

Nº 34
Segundo trimestre
2023

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 34. Junio 2023

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y REDALYC

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 13

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

EL CICLO REGLAMENTARIO LOCAL: UNA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

D. José Manuel Bejarano Lucas 19

2ª Parte: ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO Y DE LOS DIFERENTES CONTEXTOS: LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS A NIVEL INTERNACIONAL EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.

D. Angel Corredor Agulló.....93

LOS CONCIERTOS SOCIALES, NOVEDADES JURÍDICAS Y SUS IMPLICACIONES.

D. Javier Mendoza Jiménez

Dª Isabel Otilia Gutiérrez Santana.....159

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Dª. Carolina Sempere Gelardo179



LA REGULACIÓN DEL PRECIO DE LA ELECTRICIDAD Y LA INTERVENCIÓN PÚBLICA ANTE LOS DESEQUILIBRIOS DEL MERCADO	
D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz	227
MARCO LEGAL DE LAS ELECTROCUCIONES DE AVIFAUNA: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY, REMISIONES CONDICIONALES ILEGALES Y ERRORES JURÍDICOS DE JUZGADOS	
D. Salvador Moreno Soldado	301
SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO	
LA GRATUIDAD DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS ESTATALES EN MÉXICO	
D. Hilarino Aragon Matias.....	351
RESEÑA DE JURISPRUDENCIA	
EL INCUMPLIMIENTO DEL PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS POR PARTE DE LA OFERTA DEL LICITADOR NO SUPONE UNA EXCLUSIÓN AUTOMÁTICA	
D. Jaime Pintos Santiago	
D ^a . María Dolores Fernández Uceda.....	391



CUANDO LA DISCRECIONALIDAD SE VUELVE
ARBITRARIEDAD NO ES CONTROLABLE A TRAVÉS DEL
RECURSO ADMINISTRATIVO ORDINARIO.

D. Jaime Pintos Santiago

D^a. María Dolores Fernández Uceda.....401

BASES DE PUBLICACIÓN 419



EDITORIAL

En el número 34 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional siete artículos doctrinales que se suman a uno de internacional, una reseña de jurisprudencia, y una recensión de un libro, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. José Manuel Bejarano Lucas con el artículo que lleva por título "El ciclo reglamentario local: una revisión jurisprudencial".

Aborda una visión jurisprudencial de los aspectos más relevantes que han de ser considerados en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, y en particular en el hoy conocido como ciclo reglamentario local.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Ángel Corredor Agulló que trata un tema de máxima actualidad "Análisis de derecho comparado y de los diferentes contextos: la necesidad de instrumentos jurídicos a nivel internacional en la maternidad subrogada".

A continuación, D. Javier Mendoza Jiménez y D^a Isabel Otilia Gutiérrez Santana realizan con brillantez un análisis jurídico de "Los conciertos sociales, novedades



<http://gabilex.castillalamancha.es>

jurídicas y sus implicaciones". En concreto estudian dos recientes autos del TJUE que han venido a resolver varias cuestiones fundamentales que se refieren a la posibilidad de restringir la participación solo a entidades sin ánimo de lucro y a la validez de ciertos criterios.

D^a. Carolina Sempere Gelardo analiza minuciosamente "La modificación de los contratos del sector público". La autora hace un análisis de los distintos tipos de modificaciones contractuales en un contrato público, comenzando dicho análisis desde un punto de partida fundamental: las prerrogativas de la Administración Pública. Analiza las modificaciones previstas en los pliegos, las no previstas y la importancia, tanto de su posterior formalización, como de la publicación de las mismas, ya que, como consecuencia de los numerosos cambios que ha sufrido la LCSP respecto de la legislación previa, entre ellos las modificaciones de los contratos, a medida que sus preceptos se han ido poniendo en práctica, han ido generando nuevos retos y dudas.

A continuación, D. Carlos Fernández-Espinar Muñoz aborda un tema de máximo interés como es "La regulación del precio de la electricidad y la intervención pública ante los desequilibrios del mercado".

El último artículo de la sección nacional corresponde a D. Salvador Moreno Soldado que trata el "Marco legal de las electrocuciones de avifauna: vulneración del principio de reserva de ley, remisiones condicionales ilegales y errores jurídicos de juzgados".



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 34

Junio 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

La sección internacional cuenta con un trabajo de D. Hilarino Aragon Matias sobre "La gratuidad de la educación superior en las universidades públicas estatales en México".

Dentro de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "El incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por parte de la oferta del licitador no supone una exclusión automática" y "Cuando la discrecionalidad se vuelve arbitrariedad no es controlable a través del recurso administrativo ordinario".

El Consejo de Redacción

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

THE MODIFICATION OF PUBLIC SECTOR CONTRACTS

D^a. Carolina Sempere Gelardo

Técnico Jurídico de Contratación en la Universidad
Miguel Hernández de Elche

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el análisis de los distintos tipos de modificaciones contractuales en un contrato público, comenzando dicho análisis desde un punto de partida fundamental: las prerrogativas de la Administración Pública. Se analizarán las modificaciones previstas en los pliegos, las no previstas y la importancia, tanto de su posterior formalización, como de la publicación de las mismas, ya que, como consecuencia de los numerosos cambios que ha sufrido la LCSP respecto de la legislación previa, entre ellos las modificaciones de los contratos, a medida que sus preceptos se han ido poniendo en práctica, han ido generando nuevos retos y dudas.



Como punto final del trabajo, se recogen algunas conclusiones sobre la gran problemática que ha ocasionado la pandemia del Covid-19 en materia de Contratación Pública, especialmente en relación a la modificación de los contratos como vía para hacer frente a la imprevisibilidad de los efectos de la misma.

