei de Economía Sostible, en materia de modificación de contratos, dedícase no actual Texto Refundido da LCSP, a Disposición Transitoria primeira, no seu apartado segundo, indicando a mesma que os contratos administrativos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor da Lei de Economía Sostible, é dicir, os que o fosen con anterioridade a 7 de marzo de 2011³⁸, rexeranse, en canto aos seus efectos, cumprimento e extinción, incluída a duración, pola normativa anterior.

Aínda que o precepto nada establece sobre as modificacións dos contratos, ha de entenderse que estas quedan incluídas no ámbito de aplicación da Disposición aludida, posto que a mesma está incluída no Título V do Libro I do TRLCSP.

Na xa mencionada noutros apartados deste traballo, Circular 1/2011 da Avogacía Xeral do Estado, establécese que o criterio a seguir por ser o máis axustado ao dereito comunitario, é entender que ás modificacións, sexan de contratos adxudicados con anterioridade á entrada en vigor da Lei de Economía Sostible, ou adxudicados con posterioridade, se lle aplique o novo réxime, posto que este era o que xa esixía a xurisprudencia do TXUE. Con rotundidade advírtese por parte do Avogado Xeral do Estado, que o criterio correcto a seguir é o mencionado; se ben a doutrina maioritaria, a cal comparto, está de acordo en admitir que o teor literal da lei é moi claro e o réxime de modificados establecido pola Lei de Economía Sostible será única e exclusivamente aplicable aos contratos adxudicados a partir da súa entrada en vigor, sendo desbotado, polo tanto, o parecer da Circular.

En canto aos contratos privados, malia que a Disposición Transitoria só alude aos contratos administrativos, hai que entender que tamén lle é aplicable o devandito réxime transitorio

³⁸ A Lei de Economía Sostible foi publicada no B.O.E. Nº 55, de 5 de marzo de 2011, entrando en vigor non ao día seguinte (xa que era domingo), senón o 7 de marzo.

a aqueles, e isto porque o ámbito de aplicación do Texto Refundido abrangue ambos os dous tipos de contratos, e non tería ningún sentido que existisen dous réximes diferentes en canto á transitoriedade da lei. A este respecto, é aclaratoria a Recomendación 1/2011, de 29 de marzo, da Comisión Consultiva de Contratación da Xunta de Andalucía, entendendo a mesma que os expedientes iniciados antes da entrada en vigor da Lei de Economía Sostible, serán aqueles cuxos pregos fosen publicados con anterioridade a esa data, e nos negociados sen publicidade, haberá que estar á data de aprobación dos pregos. Ademais, a mesma engade que nos expedientes nos que aínda non se tivese aberta a fase de licitación, deberían adaptar as súas previsións ao disposto na LCSP reformada, coa incorporación do réxime establecido pola Lei de Economía Sostible.

7 A modificación de contratos nas propostas de novas directivas

No ámbito da Estratexia Europea 2020³⁹, a Comisión Europea, na súa comunicación “Acta do mercado único: 12 prioridades para estimular o crecemento e reforzar a confianza”, sinalou a necesidade de modernizar o ámbito normativo da contratación pública, da cal xurdiu a adopción de tres propostas de Directivas, publicadas no D.O.U.E. de 5 de abril de 2012:

- Proposta da Directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación por entidades que operan nos sectores da auga, enerxía, os transportes e os servizos postais.
- Proposta da Directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á contratación pública.
- Proposta da Directiva do Parlamento Europeo e do Consello relativa á adxudicación de contratos de concesión.

Pois ben, case dous anos despois, o 15 de xaneiro de 2014, o Parlamento Europeo aprobou as tres Directivas comunitarias co obxectivo de fixar estándares comúns na contratación a nivel europeo. Non obstante, os Estados Membros disporán de dous anos para traspoñer as disposicións das novas normas ás súas respectivas lexislacións nacionais.

Como novidade, regúlase as incidencias na execución do contrato, que obrigan a proceder á modificación do mesmo, establecendo as circunstancias nas que se permitirá acudir ao procedemento modificadorio, non sendo necesario, polo tanto, acudir a unha nova licitación. A tal fin, deterémonos no estudo da devandita proposta, xa que as formulacións da mesma, se repiten practicamente en idénticos termos nas outras dúas propostas de directiva.

