

**“PRESENTE Y FUTURO DE LA REGULACIÓN DE LA
MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO”**

José María Gimeno Feliú Catedrático de Derecho Administrativo de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Presidente del Tribunal
Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Director Observatorio Contratación Pública

[\(gimenof@unizar.es\)](mailto:gimenof@unizar.es)

**JORNADA SOBRE EL IMPACTO DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE
CONTRATOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA REGULACIÓN DE LAS
MODIFICACIONES DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

2 de mayo de 2016

Facultad de Derecho. Universidad de la Coruña



(www.obcp.es)

Introducción *

La cuestión de la modificación de un contrato público no es una cuestión novedosa, pues ha venido siendo, bajo la cobertura de la prerrogativa del *ius variandi*, la regla general en muchos contratos y causa de importantes sobrecostes. Es cierto que desde el Derecho europeo, y principalmente por la importante jurisprudencia del TJUE, se viene intentando laminar las patologías de un uso indebido de esta técnica, pues, cuando menos, pone en cuestión del principio de igualdad de trato¹. Y es que, frente a cierta idea extendida de que con contratos públicos –principalmente de infraestructuras y concesiones– “están vivos” y necesitan reajustarse a las nuevas circunstancias, en muchos casos la modificación sirve para “corregir” la falta de diligencia o capacitación del gestor, o para adjudicar directamente nuevas prestaciones, a precios elevados a contratistas predeterminados una lectura en la prensa diaria nos da razón de la intensidad de estos supuestos (Caso Palma Arena, Noos, Acuamed, etc.)- lo cierto es que, en esencia, un contrato bien diseñado y planificado, a la vista del progreso técnico, no puede estar sometido a la inercia de la regla de la modificación del contrato. Y así lo entiende en otros países².

En España, lejos de reconducirse la situación, las empresas siguen “presionando” para que se reconozca como algo ordinario la modificación de contratos o los “complementarios” (con los ineludibles sobrecostes) argumentado en el principio del interés público. El día 26 de abril se daba la noticia en la prensa de que *“Las constructoras amenazan con parar el nuevo AVE si Fomento no reconoce los sobrecostes”*. Sobrecostes que se cifran en 500 millones de euros. Y, según se indicaba, la respuesta del Ministerio de Fomento es que *“No va a suceder. No haremos modificados sin justificación suficiente. Presión tenemos, pero para no repetir los errores del pasado» (en referencia a los problemas judiciales derivados de los sobrecostes de 1.713 millones de euros registrados en el AVE Madrid-Barcelona)*.

· Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado *“La nueva regulación de la contratación pública: hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos”*. DER2015-67102-C2-1-P.

¹ Como gráficamente expresa J. VAZQUEZ MATILLA en su trabajo “ La modificación de los contratos públicos, un obstáculo para la transparencia y eficiencia”, Revista Estudios Locales núm. 161, 2013, pp. 551- 575. Ibidem, “The modification of public contracts: an obstacle to transparency and efficiency”, en *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, YUKINS C. y RACCA G (Dirs.), Bruylant (Bruxelles), 2014, pp. 275 – 306.

² Sirva de ejemplo lo acontecido con la construcción (ampliación) del canal de Panamá. La ampliación del Canal de Panamá ha sido uno de los proyectos constructivos más importantes de los últimos tiempos. Como bien ha explicado F. HERNANDEZ GONZALEZ, tanto su adjudicación como su ejecución se han visto rodeadas de una intensa polémica, que tuvo su punto álgido en febrero de 2014 al suspender el contratista la ejecución de las obras, ante el incumplimiento de la obligación de mantener el equilibrio económico del contrato por parte del administrador del Canal. El presente trabajo explica las circunstancias que rodean este conflicto, centrandó el análisis en las causas y en las consecuencias de las modificaciones contractuales y en el mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones. Se trata de un viejo problema al que se enfrentan todos los sistemas de contratación pública. Como bien explica este autor, de este extraordinario caso se pueden extraer enseñanzas válidas para otros ordenamientos jurídico. “La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional”, RAP núm. 194, 2014, pp. 475-508.

La experiencia en torno a la práctica de los modificados en España pone de relieve, por tanto, que no nos encontramos ante una mera cuestión dogmática, y que tiene importantes repercusiones, cuando menos, en el plano económico-presupuestario (y en las reglas y principios que inspiran la licitación pública)³. Lo advierte bien M. GARCES SANAGUSTIN, quien destaca que las malas prácticas y abusos de esta potestad han tenido, además de un efecto perverso sobre las reglas de la licitación, un claro impacto presupuestario al no abonarse las certificaciones correspondientes en proyectos con financiación europea por considerar las autoridades comunitarias que se incumplían los principios inherentes a la contratación pública⁴. Y no era una cuestión no advertida: el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública elaborado en el año 2004, ya señaló que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y sus precios no son aquellos por los que se compitió. Además, afirmaba que la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que, en ocasiones, mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja. Asimismo, el informe entendía que para reforzar la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: así, la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste⁵.

Esto explica que una de las principales “puertas” de la corrupción en España, haya sido la generosa interpretación del derecho a modificar los

³ Sobre la evolución y situación de la práctica de los modificados, resulta de interés la reciente monografía de J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

⁴ M. GARCES SANAGUSTIN, “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, libro col. *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 68. La práctica de las modificaciones en España acredita una clara “patología” que pervierte todo el sistema de la contratación pública y sus principios. Basta con examinar los Informes del Tribunal de Cuentas para constatar esta valoración (por todos el Informe 942 “Fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2008 por las Entidades del sector público estatal sometidas a la legislación de contratos de las administraciones públicas). Elocuente es la Circular 1/2007, de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda sobre “Certificación de gastos derivados de modificaciones de contratos, del FEDER y del Fondo de Cohesión”, de 31 de enero de 2007 que advierte que las actuaciones realizadas con base en los artículos 4 y 10 del Reglamento CE 438/2001 y los artículos 4 y 9 del Reglamento CE 1386/2002 han constatado una situación de riesgo en relación con el gasto declarado por modificaciones de contratos públicos por lo que se acuerda que las certificaciones de gastos a presentar no deberían incluir como regla general los gastos derivados de modificados que traen causa del artículo 101 TRLCAP

⁵ *Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118. También la Comisión en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia publicada en 2010 (documento electrónico que puede consultarse en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Gu%C3%ADasyRecomendaciones/tabid/177/Default.aspx>). En el fondo, como advierte F. SOSA WAGNER, muchos de esos modificados pretender *alterar directa y unilateralmente el objeto contractual*” (F. SOSA WAGNER, *La Gestión de los servicios públicos locales Civitas*, Cizur Menor, 2008, pp. 272).

contratos, no solo por imprevisibilidad, sino por nuevas necesidades o conveniencias políticas, alterando el precio final hasta en porcentajes de más de 200 por cien⁶.

Por ello, entre otras patologías, el modelo español de la contratación pública es manifiestamente mejorable desde la perspectiva del principio de eficiencia⁷. Así lo ha puesto de relieve la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado en febrero de 2015 un documento de análisis de la contratación pública en España⁸. En él reconoce una serie de

⁶ Esta cuestión de la modificación de los contratos (además de referida monografía de J. VAZQUEZ) ha sido objeto de especial atención en mi trabajo “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, 99. 83-140. También I. GALLEGO CORCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública” en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167.