Abstract: The purpose of this project is to analyze the different types of contractual modifications in a public contract, on the basis of a fundamental starting point: the prerogatives of the Public Administration. The modifications foreseen and not foreseen in the specifications, as well as the importance of their subsequent formalization and publication, considering the latest developments inserted in the Public Sector Contracts Law - in the area of contract modifications, among others - which have meant, in practice, new challenges and doubts.

As a final point, some conclusions are drawn regarding the notable problems caused by the Covid-19 pandemic in the field of Public Procurement, especially in relation to the modification of contracts as a way of dealing with the unpredictability of the effects of the pandemic.

Palabras clave: modificación contractual, contratos públicos, prerrogativa, publicidad, formalización, COVID-19.

Key words: contract modification, public contracts, prerogative, advertising, formalization, COVID-19.



Sumario:

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

CAPÍTULO SEGUNDO. 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

CAPÍTULO TERCERO: CONCEPTO DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

1. POTESTAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO (ART. 203 LCSP)

2. MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES (ART. 203 LCSP)

3. MODIFICACIONES NO PREVISTAS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES (ART. 205 LCSP)

CAPÍTULO CUARTO. MODIFICACIONES POR TIPO DE CONTRATO

1. MODIFICACIONES EN EL CONTRATO DE OBRAS

2. MODIFICACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS Y CONCESIÓN DE SERVICIOS

CAPÍTULO QUINTO. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA



CAPÍTULO SEXTO: PUBLICIDAD Y FORMALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

1. PUBLICIDAD DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES
2. FORMALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

CAPÍTULO SÉPTIMO: LA IMPOSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DEL COVID

1. INTRODUCCIÓN
2. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO VÍA PARA HACER FRENTE A LA IMPREVISIBILIDAD DE LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Una de las facultades extraordinarias de las Administraciones Públicas en el desarrollo de los contratos administrativos es su facultad de modificarlos. Uno de los principios básicos de la contratación administrativa es el carácter invariable de lo pactado, del principio *ne varietur*. El artículo 28 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo



2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014¹ (en adelante, LCSP) prevé que la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato o, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

Asimismo, recoge que las entidades del sector público velarán por el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, sin perjuicio de la libertad de pactos, cláusulas y condiciones en los contratos del sector público que consagra el artículo 34 de la LCSP. El artículo 189 del mismo texto legal dispone que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.

La LCSP ha sufrido numerosos cambios respecto de la legislación previa, entre ellos las modificaciones de los contratos, las cuales, a medida que sus preceptos se van poniendo en práctica, han ido generando nuevos retos y dudas.

De esta manera, se analizan en el presente trabajo las distintas peculiaridades de las modificaciones en el

¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014



contrato público, tanto modificaciones previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas como las no previstas. Comenzando dicho análisis desde las Prerrogativas de la Administración Pública, punto de partida fundamental en el que se derivan posteriormente dichas modificaciones y sus distintas particularidades, atendiendo al tipo de contrato de que se trate.

Como punto final del trabajo, se recogen algunas conclusiones sobre la gran problemática que ha ocasionado la pandemia del Covid en materia de Contratación Pública, especialmente en relación con la modificación de los contratos como vía para hacer frente a la imprevisibilidad de los efectos de la misma.

CAPÍTULO PRIMERO. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El artículo 190 de la LCSP contempla, en el marco de las prerrogativas de la Administración Pública en la ejecución de los contratos, que dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.

Una de las facultades extraordinarias de la Administración Pública es, pues, modificar el contrato en



el ejercicio del *ius variandi*, con carácter limitado, de manera extraordinaria, pues las prestaciones a desarrollar en la ejecución del mismo han de estar previamente definidas con precisión: el contenido del objeto contractual ha de ser claro, meridiano, en atención a los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia. Esta es la teoría, sin embargo, la práctica puede verse alterada, tanto que en ocasiones convierte al órgano de contratación (el competente para aprobar una modificación) en un agente intermediario para satisfacer, bordeando la teoría jurisprudencial, consultiva, y doctrinal, los intereses que el adjudicatario perdió durante el proceso de adjudicación, cuando tuvo que reducir su beneficio empresarial para hacerse con el contrato. En numerosas ocasiones nos encontramos que mediante la modificación contractual se pretende adjudicar nuevas prestaciones, que nada tienen que ver con el contrato originario, diluyendo los requisitos que la LCSP dispone para ello.

Pero el *ius variandi* no es una facultad ilimitada del órgano de contratación. En primer lugar, tiene que estar habilitada legalmente. Afirma el Consejo de Estado en Dictamen 334/2014², que "*el ius variandi constituye una prerrogativa exorbitante de la Administración, en cuanto rompe abiertamente con el principio general de la intangibilidad unilateral de los contratos*". De la misma manera se pronuncia el Dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre de 1996³: "*Esta naturaleza singular y privilegiada del poder de modificación exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que*

² Dictamen 334/2014 del Consejo de Estado

³ Dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre de 1996



establece el legislador, entre ellos los llamados límites materiales, referidos a la cuantía de las reformas contractuales que pueden ser impuestas obligatoriamente por el contratista". Insiste, además, en que "el ejercicio de las prerrogativas atribuidas por el legislador a la Administración ha de contar con una justificación suficiente. De esta forma, al igual que cuando la Administración desiste unilateralmente del contrato firmado, esta decisión debe descansar en razones fundadas de interés público que hagan objetivamente innecesaria la obra contratada, ante la aparición de causas imprevistas que constriñan a una modificación contractual valorada en más del 20% del precio del contrato, tanto si la Administración se plantea el eventual ejercicio del "ius variandi" por razones de interés público, como si se decanta por la extinción del acuerdo, la opción preferida tiene que contar con una explicación razonada en el expediente tramitado al fin elegido".