A Exposición de motivos da Directiva de Contratación pública sinala que: “... a modificación dos contratos durante o seu período de vixencia converteuse nunha cuestión cada vez máis pertinente e problemática para os profesionais. E por iso, inclúese unha disposición específica sobre a modificación dos contratos que incorpora as solucións básicas desenvolvidas pola

39 A presente iniciativa de reforma da contratación pública enmárcase na Estratexia Europa 2020 para un crecemento intelixente, sostible e integrador, así como as iniciativas emblemáticas de Europa 2020 “Unha axenda dixital para Europa”, “Unión pola innovación”, “Unha política industrial integrada para a era da globalización”, “Enerxía 2020” e “Unha Europa que utilice eficazmente os recursos”. Aplica tamén a Acta do Mercado único, e en particular a súa duodécima medida clave: “Revisión e modernización do mercado normativo dos contratos públicos”. Sobre a transposición das anteriores Directivas nos Estados membros resulta de grande interese o libro coordinado por M. Sánchez Morón, “El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus Estados miembros”. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2011.

xurisprudencia e ofrece unha solución pragmática para tratar as circunstancias imprevistas que esixen a adaptación dun contrato público durante o seu período de vixencia...".

O deseño normativo contido na mesma é coherente coa doutrina seguida ao longo dos anos polo Tribunal de Xustiza da Unión Europea, ao establecer no seu artigo 72 que se prohibirá calquera tipo de modificación contractual que supoña alteración do contido substancial, e esta non o será cando:

- O seu valor non supere os límites fixados no seu artigo 4 e sexa inferior ao cinco por cento do prezo do contrato inicial.
- Foran previstas na documentación da contratación, en opcións ou cláusulas de revisión, de forma clara, precisa e inequívoca.

Pero tamén establece en que casos si se considerarán substanciais as devanditas modificacións, coa finalidade de achegar seguridade xurídica, que levarán consigo a convocatoria dunha nova licitación:

- Cando introduza condicións que terían permitido a selección doutros candidatos ou correspondese a adxudicación a outro licitador.
- Cando se altere o equilibrio económico.
- Cando amplíe de forma considerable o ámbito obxectivo do contrato.
- Cando implique a substitución do socio contratista, aínda que con matices, isto é, agás os casos de sucesión total ou parcial por reestruturación empresarial en tanto se respecten os principios da licitación.
- Cando teña por obxecto emendar deficiencias que poidan solucionarse mediante a aplicación das obrigas contractuais, ou cando a modificación teña por obxecto compensar riscos de aumento de prezos que foran cubertos polo contratista.

Este deseño, resulta similar ao que, como xa se anticipou, viña sendo obxecto da doutrina do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, e ao introducido pola Lei de Economía Sostible modificando a Lei de Contratos do Sector Público; pero a Directiva vai máis alá e establece que en certos casos, será posible proceder a unha modificación contractual substancial non empregando unha nova licitación, sempre e cando se cumpran unhas determinadas condicións:

- Que a necesidade da mesma se derive de circunstancias que non se puideron prever por un poder adxudicador dilixente;
- Que non se altere a natureza global do contrato;
- E que o aumento do prezo non sexa superior ao cincuenta por cento do prezo inicial.

Ábrese con esta previsión un cúmulo de dúbidas interpretativas, o que pode ser contrario ao principio de seguridade xurídica que esixirá un forte labor interpretativo.

Os considerandos 34, 35 e 37 da Proposta de Directiva publicada o 12 de abril de 2012, ofrecen uns bos elementos explicativos que poden ser tidos en conta á hora de interpretar as



regras establecidas pola mesma⁴⁰. O Considerando 34 precisa de forma bastante clarificadora o concepto de circunstancias imprevistas, completándoo co Considerando 35 que explica como haberá que determinar a imprevisibilidade, que se fará en atención aos recursos de que se dispoñían, a natureza e características do proxecto, as boas prácticas e a necesidade de asegurar unha proporción axeitada entre os recursos destinados á preparación da adxudicación e o seu valor previsto.

En canto ao límite cuantitativo, resulta salientable a opinión de López Mora⁴¹, sobre a particularización do devandito límite en función de cada contrato particularmente concibido, ou en proporción á magnitude e duración do mesmo.