⁷ J.M. GIMENO FELIU, “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre “calidad institucional, transparencia y buen gobierno”, núm. 82, 2016, pp. 137-158. El principio de eficiencia, como parámetro para comprobar la corrección de la política de contratación pública, es de fundamento constitucional –artículo 31.2 CE (incorporado desde la ciencia económica) al declarar que “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”- y que ha figurado en toda la normativa presupuestaria (artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera). Este principio tiene aquí por función intrínseca determinar cuando un gasto es no sólo eficaz sino eficiente desde una perspectiva de rentabilidad, lo que condiciona las opciones de gestión administrativa y que permite su fiscalización tanto por los órganos de control internos como por la jurisdicción competente. Es ese, por lo demás, uno de los parámetros de control de los Tribunales de Cuentas. Y sería de especial interés “incentivar” la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable regulado en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para los casos de daños al erario público por una “mala práctica” de la normativa de contratación pública (incluida la contable y presupuestaria). el reciente Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1113, de “Fiscalización de la contratación de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Cantabria, ejercicio 2012”, insiste en la importancia de este principio en la contratación pública. El Tribunal de Cuentas incluye en el Informe una serie de recomendaciones para contribuir a la mejora de la contratación, en particular, promueve el establecimiento por las entidades locales de mecanismos que impulsen y garanticen el envío regular al Tribunal de Cuentas de la información relativa a su actividad contractual, la observancia de una mayor precisión en la preparación y tramitación de los expedientes de contratación y de más vigilancia y control de su ejecución, *así como el reforzamiento de los principios de economía, diligencia y eficiencia en la gestión del gasto derivado de las contrataciones*. (cursiva nuestra). Muy interesantes, desde la perspectiva de la eficiencia en la contratación pública, las conclusiones del ‘Informe de fiscalización del procedimiento de contratación en la atención especializada sanitaria, con especial referencia a los suministros de farmacia, en el ejercicio 2012’, correspondiente al Plan Anual de Fiscalizaciones de 2013, aprobada por la Cámara de Cuentas de Castilla y León (publicado el 14 de septiembre de 2015).

⁸ “[PRO/CNMC/001/15: Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la Competencia](#)”. Asimismo, el *Informe del Tribunal de Cuentas* núm. 935 (pp. 228 a 230) puso de relieve una serie de deficiencias o anomalías indicando que en algunos contratos no se motivaron adecuadamente la necesidad pública que los justificaba (p. ej., cuando se recurre a un contrato de consultoría, asistencia o servicios sin concretar las razones por las que no puede asumirse con medios propios) o bien el uso de criterios discriminatorios en los pliegos (p. ej., la necesidad de contar con experiencia o medios vinculados a una Comunidad Autónoma). También se advierte la falta de justificación para

fortalezas así como de oportunidades de actuación orientadas a la consecución de mayores niveles de transparencia y competencia y cifra en 47 000 millones de euros al “ineficiencia” del modelo de contratación pública en España.

Tras estas precisiones generales, y en relación a la cuestión de los modificados contractuales, conviene recordar que la finalidad básica tras la adjudicación y el inicio de la ejecución del contrato con el fin de cumplir adecuadamente lo pactado⁹. Al respecto, la legislación española de Contratos del Sector Público de 2007 adolecía de intentar corregir los problemas tradicionales derivados de la ejecución de las prestaciones licitadas, y mantenía la tradicional inercia de la legislación española, caracterizada por ser una regulación muy posibilista con esta práctica¹⁰. Y ello, en el contexto temporal de su aprobación suponía ya un incumplimiento de la doctrina comunitaria sobre esta materia¹¹. Conscientes de esta situación -no en vano hubo demanda de la Comisión contra el Reino de España por este asunto- la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible (iniciativa legislativa aprobada por el Congreso de Ministros el 19 de marzo de 2010), impuso una sustancial modificación de este régimen, dando nueva regulación a los

utilizar la tramitación de urgencia o de emergencia o el fraccionamiento de la cuantía del contrato usando el contrato menor, todo ello con la finalidad de eludir la publicidad y la concurrencia. Por lo que respecta a los conflictos de intereses, se pone de manifiesto que dicho problema es especialmente relevante en el ámbito local, lo se dice genera unas ganancias privadas en detrimento de los intereses públicos (pág. 31). Igualmente se advierte se daba una *“falta de justificación de la concurrencia de los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad, que implican la exclusión de los contratos así adjudicados de los principios de publicidad y libre concurrencia, la mayor discrecionalidad en la selección de los adjudicatarios y en los que, además, no suelen obtenerse bajas apreciables, particularmente, cuando se invocó la existencia de una imperiosa urgencia o de un único empresario capacitado para la realización de las correspondientes prestaciones”* (pág. 230). Finalmente, se constata hace referencia a los retrasos en la ejecución de los contratos, especialmente los de obras, la deficiente constancia de la conformidad tanto de los productos suministrados en bienes fungibles o material sanitario (contrato de suministro) como de los contratos de consultoría, asistencia o servicios. En este último caso, se pone de manifiesto la subida de los precios en función de las subidas salariales, lo que rompe con el principio de riesgo y ventura y la revisión de precios conforme a las fórmulas predeterminadas (p. 230).

⁹ La obligación del contratista en los contratos administrativos es una obligación de resultado, entendida ésta como contrapuesta a la configuración de actividad o medial y, por tanto, los riesgos derivados de la ejecución del contrato deben recaer directamente sobre el contratista, quedando liberada la Administración. Como ha declarado la jurisprudencia, el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor e incluso perder cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, «surgiendo por tanto el viejo principio tradicionalmente establecido en aras de la seguridad jurídica en materia de contratación con el Estado de *pacta sunt servanda*, sin que el contratista pueda por regla general apartarse de la Ley del contrato» (SSTS de 20 de enero de 1984 y de 29 de septiembre de 1986). La inalterabilidad de lo pactado cede ante el derecho del *ius variandi*. Vid. HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.74-76.

¹⁰ Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto LOPEZ-CONTRERAS y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, ob. Cit., p. 159.

¹¹ Vid en este sentido J. VAZQUEZ MATILLA, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, REDA núm. 173, 2009, pp.529 -564.

artículos 107 a 107 TRLCSP (junto con artículo 20, al imponer esta regulación a la ejecución de contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, con indiferencia del importe del contrato).

Analizaremos la evolución y situación actual y de futuro en las modificaciones de los contratos públicos.

1.- LA DOCTRINA DEL TJUE EN MODIFICACIONES CONTRACTUALES. SU CARÁCTER CODIFICADOR

La regulación de la modificación de los contratos públicos debe ser interpretada desde la lógica del derecho comunitario europeo. Toda interpretación sobre la regulación de los contratos públicos debe realizarse desde la óptica del efecto útil del derecho europeo¹². De ahí la necesidad de acomodar la gestión práctica de la contratación pública a la doctrina del TJUE, auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que sean correctas en tanto respeten la doctrina establecida que conforman un “derecho pretoriano”¹³.

Y el papel del TJUE ha sido fundamental para determinar como y con que condiciones son conformes a las reglas de la contratación pública las modificaciones de las condiciones de un contrato¹⁴. Conviene recordar la principal doctrina y sus consecuencias prácticas.

Para poder comprender de forma correcta el nuevo régimen de la modificación contractual debemos, previamente, resumir las líneas básicas diseñadas por el TJUE en tanto continúan siendo parámetro de interpretación. Como afirma el considerando 107 de la Directiva de contratación pública “Es preciso aclarar las condiciones en las que **la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación**, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación

¹² Por todos, J.A. MORENO MOLINA, *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 187-190.

¹³ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, REDA núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CORCOLES, “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo (A. Benachio, M. Cozzio y F. Titomanlio) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea, Tomo I*, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici. Universidad de Trento, 2016.

¹⁴ Un resumen general de la doctrina del TJUE y su impacto práctico puede verse en los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES, “Modificación de contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 109, 2011, pp. 52 a 58 y “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público? *Revista Contratación Administrativa Práctica* núm. 110, 2011, pp. 56 a 66. También J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, ob.cit, pp. 65-89.

cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial.”