En la actual LCSP encontramos la regulación positiva de las modificaciones contractuales en los artículos 203 y siguientes, bien entendido de que lo regulado en la Subsección 4ª de la Sección 3ª, del Capítulo I del Título I del Libro II de la Ley son las denominadas modificaciones objetivas, pues las modificaciones subjetivas se regulan de manera dispersa por el articulado de la LCSP:

- La sucesión del contratista en el artículo 94.
- La revisión de precios en los artículos 103-105.
- La cesión en el artículo 214.



- La ampliación del plazo de ejecución en el artículo 29.

El artículo 203 de la LCSP parte de una premisa fundamental, y es que los contratos administrativos sólo podrán modificarse:

- a) por razones de interés público
- b) sólo en los casos y en la forma prevista en la subsección 4ª de la Sección 3ª, del Capítulo I del Título I del Libro II
- c) y conforme al procedimiento regulado en el artículo 91, con las particularidades del artículo 207.

El interés público es la base de cualquier modificación contractual, lo que permite variar la inmutabilidad de las prestaciones pactadas con el contratista. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los múltiples dictámenes del Consejo de Estado así lo acreditan. Pero no basta con vincular el interés público a la modificación pretendida, sino que es preciso motivar de manera clara y singular la necesidad que se pretende conseguir con la alteración contractual.

Haciendo referencia a algunas sentencias, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000⁴, resalta que *es preciso una "especial y singular motivación del interés público que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus pliegos de condiciones regidos por el principio "ne varietur", y que*

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000



el interés público no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato”.

Por su parte, la Sentencia de 9 de abril de 1985 (RJ 1985\2858)⁵ sancionaba el *“carácter ilimitado del ius variandi en cuanto a que el interés público prima sobre cualquier otra consideración”.*

Por otro lado, la Sentencia de 29 de junio de 1986 (RJ1986\6779), precisa que la modificación contractual *“debe ejercerse atendiendo al interés público que demanda la prestación del servicio y que constituye su causa y finalidad, no estado autorizada la Administración a ejercer el ius variandi en aras de un interés particular como es el económico del concesionario en detrimento del propio servicio y de los derechos de los demás interesados en su prestación.”*

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, señala su libro Tratado de derecho administrativo⁶, en relación al posible interés público municipal que justificaría una modificación contractual que redujera el gasto local:

“En cuanto al interés público municipal de la medida, es suficiente la obligación de reducir el déficit público impuesta por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y

⁵ Sentencia de 9 de abril de 1985 (RJ 1985\2858)

⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, señala su libro Tratado de derecho administrativo



procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, y sus normas de desarrollo (algunas normas autonómicas así lo reconocen de manera expresa: art. 12 de la Ley Foral de Navarra 14/2011, de 27 de septiembre; D 11.ª de la Ley 5/2012, de 20 de marzo de la Generalitat de Cataluña; pueden citarse también el Dictamen 6/2010, de 20 de enero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha relativo al contrato administrativo especial para la organización, gestión y ejecución del programa de turismo social; el Dictamen 146/11, de 23 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, relativo a la modificación del contrato de servicios de atención ciudadana 012; Informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a un supuesto de reducción de las prestaciones de los contratos de limpieza licitados adoptando la fórmula de un acuerdo marco).

CAPÍTULO SEGUNDO. 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

El ejercicio del *ius variandi*, modificando los contratos, sólo puede ser efectuado en los términos permitidos por la LCSP.

La regulación de las modificaciones contractuales en la LCSP es más restrictiva que la derivada de la aplicación



de la Directiva 2014/24⁷, sobre contratación pública, que regula los supuestos de modificación del contrato en el artículo 72. Nuestro legislador ha reducido la capacidad de los órganos de contratación de modificar el contrato con respecto a la regulación europea.

El artículo 72 de la Directiva 2014/24, sobre contratación pública, prevé la posibilidad de:

- (i) modificar los contratos, sin límite cuantitativo, cuando las modificaciones estuvieran ya previstas en los pliegos de forma clara, precisa e inequívoca sin que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco;
- (ii) en el caso de obras, servicios o suministros adicionales necesarios que no estuvieran incluidos en el contrato originario siempre que el cambio del contratista no fuera posible por razones económicas o técnicas o genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes, sin que pueda superar el 50% del valor inicial. Ha de tenerse en cuenta, además, al contrario que en la legislación de la LCSP, que en el caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones;

⁷ 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



- (iii) En el caso de modificaciones por circunstancias imprevisibles para un órgano de contratación diligente, siempre que la modificación no altere la naturaleza global del contrato, y que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50% del valor del contrato o acuerdo marco inicial;
- (iv) cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a los efectos del apartado 4 del propio artículo 72;
- (v) también se podrá modificar un contrato y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de contratación si el valor de la modificación es inferior en un contrato de obras hasta un 15 % siempre que se modificado no sea de un importe superior a los de los contratos sujetos sometidos a regulación armonizada; o en los contratos de suministro y servicios hasta el 10% sin superar los mismos umbrales.

Así pues, se puede apreciar cómo la Directiva europea es más flexible ante los posibles modificados que el sistema que el legislador español ha introducido en los artículos 203 y siguientes.

La Jurisprudencia del TJUE sobre las modificaciones de los contratos se origina con la conocida Sentencia del



asunto "Succhi de Frutta", sentencia de 29 de abril de 2004⁸.