Por último, interesa destacar que a Directiva de contratación pública, como elemento de control, inclúe a obrigatoriedade de publicación das modificacións, para proceder á comprobación do axeitado cumprimento e tramitación do que figure no prego⁴². Unha vez estea trasposta a Directiva, de non facelo antes, obrigará ao lexislador español a reformular a redacción do artigo 40 do TRLCSP, xa que o mesmo establece que os actos dos órganos de contratación ditados en relación coas modificacións contractuais non previstas no prego que, de conformidade co disposto nos artigos 105 a 107, sexa preciso realizar unha vez adxudicados os contratos tanto se acordan como se non a resolución e a celebración de nova licitación; non serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Non obstante, existen leis autonómicas, como a Lei 3/2011, de medidas en materia de contratos do sector público de Aragón, que xa introduciron disposicións posibilitando a interposición de recurso especial contra a modificación contractual, unha vez publicada a mesma no Boletín oficial correspondente e/ou perfil no que se publicou a adxudicación.

Esta previsión seguida pola lei aragonesa, foi tamén a que estableceu a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón no seu informe 12/2012, de 23 de maio; pero non é, porén, a seguida polo Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade de Madrid, que estableceu, en diferentes ocasións, que para os actos de execución do contrato (entre os que se atopa a modificación) só caberá acudir ao réxime de recursos da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de réxime xurídico das Administracións Públicas e procedemento administrativo común.

De todas formas, opinións a favor, opinións en contra, a devandita discusión quedará superada tras a nova regulación que propuxo a Directiva, incluíndo entre o obxecto do recurso especial en materia de contratación, os acordos de modificación nos contratos públicos.

8 Conclusións finais

A nova regulación do réxime modificadorio dos contratos públicos, contida no Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público, que introduciu a Lei de Economía Sostible,

40 Vid. LAZO VITORIA, X., *“La propuesta de Directiva de Concesións: rasgos fundamentais”*, publicado en www.obcp.es, de 23 de marzo de 2013.

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

42 Neste sentido, xa o prevé, entre outras leis autonómicas, o artigo 10.3 da Lei 4/2006, de 30 de xuño, de transparencia e de boas prácticas na Administración Pública Galega.

procurou adaptarse ás esixencias do Dereito Comunitario, mesmo, como se viu, anticipándose ao disposto polas Directivas Comunitarias, aprobadas polo Parlamento Europeo o 15 de xaneiro de 2014.

O que non se pode obviar, é que a oportunidade do exercicio do *ius variandi* necesita dunha axeitada motivación sobre os requisitos e supostos que permiten acudir á mesma, e que de non existir, impide a alteración do contrato. En todo caso, ademais, responderán ás esixencias que se derivan do interese público.

De acordo con todo o exposto no presente traballo, pódense establecer unha serie de conclusións a modo de resumo:

- 1) A Lei de Economía Sostible introduciu un réxime de modificación acorde coas esixencias comunitarias, prevendo que o contrato se levará a cabo na forma inicialmente pactada, sendo admisibles variacións cando así se previra na documentación que rexe a licitación (previsión nos pregos ou anuncio de licitación) ou nos casos establecidos legalmente; existindo así unha dualidade de réximes en materia de modificación contractual.
- 2) A nova regulación aplícase a todos os contratos do sector público, administrativos ou privados, calquera que sexa o poder adxudicador. O feito de incluír no ámbito de aplicación da lei os contratos privados, supón unha desnaturalización dos mesmos, "administrativándoo".
- 3) A modificación non poderá realizarse co obxecto de engadir prestacións complementarias, aumentar o obxecto do contrato co fin de que cumpra propósitos novos non contemplados na documentación inicial, ou incorporar unha prestación susceptible de uso ou explotación independente.
- 4) As modificacións convencionais requiren que se inclúen ben nos pregos de cláusulas administrativas particulares, ben no anuncio de licitación e non poderán afectar a ningunha condición esencial da licitación e han de facelo de forma clara, precisa e inequívoca; non establecendo o novo réxime ningún tipo de límite máximo ás modificacións que poidan prever os pregos.
- 5) As modificacións legais só se poderán producir por algunha das causas expostas no artigo 107, sen que se poidan alterar as condicións esenciais do contrato, e debendo limitarse a introducir as variacións necesarias para responder á causa obxectiva que faga necesaria a novación. Supostos que foron máis alá do disposto pola doutrina comunitaria, se ben, se adaptan en boa medida ás Propostas de Directivas comunitarias.
- 6) O procedemento a seguir no caso de modificados derivados do artigo 106 (convencionais) será o que se fixase no prego respectando os preceptos do TRLCSP, e no caso das modificacións legais (artigo 107) será o recollido no propio Texto Refundido.
- 7) A modificación porá fin á vía administrativa, sendo inmediatamente executiva e obrigará ao contratista. Este terá dereito a indemnización sempre que se produza unha alteración do equilibrio económico do contrato nos termos expostos.
- 8) Cando debeña imposible a execución da prestación nos termos inicialmente pactados ou se produza unha lesión grave no interese público e non sexa posible a modifica-

ción do contrato conforme ao disposto no Título V do Libro I do TRLCSP, procederá a resolución.