Es preciso recordar la paradigmática Sentencia de 29 de abril de 2004, *Succhi di frutta*, en la que el Tribunal aborda la cuestión al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato¹⁵:

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

Lo que se pretende con la doctrina de esta sentencia, extendiendo el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato a la fase de ejecución del contrato, en palabras del propio Tribunal es que¹⁶:

¹⁵ Los antecedentes de esta Sentencia vienen referidos a un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán, con el objeto de poder responder a las peticiones de zumo de frutas y confituras de los países beneficiarios, y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizará en especie, y más concretamente, en frutas que estaban fuera del mercado como consecuencia de operaciones de retirada, adjudicó varios lotes a la mercantil Trento Frutta. El motivo del recurso interpuesto por la mercantil *Succhi di Frutta* fue la modificación del aludido contrato, que permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan, aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos (en concreto nectarinas) retirados del mercado en las proporciones de equivalencia que señaló ex novo. A la vista de todo lo anterior, *Succhi di Frutta*, no resultó adjudicataria, ni recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión que modificaba el contrato. La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 y T-10), *CAS Succhi di Frutta SpA/Comisión*, estimó el recurso de *Succhi di Frutta Spa*, manteniendo que se había producido una vulneración de los principios arriba aludidos, por lo que la Comisión interpuso el 5 de diciembre de 2006 recurso de casación frente a la STPI. El TJUE admitió la legitimación de *Succhi di Frutta* y estimó su recurso. Sobre el contenido de esta relevante Sentencia del TJUE resulta de interés el trabajo de J. VAZQUEZ MATILLA, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, REDA núm. 173, 2009, en especial pp. 536 a 544. También resulta de interés la exegesis que realiza M. GARCES (“El nuevo régimen de la modificación...”, ob. cit., 82 a 92), quien insiste en la idea de que sin previsión expresa no es posible la modificación de un contrato so pena de infracción del principio de igualdad de trato (p. 89).

¹⁶ Entre las implicaciones más elementales del principio de igualdad: no se puede admitir una proposición que no cumpla los requisitos del pliego de preinscripciones (STJUE del de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89); ni modificar durante la licitación los criterios de adjudicación sin respetar suficientemente las obligaciones de transparencia (STJUE 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94); ni eludir la aplicación de los requisitos técnicos, aunque se permita a todos los licitadores modular éstos (STJUE de 5 de diciembre 2013, Comisión/Estonia, C-561/12).

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

Resume bien los criterios adoptados por el TJUE en esta materia la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11) que 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 -¹⁷:

“ 46 Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 38).

47 El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110).

¹⁷ El litigio tiene por objeto, con carácter principal, la anulación de la Decisión de la Comisión C(2011) 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a las fases de proyectos: «Suministro y montaje de materiales de vía en la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida» (CCI nº 1999.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1ª fase)» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.001); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza» (CCI nº 2000.ES.16.C.PT.003); «Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Lleida-Martorell. Subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés)» (CCI nº 2001.ES.16.C.PT.007), y «Nuevo acceso ferroviario de Alta Velocidad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)» (CCI nº 2004.ES.16.C.PT.014), y, con carácter subsidiario, la anulación parcial de dicha Decisión por lo que se refiere a las correcciones aplicadas por la Comisión. Se confirma la sanción de 33,6 millones de euros.

48 *Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, éste tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 supra, apartado 111)”.*

Sólo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero “objeto del contrato”, lo que exige además una cuantificación a los efectos de calcular correctamente el valor estimado del contrato¹⁸. El TJUE, en su sentencia de 22 de abril de 2010, ha condenado al Reino de España por la realización de obras complementarias no prevista entre los pactos del pliego. Interesa destacar la argumentación del TJUE al rechazar la argumentación del Estado español:

“(…) La posibilidad de remisión (del anuncio o el pliego de cláusulas administrativas particulares) no permite que el órgano de contratación eluda las obligaciones de publicidad impuestas por la Directiva 93/37 (ni es aceptable) la necesidad de interpretar el anuncio o el pliego a la luz de la normativa nacional, con objeto de averiguar el verdadero objeto de una concesión. (...) (véase la sentencia de 16 de octubre de 2003, Traunfellner, C-421/01, Rec. p. I-11941, apartados 27 a 29). Puesto que se trata de una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenerse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva 93/37 (...)

“(…) el órgano de contratación puede, teniendo en cuenta las posibles particularidades de los trabajos objeto de concesión, dejar cierto margen a la iniciativa de los licitadores para la formulación de sus ofertas. No obstante, la iniciativa y las ofertas alternativas de los licitadores, que al parecer esperaba el Gobierno español por el hecho de que el segundo pliego sustituyó al primero ‘por razones de índole técnica’ y ‘para redefinir el objeto de este concurso’, además de que no podrían ser comprendidas por un licitador normalmente

¹⁸ Esta es la posición de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 5/2009, de 15 de abril, donde afirma -para un caso en que se aplicaba la normativa anterior a LCSP- que todas las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes. En este Informe se analiza la doctrina del TJUE y se postula una interpretación del marco normativo español compatible con la misma y las exigencias comunitarias.

informado y diligente, en el sentido alegado por el Reino de España, no se refieren al objeto de la concesión litigiosa, sino que responden más bien a razones de la política general de transportes en el Estado miembro interesado. Basándose pues en tal concepción, como acertadamente pone de relieve la Comisión, los licitadores habrían sido libres de proponer sin limitación alguna la realización de obras en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid y de las provincias de Ávila y Segovia.

Del mismo modo, el posible carácter notorio de un problema de ámbito nacional, que no cabe presumir que se perciba como tal por los potenciales licitadores establecidos en otros Estados miembros, no puede tenerse en cuenta por los licitadores como criterio implícito de definición del objeto de una concesión y afectar de este modo a la importancia concedida por la normativa de la Unión al anuncio y al pliego de condiciones.”

Por ello, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato y se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento¹⁹. Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación²⁰. Previsión que se deberá tener en cuenta a efectos de calcular el valor estimado del contrato²¹.

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente y, por tanto, ilegal. Y para saber en qué supuestos nos encontramos en presencia de una nueva adjudicación debe recordarse la doctrina de la STJUE de 19 de junio de 2008

¹⁹ El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta.

²⁰ Vid. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón núm. 27/2011, de 23 de noviembre, donde se concluye, a la luz de la doctrina del TJUE, que: a) las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes, b) el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. En el supuesto concreto, en cuanto la previsión del modificado no figuraba en el pliego, no es posible al alterarse si no el objeto del contrato. Lo contrario supondría una contravención del principio de publicidad y de igualdad de trato, y equivaldría a una adjudicación ilegal, y c) que procederá una nueva licitación, previa resolución, cuando el objeto del modificado no puede licitarse de forma individualizada sin afectar al objeto del contrato principal.. No se trata de incorporar al pliego una cláusula de estilo, entendiendo que es ésta una mera exigencia formal y que no ha de afectar a la modificación. Es una auténtica regla sustantiva de obligado cumplimiento. Sin previsión expresa no puede existir un modificado.

²¹ En la carta de emplazamiento al Reino de España por el régimen de modificación contractual la Comisión exigía que su posibilidad se debía detallar de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse (lo que guarda relación con su importe).

(Presstext Nachrichtenagentur GMBH), en la que se ha declarado que esto no sucede cuando²²:

“El término «adjudicar», debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

2) *El término «adjudicar», debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.*

3) *El término «adjudicar», debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con éste por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular²³.”*

Sí que existirá, sin embargo, una nueva adjudicación en el sentido del derecho europeo de los contratos públicos, cuando las modificaciones efectuadas durante la vigencia de éste, presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, STJUE de 5 de octubre de 2000, *Comisión/Francia*, apartados 44 y 46)²⁴. Así, las nuevas necesidades, en

²² La STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acosef*, insiste en esta idea recordando su apartado 62 que “toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación”.