Esta Sentencia analiza la capacidad de los órganos de contratación para introducir modificaciones a los contratos formalizados, entendiéndose que cualquier modificación del contrato que afecta a las condiciones esenciales de la licitación tiene como consecuencia la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas. La necesidad de transparencia y el principio de igualdad de trato hacen entender al TJUE que no es posible introducir modificaciones que presenten características *"sustancialmente diferentes a las del contrato inicial"*: *que amplíen en gran medida el contrato incluyendo elementos no previstos, o bien alteren el equilibrio económico del mismo en beneficio del adjudicatario, o cuando, de estar recogidos esos nuevos elementos en el contrato originario los licitadores hubieran presentado ofertas distintas, se hubieran presentado otros licitadores o, incluso, se habría adjudicado el contrato a otro licitador.*

CAPÍTULO TERCERO: CONCEPTO DE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

⁸ STJUE de 29 de abril de 2004, asunto 496/99, Succhi di Frutta



1. POTESTAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO (ART 203 LCSP)

Los contratos administrativos, conforme prevé el número 2 del artículo 203 de la LCSP, sólo podrán modificarse por el órgano de contratación durante su vigencia por alguna de las razones expuestas en los apartados a) y b) del mismo número. En cualquier otro supuesto, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en la Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

Por tanto, antes de comenzar a analizar los supuestos concretos y las posibilidades de modificación, hemos de resaltar que la modificación contractual sólo opera sobre:

- a) contratos ya formalizados
- b) contratos aún en vigor
- c) siempre que la modificación haya sido aprobada por el órgano de contratación

Es en este momento preciso recordar que a lo largo de la LCSP se recogen otras posibilidades de alterar las condiciones que fueron pactadas con el contratista, y que sin embargo no ostentan, por decisión del legislador, la condición de modificaciones contractuales.



No son modificaciones contractuales:

- El exceso de mediciones
- La variación del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto
- La inclusión de precios nuevos fijados contradictoriamente.

2. MODIFICACIONES PREVISTAS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES (ART. 204 LCSP)

El artículo 204 regula el régimen de las modificaciones previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas, es decir, las modificaciones convencionales. El artículo 116 de la LCSP regula el expediente de contratación y su contenido, y el texto de la Ley es claro al respecto: no permite que las posibles modificaciones contractuales, sus condiciones y los elementos que las precisen se fijen en alguno de los documentos integrantes del expediente de contratación, sino que únicamente es posible recogerlas en el Pliego de Cláusulas Administrativas.

Las modificaciones convencionales tienen un límite cuantitativo, y es que, en todo caso, no podrán superar el veinte por ciento del precio inicial.

2.1. La problemática del “precio inicial del contrato”



<http://gabilex.castillalamancha.es>

Existe una gran disyuntiva sobre lo que se debe de entender sobre el término "precio inicial del contrato". Se genera la duda se si debemos entender que este término se refiere al valor estimado, precio base de licitación, precio de adjudicación...

Pues bien, la Junta Consultiva de contratación administrativa se ha pronunciado al respecto. El informe de la JCCA emitido en el Expediente 85/2018⁹ recoge lo siguiente:

"El artículo 242.4 de la LCSP exige que el exceso de mediciones en global no represente un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Ciertamente, la ley no precisa cómo ha de realizarse el cálculo, pero sí ofrece un punto de partida significativo pues alude al concepto del precio del contrato inicial. Esta expresión parece ser poco acertada técnicamente hablando puesto que el contrato inicial no ha cambiado con los excesos de medición, ni tampoco lo haría con una modificación del contrato. Dicho de otro modo, el contrato sigue siendo el mismo; no hay otro diferente. Seguramente la redacción habría sido más precisa si hubiera aludido al precio inicial del contrato, esto es, al precio de adjudicación. Así lo indicamos en nuestro informe 37/2007 en relación con la expresión "precio del contrato primitivo" donde señalamos que "en dicha expresión debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato resultante del procedimiento de adjudicación". Recordemos, en este sentido, que la propia Ley 9/2017, de Contratos del

⁹ informe de la JCCA emitido en el Expediente 85/2018



Sector Público, en el artículo 102 señala que "los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado." Esta última mención a lo pactado por las partes debe entenderse como una referencia al precio estipulado por la realización de la prestación en el momento de la formalización, que coincidirá con el precio de adjudicación siendo éste, conforme ya afirmamos en nuestro Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008, "el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista."

3. MODIFICACIONES NO PREVISTAS EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES (ART 205 LCSP)

El artículo 205 de la LCSP regula la otra modalidad de modificaciones contractuales, aquellas que no han sido previstas en los PCAP, o que, aun siéndolas, no han sido redactadas con la suficiente precisión, claridad, o dar lugar a posibles y distintas interpretaciones o son equívocas.

Tres son las modalidades de modificaciones no previstas en los PCAP:

- 1.- Prestaciones adicionales
- 2.- Aparición de circunstancias imprevisibles que motivan la necesidad de modificar el contrato
- 3.- En el caso de modificaciones no sustanciales



<http://gabilex.castillalamancha.es>

En los tres casos, la modificación sólo puede introducir las variaciones estrictamente necesarias o indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Veamos cada uno de los casos:

1.- Prestaciones adicionales.