- 9) A normativa aplicable ao modificado debe ser ao vixente cando se celebrou o contrato, sen que nada obste á interpretación da mesma conforme ao Dereito Comunitario.

En definitiva, e malia as opinións en contra, a reforma efectuada por España supón un notable avance en materia de modificación contractual, adaptándose ao disposto pola xurisprudencia comunitaria, e mesmo foi máis alá; o que por outra parte, pode xerar dúbidas e inseguridade xurídica xa que, houbo, quizais, exceso de celo na apreciación dos presupostos para modificar un contrato.

Pero o importante e verdadeiramente urxente é que os servidores públicos apliquen de forma correcta a lexislación nas modificacións dos contratos públicos, aténdose, en palabras de Gimeno Feliú, *“a un código ético estrito que evite conflitos de intereses, e que a xestión pública se rexa, como non pode ser doutro xeito, pola transparencia, integridade e a eficiencia, colaborando a dignificar a súa contratación, sobre todo de cara á opinión pública, freando a corrupción instalada na contratación administrativa”*.

9 Bibliografía

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

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

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

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

DE LOS MOZOS Y TOUYA, I.M., *“La nueva regulación de la modificación de los contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: de la apariencia a la incertidumbre”*. Col. en *El nuevo Derecho Administrativo: Liber amicorum Enrique Rivero Ysern*, Coordinadores: Miguel Domínguez Berrueta de Jual e Ángel Sánchez Blanco, Salamanca, 2011.

DÍAZ LEMA, J.M., *“Contratos públicos versus contratos administrativos ¿Es conveniente mantener la duplicidad de la LCSP?”*. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 141 (xaneiro-marzo 2009).

DÍEZ CALZADA, J.R., *“Comentarios al nuevo régimen de modificación de contratos del sector público”*. *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, nº 112, setembro 2011.

ESCRIHUELA MORAIS, F. J., *“Guía práctica de la Contratación del Sector Público”*. Ed. La Ley. Madrid 2012.

- FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J. M., *“Contratación pública. Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público, volumen 2”*. Editorial Bosch, Barcelona, 2008.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., *“¿Qué es la modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?”* *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, nº 110, xullo 2011.
- GIMENO FELIÚ, J.M., *“Las reformas legales de la Ley 30/2007 de contratos del Sector público, alcalde y aspectos prácticos”*. Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011.
- *“El régimen de modificación de los contratos públicos, regulación actual y perspectivas de cambio”*. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 149, xaneiro-marzo 2011.
- *“La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”*. *Relatorio nas Jornadas sobre contratación pública del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Abril 2013*.
- GRIS GONZÁLEZ, J.C., *“La modificación de los contratos del sector público”*. *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 28, setembro 2012.
- LAZO VITORIA, X., *“La propuesta de Directiva de Concesiones: rasgos fundamentales”*, publicado en *www.obcp.es*, de 23 de marzo de 2013.
- LÓPEZ MORA, E., *“La futura regulación de la modificación de contratos de concesión durante su vigencia, publicado en www.obcp.es, de 28 de xaneiro de 2013.*
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J., *“La tramitación de los futuros modificados de contratos del sector público con la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”*. *Contratación Administrativa práctica*, nº 110, xullo.
- MELLADO RUIZ, L., *“El nuevo y necesario régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de ley de economía sostenible”*. *Contratación Administrativa Práctica*, nº 108. Maio 2011.
- MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”*, Título IV. Ed. Iustel, Madrid, 2011.
- PUERTA SEGUIDO, F., *“El régimen de la modificación de los contratos del Sector Público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público”*, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012.
- QUINTANA LÓPEZ, A., *“Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”*. *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 131, Civitas, Madrid, 2006.
- VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *“Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos en el proyecto de ley de economía sostenible”*. *Revista aragonesa de administración pública*. nº 37, decembro 2010.
- *“Transformación sustancial del régimen de modificación del contrato por la Ley de Economía Sostenible”*. *Contratación Administrativa Práctica*, nº 114, decembro 2011.

Regap



ESTUDIOS E NOTAS