²³ En esta Sentencia, en definitiva, se confirma que toda alteración sustancial es un nuevo contrato. Es decir, cuando las modificaciones de un contrato en fase de ejecución incumplen los principios de transparencia e igualdad de trato afectan a la eficacia de la Directiva de contratos públicos por lo que es necesario un nuevo procedimiento de licitación.

²⁴ La STJUE de 13 de enero de 2005 (*Comisión/España*) entiende –apartado 43- que el precio es un elemento esencial y que, por ello, “una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato”. Máxima en los casos que un incremento elevado viene a quebrar el principio de publicidad y concurrencia –Dictamen Consejo Estado de 21 de octubre de 1992-.

principio, deben ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial del contrato²⁵.

Asimismo, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores además de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada²⁶. Y también cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos²⁷. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del contratista de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial²⁸.

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

“Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del

²⁵ J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

²⁶ Obviamente, corresponde al poder adjudicador la carga de la prueba a la hora de demostrar que un modificación no altera el sistema general de la licitación o los documentos de la licitación. Así lo declara, entre otras, la STJUE de 15 de mayo de 1995, Comisión/República Italiana, en su apartado 23, al exigir una interpretación estricta de las excepciones. Y, especialmente, en la STJUE de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España al afirmar el apartado 48 lo siguiente: “Según la jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.”

²⁷ Esta última interpretación quedaba ya confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

²⁸ Es el criterio, recordamos, adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 19 de abril, “Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad”. Para S ARROWSMITH es éste uno de los parámetros más relevantes para determinar si un cambio es o no esencial, pues la alteración del equilibrio económico a favor del contratista será un indicio de que se ha producido una distorsión en la competencia. *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet and Maxwell, 2005, p. 288.

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

Así lo ha reiterado también STJUE de 29 de abril de 2010, *Comisión contra Alemania*, en la que se analizaba si la ampliación en 2004 del objeto del contrato de prestación de servicios de socorro, celebrado en 1984, entre determinada comarca y la adjudicataria a la explotación del puesto de socorro de *Bad Bevensen*, respetaba el Derecho de la Unión relativo a los contratos públicos. Y no lo hizo, ya que según la sentencia reseñada (apartados 99 a 101):

«A este respecto, procede recordar que la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial y que, por consiguiente, constituye una nueva adjudicación de contrato, en el sentido de la Directiva 92/50 o de la Directiva 2004/18, en particular cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur, C- 454/2006, Rec. p.I-4401, apartado36).En el presente asunto, de las indicaciones que figuran en autos se desprende que el valor del contrato relativo a la explotación del puesto de socorro de Bad Bevensen se cifra en 673.719,92 euros, es decir, una cuantía muy superior a los umbrales de aplicación fijados en el artículo 7 de las Directivas 92/50 y 2004/18.En estas circunstancias, tal como sostiene la Comisión, la ampliación del objeto del contrato mencionada en el apartado 98 de la presente sentencia debe considerarse una modificación sustancial del contrato inicial, que debía respetar las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos».

Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia²⁹ -

²⁹ Criterio de la diligencia ya apuntado por BARRERO RODRIGUEZ, C., *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, p. 100. También A.R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007*, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 411-412. Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. Cit, p 1035.

como recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apdos. 116-118)-³⁰. Ni tampoco puede justificarse como circunstancia imprevisible el aumento de un riesgo que ya era conocido³¹.

Así, las nuevas necesidades, en tanto no obedecen al criterio de imprevisibilidad, deberán ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial (naturaleza global) del contrato³². No en vano, la ya citada STJUE de 23 de enero de 2013, de condena al Reino de España, sobre proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España –AVE-, cuestiono que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: “el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio , durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación.”

Por último, conviene advertir la cuestión sobre las modificaciones subjetivas (novaciones) y las prórrogas de contratos. En relación a lo primero, la citada STJUE 19 de junio 2008, *Presstext*, afirma que, «en general», las novaciones subjetivas no previstas en el contrato constituyen modificaciones de los términos esenciales del mismo. Según su apartado 40:

“En general, debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, como una subcontrata”.

En el supuesto de hecho que resuelve la sentencia, la entidad adjudicataria, APA fundó la sociedad de responsabilidad limitada APA-OTS, filial de la que poseía el 100% de las participaciones. Entre ambas sociedades existía un acuerdo de transferencia de pérdidas y ganancias conforme al cual, según información de APA y de APA-OTS, esta última estaba integrada financiera, administrativa y económicamente en APA y procedía operativamente con arreglo a las instrucciones de APA. Además, APA-OTS estaba obligada a entregar sus beneficios anuales a APA, que, por su parte, cubría, en su caso, las pérdidas anuales de APA-OTS.

Posteriormente, APA transfirió a APA-OTS sus actividades relativas al objeto del contrato público. Esta modificación fue comunicada al poder

³⁰ Vid en este sentido J. VAZQUEZ MATILLA, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, REDA núm. 173, 2009, pp.529 -564.

³¹ STJUE 2 de agosto de 1993, Comisión/Italia, C-107/92.

³² J.L. MEILÁN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

adjudicador, que dio su consentimiento para que el servicio contratado fuera prestado por APA-OTS y, desde entonces, abonar directamente las remuneraciones por dichos servicios a APA-OTS.

Para el Tribunal de Justicia, tal acuerdo representa, en esencia, una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial. Pero matiza lo siguiente:

*“Si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50. Se aplicaría un razonamiento análogo si la cesión de las participaciones sociales de la filial a un tercero ya estuviera prevista en el momento de la transferencia a ésta de las actividades de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/2004, Rec. p. I-9705, apartados 38 a 42)”*³³

Por otra parte, la STJUE 13 de abril de 2010, Wall AG, C-91/08, indica que siempre que la persona del subcontratista fuera determinante en la adjudicación del contrato, un cambio respecto al subcontratista puede suponer una alteración esencial del contrato público, independientemente de que este cambio se hubiera previsto en las condiciones de la licitación:

“Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir tal modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato, lo que, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar [...] (apartado 39)

Por consiguiente [...] cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la

³³ No parece que esta doctrina pueda aplicarse directamente al Derecho español, ya que el actual artículo 85 TRLCSP regula con precisión la cesión de un contrato público. Así lo ha entendido el Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en la que se reclamaba la cuestión de nulidad de una cesión y donde se dice que *“Es decir, habrá una nueva adjudicación, y ésta será ilegal, si tal posibilidad, en tanto modificación del elemento personal del contrato, no se encontraba expresamente prevista. Pero en el supuesto objeto del recurso, tal cesión sí se encontraba prevista tanto en el Pliego como en la ley, por lo que la cesión del contrato, por sí, no puede considerarse una modificación sustancial de la licitación, ni un fraude a los principios de la contratación pública. La cesión del contrato es, en definitiva, una cuestión de ejecución del contrato, y no una nueva adjudicación, por lo que no existe objeto para la cuestión de nulidad”*. Solo el incumplimiento manifiesto de los requisitos exigidos para «validar» la cesión podría posibilitar la existencia de un nuevo contrato ilegal.

adjudicación del contrato de concesión y inicial y, en consecuencia, demuestren la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar [...] todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia (apartado 43)”.

Por último, la prórroga, en sí misma, no es una modificación³⁴. Pero siempre y cuando se haya previsto tal posibilidad y debidamente perfilada³⁵. Interesa destacar la doctrina de la STJUE de 13 de septiembre de 2007, Comisión *contra Italia*, que declara que la República de Italia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE y, en particular, ha violado el principio general de transparencia así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado, al haber renovado 329 concesiones para la gestión de apuestas hípcas al margen de cualquier procedimiento de licitación³⁶. Argumenta, frente a la tesis de Italia lo siguiente:

“34 Por tanto, es preciso estimar que el hecho de renovar las antiguas concesiones de la UNIRE sin licitación no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo perseguido por la República Italiana y va más allá de lo que resulta necesario para evitar que los operadores que actúan en el sector de las apuestas hípcas participen en actividades delictivas o fraudulentas.