Será posible modificar el contrato, sin previsión expresa en el PCAP, cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

- a) Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

- b) Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones



acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Ha de hacerse notar la flexibilidad de la regulación de la incorporación de las prestaciones adicionales. Los dos requisitos que deben ser cumplidos simultáneamente son, por tanto, que el cambio de contratista no fuere posible por razones de tipo económico o técnico y que el cambio del contratista genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de los costes para el órgano

de contratación. Como es fácil de apreciar, todos los conceptos utilizados por el legislador, que proceden del artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE, son conceptos jurídicamente indeterminados: las razones económicas y técnicas, los

inconvenientes significativos, el aumento sustancial pueden en mi opinión ser justificados de una sencilla manera en el expediente de contratación. En este caso,

las modificaciones contractuales no previstas en el PCAP por prestaciones adicionales no podrán superar el 50% del precio de adjudicación. La Directiva 2014/24/UE al contrario que la LCSP, determina que en el caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, la limitación del 50% se aplicará al valor de cada una de las modificaciones.

2.- Aparición de circunstancias imprevisibles que motivan la necesidad de



modificar el contrato.

Para poder modificar un contrato por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles es necesario que:

- (i) la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
- (ii) Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
- (iii) Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Tanto en este supuesto, como en el anterior, la modificación no podrá superar el 50% del precio de adjudicación aislada o conjuntamente con otras modificaciones.

3.- En el caso de modificaciones no sustanciales

El artículo 205 exige justificar especialmente la necesidad de las modificaciones no sustanciales, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial. Precisa que se considerará sustancial toda modificación cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:



1. 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.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2. Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3. Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato



<http://gabilex.castillalamancha.es>

que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23 de la LCSP.

También se entenderá que la modificación amplía de forma importante el ámbito del contrato cuando las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

CAPÍTULO CUARTO. MODIFICACIONES POR TIPO DE CONTRATO

1. MODIFICACIONES EN EL CONTRATO DE OBRAS

Podemos encontrar las modificaciones del contrato de obras en el artículo 242 de la LCSP. Se establece que serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que se acuerden de conformidad con lo establecido en el artículo 206. Es decir, serán obligatorias en los supuestos de modificaciones no recogidas en el PCAP (art. 205) cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. Si excede de ese límite, la



modificación sólo podrá ser acordada por el órgano de contratación previa conformidad del contratista. En caso de mostrar disconformidad con la modificación, se resolverá el contrato, de acuerdo con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.

En caso de que la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

Parece pues aceptable entender que las modificaciones previstas en el PCAP son también obligatorias, en mayor medida quizá, pues los licitadores conocen expresamente la posibilidad de su realización, su importe (forman parte del valor estimado), y se encuentran definidas con absoluta precisión.

Citando a ARENAS ALEGRÍA, CRISTINA CLEMENTINA "Límites a la modificación de contratos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Análisis de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/24/UE"¹⁰:

"Las primeras resultan obligatorias por su propia naturaleza tanto para el contratista que pactó con las Administraciones públicas, si se trata de un contrato administrativo, como con el resto de poderes adjudicadores. Al estar previstas en los pliegos se

¹⁰ ARENAS ALEGRÍA, CRISTINA CLEMENTINA "Límites a la modificación de contratos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Análisis de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/24/UE"



entiende que el contratista se ha comprometido a llevarlas a cabo en el caso de que surjan las circunstancias establecidas en los pliegos.”

El artículo 242 prevé dos precisiones específicas:

1.- Modificaciones que supongan la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este. En este caso los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Cuando el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley.

2.- Cuando la modificación contemple unidades de obra que hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas, antes de efectuar la medición parcial de las mismas, deberá comunicarse a la Intervención de la Administración correspondiente, con una antelación mínima de cinco días, para que, si lo considera oportuno, pueda acudir a dicho acto en sus funciones de comprobación material de la inversión, y ello, sin perjuicio de, una vez terminadas las obras, efectuar la recepción, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 243, en relación con el apartado 2 del artículo 210.

Ahora bien, no constituirán modificación del contrato de obras, lo que será analizado específicamente con posterioridad:



1.- El exceso de mediciones, entendiendo por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra.

2.-La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo.

En relación al procedimiento, el Director facultativo de la obra cuando considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula esta Ley, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con las siguientes actuaciones:

- a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.
- b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.
- c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

El artículo 102 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹¹, contempla en relación al procedimiento de modificación del contrato de obras que cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren la misma. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

Prosigue el artículo 242 regulando la suspensión temporal total de la obra, disponiendo que cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas integrantes del sector público estatal, podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

¹¹ Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas



2. MODIFICACIÓN EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS Y CONCESIÓN DE SERVICIOS

La LCSP regula en sus artículos 262, 270 y 290 las modificaciones de los contratos de concesión de obra y de concesión de servicios, sin cambios respecto a las posibilidades otorgadas por los artículos 203, 204 y 205 de la Ley, si bien introducen un elemento fundamental, cual es la necesidad del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión.

El artículo 262 prevé la posibilidad de modificar las obras del contrato de concesión de obras cuando (i) el interés público lo exija; (ii) si concurren las circunstancias previstas en los artículos 203 y siguientes. Si concurren ambos requisitos se podrán modificar o ampliar las obras, procediéndose, en su caso, a la revisión del plan económico-financiero al objeto de acomodarlo a las nuevas circunstancias. Toda modificación que afecte el equilibrio económico de la concesión se regirá por las normas generales de modificación y por lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley. Y es el artículo 270 el que regula el necesario mantenimiento del equilibrio económico del contrato, especificando que será preciso mantener el equilibrio en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, siendo obligado restablecerlo en los casos siguientes:

a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262. Teniendo en cuenta



<http://gabilex.castillalamancha.es>

que el artículo 262 se refiere a la necesidad de modificar la obra, no la explotación de la obra, lo que no parece en absoluto que deba ser entendido de manera excluyente.

b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

El artículo 290, en relación a las concesiones de servicios, prevé igualmente la posibilidad de modificar las características del servicio y las tarifas a pagar por los usuarios de una concesión cuando concurren razones de interés público y cuando se den los supuestos de los artículos 203 y siguientes de la LCSP. En caso de que la modificación introducida afecte al régimen financiero de la concesión, se deberá compensar al concesionario, tanto por la introducción de modificaciones en el servicio como por el hecho de que la Administración Pública concedente determine de forma directa la ruptura de la economía del contrato con actuaciones de carácter obligatorio para el concesionario. Al igual que en el contrato de concesión de obras, fuera de los casos anteriores únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. No existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.