35 Además, en lo que atañe a los motivos de naturaleza económica alegados por el Gobierno italiano, como la necesidad de garantizar a los concesionarios la continuidad, la estabilidad financiera y un rendimiento adecuado de la inversión efectuada en

³⁴ Tradicionalmente nuestra doctrina consideraba el factor tiempo como algo ajeno a la modificación del contrato. Por todos, C. HORGUE BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obra*, ob. Cit., p. 55. Sin embargo ya en la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario de 29 de abril de 2000, la Comisión ya tuvo ocasión de afirmar que «cuando una concesión se termina, su renovación es asimilable a una nueva concesión».

³⁵ Analiza con detalle esta cuestión J. ARGUDO GONZALEZ, “El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre competencia”, *Revista General Derecho Administrativo* núm. 2011, 26, 2011. Como bien afirma “sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional sólo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el ínterin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación” (p.23).

³⁶ En términos similares la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados *Marcello Costa* (C-72/10) y *Ugo Cifone* (C-77/10), afirma que “De los artículos 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípcas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.”

el pasado, basta con recordar que éstos no pueden admitirse como razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 48, y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, C-388/01, Rec. p. I-721, apartado 22)³⁷.

En definitiva, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –entendida como una potestad condicionada- en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada³⁸.

Interesa, por último, destacar una importante exigencia relativa a la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego, reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica*³⁹. En esta Sentencia, que tiene por objeto una

³⁷ Tesis acogida por la reciente STS de 8 de marzo de 2011 que ha anulado de la prórroga de una concesión de servicios públicos que amplía sustancialmente la duración inicial del contrato: "No cabe duda de que las leyes pueden admitir la posibilidad de prorrogar o ampliar los plazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer el equilibrio financiero alterado de las concesiones. Pero si no lo hacen, debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de ésta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos. De no ser así, los contratos de gestión de los servicios públicos podrían tener carácter indefinido en la práctica, pues la sucesión de prórrogas o las ampliaciones de plazos impedirían la entrada de nuevos operadores para prestarlos, con grave detrimento del principio de concurrencia [...]. Ya hemos afirmado que no se trataba propiamente de un ejercicio del *ius variandi* durante el período de vigencia del contrato sino, en realidad, de la adjudicación de otro, una vez vencido el primitivo, sin someterlo a los principios de publicidad y concurrencia. El artículo 163 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio 2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permitía efectivamente a la Administración modificar por razones de interés público "las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios", hipótesis para la cual se preveía que, si las modificaciones afectaban al régimen financiero, el contratista tenía derecho a la compensación adecuada para mantener el "equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato". Dado que en el supuesto objeto de análisis no hubo una imposición unilateral de la Administración que modificase las características del servicio, sino el asentimiento a una novación contractual ofrecida poco antes de su vencimiento por el adjudicatario del contrato que necesariamente había de extinguirse tras la prórroga admitida "por una sola vez", la Sala de instancia no infringió aquel precepto legal".

³⁸ Vid. J.L. MEILAN GIL, *La estructura de los contratos públicos*, ob. Cit., p. 243. También BAÑO LEON, "Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos", *Anuario de Gobierno Local 2012*, IDP, Barcelona, 2013, pp. 142-145.

³⁹ Así se prevé en el artículo 19.2 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que ex artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe- y su modificación a los

petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Tribunale amministrativo regionale per la Puglia* (Italia), mediante resolución de 19 de diciembre de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de marzo de 2013, en el procedimiento entre *Idrodinamica Spurgo Velox srl* (y otros) y *Acquedotto Pugliese SpA* (empresa pública cuyo único accionista es la Regione Puglia). El TJUE argumenta lo siguiente:

“ 39. A este respecto, debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación (véase, por analogía, la sentencia *Wall*, C-91/08, EU:

40 Además, procede señalar que una posibilidad, como la prevista en el artículo 43 del Decreto Legislativo nº 104/2010, de plantear «nuevos motivos» en el marco de un recurso inicial interpuesto dentro de los plazos contra la decisión de adjudicación del contrato, no constituye siempre una alternativa válida de protección jurisdiccional efectiva. En efecto, en una situación como la del asunto principal, los licitadores estarían obligados a impugnar in abstracto la decisión de adjudicación del contrato, sin conocer en dicha fase, los motivos que justifican dicho recurso.

41 En consecuencia, el plazo de 30 días establecido por la normativa nacional para interponer recurso contra la decisión de adjudicación del contrato debe correr de nuevo para permitir comprobar la legalidad de la decisión de la entidad adjudicadora por la que se autorizó la modificación de la composición de la unión adjudicataria, que puede incidir en la legalidad de la decisión de adjudicación del contrato. Dicho plazo empieza a correr a partir de la fecha en la que el licitador recibió la notificación de la decisión por la que se autorizaba la modificación de la composición de la unión adjudicataria o en la que tuvo conocimiento de la misma”.

Por ello, el TJUE concluye que:

“el plazo para la interposición de un recurso de anulación contra la decisión de adjudicación de un contrato debe empezar a correr de nuevo cuando la entidad adjudicadora adopta una nueva

licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Vid, M.A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, ob. Cit., pp. 203-210.

decisión, con posterioridad a esa decisión de adjudicación pero antes de la firma del contrato, que pueda afectar a la legalidad de dicha decisión de adjudicación. Ese plazo empieza a correr a partir de la comunicación a los licitadores de la decisión posterior o, en su defecto, a partir del momento en que éstos tienen conocimiento de la misma.

Cuando un licitador llega a conocer, tras el vencimiento del plazo establecido por la normativa nacional para interponer recurso, una irregularidad supuestamente cometida antes de la decisión de adjudicación de un contrato, sólo puede recurrir contra dicha decisión dentro ese plazo, salvo disposición expresa del Derecho nacional que garantice tal derecho con arreglo a la normativa de la Unión.”

Esta exigencia pretende generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales⁴⁰, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal⁴¹. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados⁴².

⁴⁰ Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 8 de octubre de 2012.

⁴¹ El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que «II. Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos».

⁴² La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en si mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que esta juega la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: “Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «*ius variandi*»”.

Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración⁴³. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Presstetext*, apdo 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial⁴⁴. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad⁴⁵. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterios funcionales relacionados con la causa del contrato.

Desde esta perspectiva es como, entiendo, debe analizarse la problemática administrativa analizada recordando que toda autoridad pública tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho europeo⁴⁶. Por ello, sin concurrir los requisitos de la modificación debe licitarse la nueva necesidad⁴⁷.

⁴³ Vid. las oportunas reflexiones al respecto de I. GALLEGO CÓRCOLES «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, nº 113 (2011), p. También. M.A BERNAL BLAY, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución...», ob. Cit., pp. 203-208.

⁴⁴ Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101.. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

⁴⁵ Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)

⁴⁶ L. MARTIN-RETORTILLO, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, «La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008, ob. Cit., pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario – con fundamento en las Sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C -165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en el TRLCSP.

⁴⁷ Como bien se concluye en el Informe 10/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 11 de abril de 2012, «*Procede licitar*

Por ello, sin concurrir los requisitos de la modificación debe licitarse la nueva necesidad, ex artículo 31.4 de la Directiva 2004/18 de contratos públicos y 72 y 43 de las Directivas 2014/24 y 2014/23, respectivamente⁴⁸. Así, la opción de modificar, siempre en interés de la correcta ejecución del contrato, será posible con estos límites, lo que implica que la opción de “reformados” no puede ser concebida como una potestad de *ius variandi* únicamente condicionada por el presupuesto habilitante del interés público.