El restablecimiento del equilibrio se podrá efectuar mediante la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por



la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Asimismo, en el caso de actuaciones obligatorias impuestas al contratista por la Administración Pública y en el caso de incumplimiento de previsiones del estudio de demanda podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para él, como consecuencia de una de las siguientes circunstancias:

- a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
- b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones



de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.

CAPÍTULO QUINTO: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Llegados a este punto, cabe destacar alguna jurisprudencia importante del TJUE, como la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11)¹², en la que se enjuicia un recurso del Reino de España, que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 20111 – 1023 final de 18 de febrero de 2011 por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España – AVE -.

¹² Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11)



Los contratos cuestionados (obras, redacción de proyectos y dirección de obras relacionadas con la construcción de determinadas líneas ferroviarias en Barcelona) fueron adjudicados estando vigente el TRLCAP que regulaba la posibilidad de modificación del contrato en el artículo 101, 146, 212 y las obras complementarias en el artículo 141. Estando vigente la Directiva 93/38 en ese momento, la cual no regulaba la modificación de los contratos, sino que se limitaba a regular las fases de licitación y adjudicación. En cambio, regulaba las obras o entregas complementarias (art 20, 1 y 2) que preveía la posibilidad de emplear el procedimiento sin convocatoria de licitación previa para obras o trabajos adicionales no incluidos en el proyecto inicialmente adjudicado ni en el primer contrato celebrado, pero que, por circunstancias imprevistas, resulten necesarios para la ejecución de dicho contrato, siempre que la adjudicación se haga al contratista o prestador de servicios que ejecute el contrato inicial. Siempre que dichas obras o servicios adicionales no puedan separarse técnica o financieramente del contrato principal sin grave inconveniente para las entidades contratantes; o cuando dichas obras o servicios adicionales, aunque separables de la ejecución del contrato inicial, resulten estrictamente necesarios para su perfeccionamiento.

La Comisión declaró la existencia de varias irregularidades que afectaban a los proyectos subvencionados. Entendió aplicable a las modificaciones de los contratos el precepto de la Directiva que regula los contratos complementarios. El Reino de España señaló que no se contrataron prestaciones adicionales,



<http://gabilex.castillalamancha.es>

sino que solo se alteraron algunos elementos del contrato, ya que no hubo prestaciones nuevas, diferentes de las inicialmente contratadas, sino que se trató de modificaciones de contratos. Ello implicaba, según España, el mantenimiento del contrato inicial y la inexigencia de una nueva licitación.

Sin embargo, el Tribunal no justifica si existe o no diferencia entre un contrato complementario y una modificación del contrato. Por el contrario, cierra la discusión, afirmando que *“cabe considerar que el artículo 20, apartado 2, letras e) y f), de la Directiva 93/38¹³ se aplica a las modificaciones de contratos públicos acordadas durante su fase de ejecución”*.

El Reino de España mantiene que las modificaciones no son sustanciales. Sin embargo, el Tribunal afirma que las especificaciones técnicas que se modificaron no pueden considerarse accesorias, sino que revisten una importancia mayor, en la medida en que versan, en particular, sobre la ejecución de obras importantes (ejecución de falsos túneles, de un viaducto, profundización de cimientos, refuerzo de las armaduras de los bloques técnicos, ampliación de las obras de desagüe, etc.). Por tanto, el Reino de España no puede alegar que la obra que se ha de ejecutar continúa siendo la inicialmente prevista, es decir, la línea de ferrocarril de alta velocidad, ni que las prestaciones objeto del contrato inicialmente celebrado

¹³ Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones



se mantuvieron sin alteración esencial. La sentencia desestima finalmente todas las pretensiones del Reino de España, pudiendo ser la misma objeto de recurso de casación (art. 256.2 del TFUE).

Así pues, la STJUE de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11, Comisión contra España, recoge toda la doctrina del Alto tribunal comunitario sobre los principios de igualdad de trato y transparencia en sus fundamentos jurídicos 46, 47 y 48. La apelación a estos principios es constante por parte del TJUE; y se pueden citar algunos pronunciamientos recientes como la STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15¹⁴, o la STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14¹⁵.

Para concluir este capítulo, cabe destacar la idea de que la modificación de los contratos públicos es un obstáculo para la transparencia y la eficiencia. Así la jurisprudencia del TJUE ha entendido de forma constante que cualquier modificación sustancial de un contrato no prevista en el momento de la licitación supone una vulneración al principio de transparencia (STJUE de 29 de abril de 2004, asunto 496/99, *Succhi di Frutta*, y mantenida en todas las ulteriores: STJUE de 22 de abril de 2010, asunto C 423/07¹⁶; STGUE, sala octava, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11¹⁷; STJUE de 14 de

¹⁴ STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15, o la STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14

¹⁵ STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C.549/14

¹⁶ STJUE de 22 de abril de 2010, asunto C 423/07

¹⁷ STGUE, sala octava, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11



noviembre de 2013, asunto C-388/12¹⁸; la STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14, considera que una modificación a la baja puede también ser sustancial).

CAPÍTULO SEXTO: PUBLICIDAD Y FORMALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

1. PUBLICIDAD DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

El artículo 203 LCSP dispone que las modificaciones contractuales deberán publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63.

- Se deberá publicar en todo caso un anuncio de modificación y su justificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la modificación, que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación.
- En caso de que se hubiera modificado un contrato que esté sujeto a regulación armonizada, (a excepción de los contratos de servicios y de concesión de servicios enumerados en el anexo IV, en los casos previstos en las letras a) y b) del

¹⁸ STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12



apartado 2 del artículo 205) se deberá publicar en el «Diario Oficial de la Unión Europea» el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en esta Ley.

Cabe hacer referencia a que el artículo 8.1.a) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno¹⁹, obliga a hacer *públicos todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato*”.

Cabría destacar que, con carácter general, las modificaciones de los contratos sujetos a regulación armonizada se publicarán en el DOUE. Todas las modificaciones serán publicadas en el perfil del contratante durante 5 días desde su aprobación. La publicación deberá incluir las alegaciones del contratista y todos los informes relativos a la modificación.

2. FORMALIZACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

La LCSP recoge en su artículo 203.3 la necesidad de que las modificaciones del contrato se formalicen conforme a lo previsto en el artículo 153, y deberán

¹⁹ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno



<http://gabilex.castillalamancha.es>

publicarse de acuerdo con lo establecido en los artículos 207 y 63. Por otro lado, el artículo 44.2.d) de la LCSP dispone que son susceptibles de recurso *"las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación."*

Pues bien, El artículo 44.2 de la LCSP considera un acto recurrible con recurso especial en materia de contratación las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación (de los contratos enumerados en el 44.1), diferenciándolo expresamente de los recursos que se pueden interponer contra los actos de adjudicación.

Cabe en este punto destacar también lo citado por MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JUAN en "Especial Contratos del sector público. Escenario 2020 los modificados: plazo de formalización"²⁰: *entendemos que no es preciso esperar el plazo de quince días para la formalización previsto en el artículo 44, pues el acuerdo de modificación es plenamente ejecutivo desde que fue acordado conforme prevé el artículo 191 de la LCSP. El acuerdo de modificación contractual no es un nuevo acuerdo de adjudicación, sino un incidente en la ejecución de un contrato.* Como recoge el autor mencionado, la Junta

²⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JUAN en "Especial Contratos del sector público. Escenario 2020 los modificados: plazo de formalización"



Consultiva de Aragón, en Dictamen 12/2012²¹, considera que «La decisión de modificación no tiene por objeto en sentido estricto la adjudicación de la licitación por lo que no resulta de aplicación la previsión específica de suspensión automática de los actos de adjudicación».

El artículo 50 de la LCSP prevé que el plazo para la interposición del recurso será, en caso de recurrir un modificado, de quince días a contar desde el día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante, mientras que en el caso de recurso contra la adjudicación lo es desde el día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento. En el caso de recurso contra el modificado podrá solicitarse la suspensión del procedimiento, pero la formalización debería efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la aprobación de la modificación.

CAPÍTULO SÉPTIMO: LA IMPOSIBILIDAD DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO COMO CONSECUENCIA DEL COVID

1. INTRODUCCIÓN

La situación de crisis sanitaria causada por el coronavirus SARS-CoV-2 ha provocado diversos efectos sobre los contratos públicos, pero no ha afectado a todos

²¹ Dictamen 12/2012 de la Junta Consultiva de Aragón



por igual. Estas circunstancias y necesidades de emergencia desencadenadas a raíz de la pandemia han provocado en algunos casos la suspensión de la ejecución del contrato, en otros la imposibilidad definitiva de su cumplimiento y, en otros, ha producido una alteración en los términos del contrato.

Todo contrato establece una relación jurídica entre las partes inalterable y obligatoria, uno de cuyos elementos esenciales es que la ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista, si bien se prevén excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos. La fuerza mayor tendrá una fuerza exonerante por aplicación supletoria del régimen civil. La fuerza mayor actúa en la relación contractual como una quiebra de la normal distribución de los riesgos que permite al contratista solicitar el reequilibrio económico del contrato mediante su modificación, prórroga, reequilibrio o, incluso, indemnización pecuniaria. La peculiaridad del tratamiento de la fuerza mayor en los contratos administrativos reside en que se erige en ciertas ocasiones no solo como un supuesto que justifica la exoneración de responsabilidad, sino que faculta al contratista para solicitar el reequilibrio económico de la relación contractual.

2. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO VÍA PARA HACER FRENTE A LA IMPREVISIBILIDAD DE LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA

En muchos de los contratos en los que hay implicados servicios esenciales se ha producido una ruptura del equilibrio contractual por la onerosidad sobrevenida de



esa relación comercial. En algunos supuestos se ha intentado “salvar” a través de la modificación del contrato y en otros se ha procedido a resolver el contrato (imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no sea posible modificar el contrato). • Para que la Administración modifique el contrato y proceda, por tanto, al ejercicio de la prerrogativa del *ius variandi*, se deben cumplir con los requisitos y límites establecidos en los pliegos y en la regulación contractual, ya que únicamente la Administración podrá modificar el contrato por razones de interés público y siempre que concurren determinadas circunstancias.

Llegados a este punto, ¿Podemos considerar el COVID 19 es una causa de fuerza mayor?