2.- LA REGULACIÓN VIGENTE DE LOS MODIFICADOS EN EL TRLCSP. LA RECONDUCCIÓN DEL *IUS VARIANDI*.

La regulación de las modificaciones contractuales en España en el actual RDL 3/2011, se intenta adaptar, tras la modificación operada por la Ley de Economía Sostenible a las nuevas exigencias comunitarias. Y, supone, sin duda, un punto de inflexión en la gestión de la ejecución de los contratos públicos al dar un nuevo enfoque a esta “potestad” administrativa.

a) Significado del *ius variandi* en la contratación pública española.

Con carácter previo debemos recordar que la potestad de *ius variandi* en los contratos administrativos nunca puede entenderse como una potestad sin límites ni, mucho menos, de alcance general justificada por el interés público que se presume en las decisiones de todo poder contratante⁴⁹. Ni puede servir para ajustar las ofertas a la baja de los licitadores o adaptar el contrato a la disponibilidad presupuestaria⁵⁰. Es este, sin duda, uno de los males endógenos a en la práctica de la contratación pública en España (y causa de muchos de los actuales casos de corrupción.

Como es bien conocido, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi* constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los

un nuevo procedimiento de adjudicación que respete los principios que deben regir la contratación en el Sector Público, sin que la vigencia del contrato inicial pueda verse afectada por la contratación de forma independiente de las prestaciones no cubiertas en su objeto”.

⁴⁸ Como bien se concluye en el Informe 10/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 11 de abril de 2012, “*Procede licitar un nuevo procedimiento de adjudicación que respete los principios que deben regir la contratación en el Sector Público, sin que la vigencia del contrato inicial pueda verse afectada por la contratación de forma independiente de las prestaciones no cubiertas en su objeto*”.

⁴⁹ Me remito a mi trabajo “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, pp.29 a 54.

⁵⁰ La Circular 1/2011 de la Abogacía General del Estado ponía de relieve la necesidad de reformar el régimen jurídico de las modificaciones contractuales que nuestro ordenamiento jurídico vigente entonces amparaba con clara vulneración de los principios básicos de la contratación pública, concurrencia e igualdad de trato, y dando cobertura a alteraciones frecuentes de los términos del contrato que no eran contestadas por los contratistas porque se habían convertido en el instrumento útil para compensar adjudicaciones a la baja esperando el beneficio económico que reportarán las modificaciones posteriores.

que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*)⁵¹. Así, aunque tras la adjudicación de todo contrato público comienza la ejecución del contrato con el fin de cumplir adecuadamente lo pactado nada impide que, siempre por interés público, puedan introducirse modificaciones a dicho objeto⁵².

Sin embargo, la práctica española ha venido interpretado de forma relajada esta regla sobre la máxima de que es una potestad administrativa cuya justificación radica en la mejor gestión del interés público (al que se considera sometido a eventual mutación⁵³). El Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación –inmutabilidad del fin público y mutabilidad del contenido prestacional del contratista– al señalar que el interés público no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato (entre otras, STS de 1 de febrero de 2000, RJ 318). Incluso se ha afirmado que si la coyuntura, exógena al propio contrato, cambia, es posible modificar el contrato: esta justificación es suficiente para acreditar que la modificación aprobada no excede los límites del ejercicio del «ius variandi» (STS de 19 febrero 2008.)

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

«los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes»⁵⁴.

Así, aunque lo ordinario sería que no hubiera ninguna incidencia (en el caso de una gestión pausada del expediente⁵⁵) y se cumpliera lo acordado

⁵¹ La inalterabilidad de lo pactado cede ante el derecho del *ius variandi*. Vid. HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.74-76. Para esta profesora el régimen diseñado por la LCAP resultaba ajustado al derecho comunitario de los contratos públicos aunque advertía que no debía superarse el límite del cincuenta por ciento del importe inicial del contrato (en tanto límite del supuesto del procedimiento negociado (pp. 205 a 210).

⁵² Como bien advierte JURISTO SANCHEZ el principio de inalterabilidad del contrato que deriva del artículo 1091 del Código Civil se enuncia en los contratos públicos de forma positiva y negativa: ejecutar el contrato de conformidad al pliego y no modificar sin el procedimiento establecido. *La ejecución del contrato de obra pública*, Ed. Hauser y Menet, Madrid, 1991, 206. El interés público es, en todo caso, presupuesto habilitante para el ejercicio del *ius variandi*. MARTIN REBOLLO “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 589.

⁵³ De hecho, ya hace años el profesor VILLAR PALASI advertía que lo ordinario en los contratos administrativos de obras era la modificación de los mismos. Lo que se justificaba, entre otros motivos, en la complejidad y larga duración de los contratos. *Apuntes de Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1977, p. 374

⁵⁴ SSTs de 16 de abril de 1999, 9 de octubre de 1995 y de 30 de abril de 1977.

⁵⁵ Como recomendada el Consejo de Estado, en su Memoria de 1992, p. 50.

entre las partes, sin alteraciones ni modificación salvo en casos cuando menos excepcionales⁵⁶, la regla habitual es que es posible modificar el contrato casi a plena libertad del órgano de contratación⁵⁷. Y esta situación – claramente patológica- debe ser corregida para adaptar y situar adecuadamente a esta potestad de *ius variandi*⁵⁸.

Téngase en cuenta que con las modificaciones contractuales injustificadas no sólo se daña al erario público por el sobrecoste que va a suponer ese contrato, sino que constituye un fraude al principio de selección objetiva del contratista⁵⁹, puesto que al final el precio pagado por la prestación objeto del contrato es con mucho la más onerosa de las ofertas presentadas por el resto de licitadores y candidatos a la adjudicación del contrato⁶⁰.

Como bien recuerda F. PUERTA SEGUIDO, el ejercicio de esta potestad debe ser excepcional, sin que desde la norma se haya producido una sustitución del principio básico que impone el cumplimiento de los contratos en los términos pactados por una práctica habitual y frecuente de modificación de los mismos, por más que el interés público prime y justifique el ejercicio de ese denominado *ius variandi*⁶¹. Como ya he indicado, la

⁵⁶ Vid. *Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118. En el marcado carácter excepcional de esta prerrogativa ha insistido el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, sobre el anteproyecto de la LCSP.

⁵⁷ El Tribunal de Cuentas –y los Órganos de Control Externo autonómicos- en sus Informes, con acierto, viene reiterando, insistimos, lo patológico de esta práctica. La dificultad de exigir responsabilidades está siendo un factor que “incentiva” el incumplimiento de las reglas y principios que quiebran con los modificados ilegales. Labor de control que va a resultar más difícil a raíz de la STS núm. 8506/2012, de 28 de noviembre de 2012 (que casa y anula otra de la Sala de justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (TCu) dictada el 17 de marzo de 2010 resolviendo el procedimiento de reintegro por alcance en relación con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, de Madrid), que limita la capacidad de control por alcance y lo condiciona a la existencia de un recurso contencioso previo. El argumento de que “no siendo impugnado dicho convenio, ni habiendo sido reparados tales pagos por la Intervención Municipal, ni habiéndose emitido informe con tacha alguna por parte de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento” no hay responsabilidad contable puede condicionar la función de control del Tribunal de Cuentas y sus homólogos, máxime cuando, hasta ahora, en el caso de los modificados nunca se ha acudido ante los tribunales. Queda el control, no obstante, remitido a la función de asesoramiento de intervención y servicios jurídicos que han de ser la pieza clave en el cumplimiento de la legalidad.

⁵⁸ No se trata de prohibir esta técnica sino de redimensionarla a sus justos términos y hacerla compatible con el derecho comunitario.

⁵⁹ No es una constatación novedosa. Ya ARIÑO ORTIZ denunció que el sistema de modificados “encierra en el fondo verdaderos contratos adicionales” y que “debe evitarse que los modificados se conviertan en un procedimiento irregular, sin licitación ni concurrencia”. *Teoría del equivalente económicos en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, pp. 179 y 180 respectivamente. De especial interés por sus observaciones críticas al concreto ejercicio de esta potestad resulta igualmente el trabajo de L. MARTIN REBOLLO “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, ob. Cit, pp. 575 a 658.

⁶⁰ Por todos, J.A MORENO MOLINA, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 640.

⁶¹ F. PUERTA SEGUIDO, “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, p. 484

potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato. Ello no justifica, no obstante, la generalización de una prerrogativa que requiere como presupuesto habilitante la concurrencia del interés público y ha de ejercitarse con respeto a una serie de límites, materiales y formales, que configuran esta facultad como un verdadera excepción de la regla⁶². La excepcionalidad de la prerrogativa ha sido confirmada sin quiebra por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que configura la modificación contractual como una facultad reservada para los supuestos legales tasados y cuya interpretación debe recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Como ya se ha dicho, la excepcionalidad de la facultad de modificación de los contratos resulta, no obstante, compatible con el recurso a la misma cuando el interés público lo exija. Criterio del que participa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 50/03, de 12 marzo de 2004, donde recuerda el carácter restrictivo con el que han de interpretarse las facultades «que ostenta la Administración para la modificación de los contratos, afirmando, incluso, que una vez celebrado el contrato mediante licitación pública, la oferta del adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada por constituir un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación pública»⁶³.

Por supuesto, como presupuesto habilitante el interés público debe ser real e indubitado⁶⁴. Un ejemplo es si puede o no utilizarse como justificación de un modificación la situación de crisis económica. Al respecto resulta de interés el Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta

⁶² J.M. GIMENO FELIÚ, “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, p. 52.

⁶³ En esa misma línea el Consejo de Estado, desde antiguo, ha enfatizado el sometimiento a cauces estrictos de un «*ius variandi*» de la Administración que tiene su razón de ser precisamente en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración puede variar tales condiciones, en determinadas circunstancias y por razones de interés público, llevan a admitir el citado *ius variandi* de la Administración pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar la indebida alteración del referido principio de licitación pública. Es decir, la modificación de los contratos ha de tener carácter excepcional y no convertirse en práctica habitual, pues de lo contrario se encubrirán contrataciones que no observarán los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores de la contratación pública». Dictámenes del Consejo de Estado números 79/1993, de 1 de abril de 1993; 1508/1993, de 10 de febrero de 1994; 1629/1991, de 23 de enero de 1992, etc.

⁶⁴ Vid. CEPEDA MORRAS J., YÁNEZ DÍAZ C., y Otros, *Comentarios a la legislación de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 719-721.

Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la posibilidad de mantener el equilibrio económico de un contrato de gestión de servicios públicos mediante la modificación del precio del mismo. La crisis económica como causa de modificación del contrato. Y su conclusión es clara:

“del Tribunal Supremo, entre otras, la sentencia del de 2 de marzo de 1999, advierte que «no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias. Subsiste igualmente la necesidad de comprobar en el caso concreto si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente, pues la empresa contrata a riesgo y ventura y debe suponerse una mediana diligencia en los cálculos económicos efectuados al acordarse el precio de la retribución. En definitiva ello forma parte de uno de los elementos de juicio de que el empresario dispone para asumir el riesgo que todo negocio comporta». En este sentido, es una constante en la jurisprudencia para aplicar la teoría del riesgo imprevisible, la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste (vid Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2001, dictada por la Sección 7ª de la Sala 3ª en el Recurso núm. 8602/1995, de 20 de mayo de 1999, Recurso núm. 4547/1993 y de 30 de abril de 1999, Recurso núm. 7196/1992, ambas de la misma Sala y Sección).

Y es que, como afirma la sentencia de 3 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre, y en todo caso, la otra parte contratante —pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder—, en este caso la Administración municipal.

En el presente caso, cabe deducir que el riesgo primordial, cuya producción se pretende indemnizar con fundamento en el desequilibrio económico de la concesión, no es otro que el de las plazas para residentes no se encuentran ocupadas en su totalidad, y que, asimismo, las plazas de día tampoco están cubiertas en su totalidad. Ahora bien, ese riesgo no era en modo alguno imprevisible, sino que cabía perfectamente prever que la demanda de unas y otras plazas no estuviera bien calculada por la concesionaria cuando acudió al concurso (la licitación se produce

en los primeros meses del año 2011 y el contrato se firma el 11 de abril de dicho año), y ello porque la imprevisibilidad de la que habla el artículo 278 RBASO y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando en una concesión de servicio público se produce una fuerte caída de la demanda, alude a acontecimientos extraordinarios que hacen que un determinado índice de demanda, que se mantiene hasta un momento concreto, caiga por la aparición de esos acontecimientos que hasta ese momento no se habían producido, lo que aquí no ha sucedido, porque la demanda en este caso no es que caiga, tras un periodo más o menos largo acorde con las previsiones, sino que ya, desde el principio, es notablemente inferior a la prevista. Pero esto no se debe a que surjan circunstancias nuevas, imposibles de prever en el estudio de mercado sobre las necesidades de residentes en la zona de influencia, sino que, sencillamente, lo que sucede es que la demanda real no se ajusta a la prevista porque las necesidades reales de plazas de residentes no eran las esperadas.

Entre otras circunstancias, la crisis económica mundial que se produce en el año 2008, y que afecta singularmente a España, es seguro que también habrá influido en la disminución de la demanda de usuarios de la residencia de ancianos, pues ha provocado una retracción en la actividad económica. Pero todas estas circunstancias podían ser conocidas por los licitadores, con tal de que su análisis de la situación, y las consiguientes previsiones, se hicieran ajustándose a los datos reales, y no atendiendo a expectativas que no respondían a los hechos, que es lo que aquí ha sucedido”.

b) La nueva regulación de los modificados en España tras la Ley de Economía Sostenible de 2011.

La Ley de Economía Sostenible de 2011, por las exigencias de las autoridades europeas, aborda esta problemática y aprueba una nueva regulación de la modificación contractual que puede ser calificada de “revolucionaria”. Así, mediante la Disposición Adicional decimosexta, apartado séptimo, se introducía un nuevo Título V en el Libro I: Modificación de los contratos -introduce cuatro nuevos preceptos (del 92.bis al 92.quinquies), se reforma el 216 (obras a tanto alzado), el 217 (modificación del contrato de obras), el 226 (modificación del proyecto), el 233 (modificación obra pública), el 272 (contrato de suministro) y el 282 (contrato de servicios)⁶⁵-, advirtiendo que la modificación del contrato no

⁶⁵ También se modifican a estos efectos el artículo 20 y 195 LCSP. También se modifican los artículos 206, 207, 208, 220 y 284 (causas y efectos de resolución) e incluye nueva causa de resolución del contrato, como es “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I” –nuevo artículo 206.h) LCSP – lo que conllevará una indemnización al contratista con el 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista – nuevo artículo 208.6 LCSP -. En extenso me remito a mi trabajo “El régimen de modificación de los contratos

podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento⁶⁶. Regulación que ha de aplicar todo poder adjudicador, aunque no tenga la consideración de Administración Pública (motivo por el que se reforma el artículo 20 TRLCSP). Novedad ciertamente destacada en tanto tradicionalmente, bajo la argumentación de estar sometidos al derecho privado, los poderes adjudicadores no Administración Pública entendían que no existían límites a la posibilidad de acordar modificados⁶⁷. Ahora, los contratos públicos de esos entes también la verán limitada, en contra de lo que originariamente se buscaba, por la imposibilidad de pactar opciones de modificación que traspasen esas líneas rojas, pues como apunta el Consejo de Estado en el Dictamen sobre la LES, “[...] por primera vez la modificación de los contratos celebrados en el ámbito de Sector público es sometida a determinadas reglas que prevalecen sobre el régimen civil”⁶⁸. Lo que se pretende, no es sino el establecimiento de barreras y limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes para modificarlos, y así justificar que se dificulte el fraude al mercado que es lo que primordialmente persigue la Unión⁶⁹. Y su control, por tanto, deberá residenciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa, al ser de aplicación normas de derecho público y estar en presencia de actos materialmente administrativos⁷⁰.

públicos: regulación actual y perspectivas de cambio, REDA 149, 2010. También. J. VAZQUEZ MATILLA “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, Revista Aragonesa Administración Pública núm. 37, 2010, pp. 317-351, T. MEDINA ARZAIZ, “Las principales novedades en la normativa contractual del sector público”, en libro col. *Comentarios a la Ley de Economía Sostenible*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 153 y ss; y J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”, REDA núm. 153, 2012, pp. 253-276.