El artículo 239 de la LCSP, al que se remite el propio artículo 197, regula los casos de fuerza mayor en la ejecución de los contratos públicos de obras señalando lo siguiente:

1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.



<http://gabilex.castillalamancha.es>

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Pues bien, el concepto tradicional de fuerza mayor nos lleva a dos ideas: la inevitabilidad y la imprevisibilidad. El artículo 1105 del Código Civil²² señala que "nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fuera inevitables".

La **Abogacía General del Estado** que se ha pronunciado al respecto, mediante su informe de 1 de abril de 2020²³, indicando que "... la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del Covid-19 no permite que, por la vía de la modificación del contrato, se acaben renegociando los contratos de obra y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización". Si bien se refiere al contrato de obras, la conclusión es extrapolable a cualquier otro contrato, puesto que se refiere al carácter preferente de dicha norma que establece las medidas aplicables a todos los contratos."

La **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado**, en el informe 38/20, de 12 de febrero de

²² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

²³ Informe de 1 de abril de 2020 de la Abogacía del Estado



2021²⁴, declara su conformidad plena con el criterio expuesto por la Abogacía General del Estado, manifestando que *"... el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 es una norma excepcional y de carácter especial, que debe aplicarse para regular y resolver las cuestiones que afecten a los contratos públicos cuya ejecución haya sido impedida por algún tipo de medida acordada para luchar contra la pandemia. Ante esta circunstancia, carecería de sentido pretender que las normas sobre fuerza mayor en la ejecución de los contratos de obras pudiesen aplicarse a la situación descrita en la consulta porque ello implicaría desconocer expresamente la voluntad de la norma de excluir los efectos de la regulación de la fuerza mayor en este tipo de casos"*.

El **Consejo de Estado**, se pronuncia en la misma línea en su dictamen 769/2020²⁵, indicando que *"No existe, pese a que así lo pretenda afirmar la contratista, una previsión en el Real Decreto-ley 8/2020, en su artículo 34, que asimile el COVID-19 a la fuerza mayor con carácter general"*.

Con ello, en la actualidad, existe una problemática de difícil solución, ya que no se permite modificar el contrato por no considerar la pandemia como causa de fuerza mayor.

CONCLUSIONES

²⁴ Informe 38/20, de 12 de febrero de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

²⁵ Dictamen 769/2020, del Consejo de Estado



Tras el desarrollo del presente trabajo, podemos sacar a la luz diversas conclusiones. La primera de ellas es que, la modificación de los contratos del sector público, ya sean previstas en los Pliegos de Cláusulas Administrativas o no, es una cuestión cada vez más recurrente entre el licitador y el órgano de contratación.

La LCSP se aprobó con la finalidad de transponer las normas europeas aprobadas en 2014. Como se ha puesto de manifestó en este trabajo, en el ámbito de la modificación se aprueba una regulación más estricta que la contenida en la norma europea. No solo porque endurece los límites a la modificación (tanto en las modificaciones previstas como en las imprevistas), sino también porque no incorpora todos los supuestos de la Directiva.

En el régimen de modificación de los contratos del sector públicos, se introducen una serie de cambios orientados hacia una contratación transparente. La nueva regulación del régimen de modificación de los contratos públicos pretende superar algunas de las carencias de las que adolecía la anterior normativa, al introducir la obligación de los órganos de contratación de publicar las modificaciones contractuales.

Así, podemos afirmar que trata de una de las novedades más destacables en la materia e implica un claro reflejo del principio de transparencia, reiterado por las nuevas Directivas como uno de los principios esenciales para cumplir con los objetivos propuestos. De este modo, se permitirá a los licitadores no seleccionados conocer los modificados que se vayan a producir, garantizándose así un control más eficaz de los fondos públicos.



Por último, tras haber analizado la problemática que ha ocasionado la pandemia del Covid en materia de Contratación Pública, especialmente en relación con la modificación de los contratos como vía para hacer frente a la imprevisibilidad de los efectos de la misma, podemos concluir señalando que en la actualidad existe una problemática de difícil solución, ya que, no se permite modificar el contrato por no considerar la pandemia como causa de fuerza mayor.

BIBLIOGRAFÍA

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014

Dictamen 334/2014 del Consejo de Estado

Dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre de 1996

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000

Sentencia de 9 de abril de 1985 (RJ 1985\2858)

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, señala su libro Tratado de derecho administrativo

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



<http://gabilex.castillalamancha.es>

STJUE de 29 de abril de 2004, asunto 496/99, Succhi di Frutta

Informe de la JCCA emitido en el Expediente 85/2018

ARENAS ALEGRÍA, CRISTINA CLEMENTINA "Límites a la modificación de contratos en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. Análisis de la transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/24/UE"

Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T-235/11)

Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones

STJUE de 14 de julio de 2016, asunto C-6/15, o la STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14

STJUE de fecha 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14

STJUE de 22 de abril de 2010, asunto C 423/07

STGUE, sala octava, de 31 de enero de 2013, asunto T-235/11

STJUE de 14 de noviembre de 2013, asunto C-388/12



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 34

Junio 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JUAN en "Especial Contratos del sector público. Escenario 2020 los modificados: plazo de formalización"

Dictamen 12/2012 de la Junta Consultiva de Aragón

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Informe de 1 de abril de 2020 de la Abogacía del Estado

Informe 38/20, de 12 de febrero de 2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

Dictamen 769/2020, del Consejo de Estado

Sentencia del Tribunal Supremo de 03.05.2001, rec. 8919/1995, ref^a La ley 7692/200

Doctrina General del Consejo Consultivo de Castilla y León, los Dictámenes del Consejo de Estado 42179, de 17 de mayo de 1979, 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991