⁶⁶ Vid. los trabajos de M-A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en obra colectiva *Observatorio de contratos públicos 2010*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011. pp. 174 y ss.; J. VÁZQUEZ MATILLA: «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 37, p. 330.

⁶⁷ Una primera valoración sobre el contenido del nuevo régimen proyectado puede verse en el trabajo de L. MELLADO RUIZ, “El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible”, ob. Cit., pp. 64 a 68.

⁶⁸ Dictamen Consejo de Estado núm. 215/2010, de 18 de marzo de 2010.

⁶⁹ J.A. MORENO MOLINA, J.A y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva ley de contratos del sector público, estudio sistemático*, La Ley, 2011, p. 33.

⁷⁰ No ha sido esta la interpretación dada por el TSJ de Aragón (sección primera) en su Auto de 19 de marzo de 2013, en una cuestión de conflicto de competencias relativo a los modificados contractuales autorizados por una empresa pública. Se opta por una interpretación muy formal, alejada de los propios principios de fiscalización que aconsejan una interpretación subjetivo-funcional y se declara incompetente, llevando el asunto ante al juez civil. El supuesto, a mi juicio, era claramente de derecho administrativo. Ciertamente no ayuda la redacción del artículo 21 TRLCSP, pese a que el Consejo de Estado, en el Dictamen al Proyecto de Ley de Economía Sostenible, sobre esta cuestión considero que era necesaria la reforma del 21.2 TRLCSP, para residenciar estas cuestiones en la en la jurisdicción contencioso-administrativa. También crítico con la regulación actual, S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho*

La nueva regulación contiene, por tanto, unas previsiones de alcance general para todo poder adjudicador, sea o no Administración pública, intentando dar traslado de la doctrina del TJUE.

El artículo 105 TRLCSP regula los supuestos de modificación convencional -se ha previsto en el pliego- y dice:

“1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.

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

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b)”.

Esta regulación pretende limitar la práctica de los modificados tipificando los supuestos con el fin de que en cualquier otro distinto se proceda a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes⁷¹. Se insiste en la idea de que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios –solo si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b) TRLCSP-.

Y para ello el artículo 106 TRLCSP desarrolla cómo se deberá tramitar estableciendo que tal posibilidad se condiciona a que en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá

Administrativo y Derecho Público General, Iustel, 2011, tomo IV, p. 313.

⁷¹ Resulta de especial interés la Circular de la Abogacía del Estado 1/2011, de 7 de abril, sobre régimen de la modificación de los contratos del sector público, que analiza los cambios efectuados y la transitoriedad de la norma.

hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas. Es decir, el pliego no sólo debe prever la posibilidad sino que debe determinar y cuantificar en que y como procede esa modificación⁷². Lo que tendrá sus efectos a la hora de calcular el valor estimado del contrato (por lo que se modifica, en tal sentido, el artículo 88 TRLCSP)⁷³.

Y aunque nada se dice de forma expresa, lógicamente, como ha insistido el TJUE, serán requisitos *sine qua non* el que exista un interés público que lo aconseje, que no se afecte al contenido esencial y que se motive y acredite la causa que ampara finalmente el modificado⁷⁴. Es decir,

⁷² No basta, conviene insistir a la vista de la práctica diaria, con que el pliego de cláusulas administrativas remita a la normativa vigente en la materia. Como indica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Valencia núm. Valencia 3/2012, de 24 de mayo, deberán definirse con total concreción los supuestos en que pueda modificarse el contrato, por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva. Las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los lidiadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las oferta.

⁷³ Y es que, como indica F. VELAZQUEZ CURBELO, el precio es parte esencial del contrato. *Manual práctico de contratación del sector público*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, pp. 32 y 63. Interesa destacar, en mi opinión, que aunque no se contempla para el caso de modificaciones previstas en los pliegos un porcentaje máximo del precio de adjudicación, no resulta admisible la interpretación de que resultaría válido que cualquier porcentaje sería correcto pues al ser conocido "ex ante" y estar reflejado en el valor máximo del contrato, ni se limitarían derechos del contratista ni expectativas de otros licitadores (P. CALVO RUATA, "La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?", Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza, 2012 p. 393) . Como veremos, un presupuesto ineludible es no afectar al contenido esencial del contrato y el precio, lógicamente, es un facto clave, como ya pusiera de relieve la STJUE de 15 de enero de 2005, de condena al Reino de España.

⁷⁴ Y habrá que entender que se afecta al contenido esencial en los supuestos en que se intenta la modificación de la forma de pago del contrato, de manera que habiéndose pactado una parte importante del precio como pago en especie, pase a abonarse totalmente en efectivo, afecta a una condición esencial (Informe 4/2012, de 1 de febrero de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón). Obviamente quedan fuera de la posibilidad de modificaciones las novaciones objetivas o tras la extinción del contrato (así lo advierte Informe 17/2011, de 6 de julio de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, al afirmar que a solicitud de modificación que pretende el contratista supone una novación contractual, pues implica la alteración de un elemento sustancial del contrato; la sustitución del inmueble objeto de permuta. Además, no es posible modificar un contrato extinguido por su cumplimiento. La modificación del contrato presupone, por definición, la vigencia del mismo, y no resulta admisible que el contratista, con posterioridad a la recepción de la obra, inste su modificación.

no hay libertad para el *ius variandi* en la medida en que está en juego la necesidad de que el objeto de la contratación- prestación sea reconocible. Solo así se garantiza la igualdad de trato (tal y como exige la STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, en su apartado 110).

El artículo 106 TRLCSP obliga, además, a indicar en los pliegos o en el anuncio de licitación el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar. Como bien han apuntado Bernal Blay y Vázquez Matilla, dicho porcentaje de modificación previsto en el Pliego o en el anuncio deberá haber sido tenido en cuenta previamente, a la hora de calcular el valor estimado del contrato, puesto que, como señala el artículo 88 TRLCSP, dicho valor debe incluir “cualquier forma de opción eventual” del contrato⁷⁵. El aumento que sufrirá el valor estimado del contrato por la adición del importe del modificado previsto puede repercutir en cuestiones como el procedimiento de adjudicación a utilizar o la publicidad de la licitación.

De no darse estos supuestos, y si la modificación no puede licitarse de forma independiente al objeto principal, pues éste se desnaturaliza, lo que deberá acordarse es la resolución del contrato, y remodelando el objeto y condiciones de lo pretendido, contratar de nuevo. En todo caso, y como bien advierte P. CALVO RUATA, la fórmula legal proscribire la mera conveniencia o simple utilidad de una ejecución distinta a la pactada para embarcarse en la resolución del contrato y posterior celebración de otro⁷⁶.

Una cuestión de interés es que, en el caso de resolución como consecuencia de la modificación en el supuesto del artículo 105.1, párrafo segundo del TRLCSP, debe determinarse la pertinente indemnización al contratista, pues es éste quien de forma singular sufre el perjuicio económico que comporta la obligada resolución del contrato que sanciona dicha norma. Y aquí, lo conveniente sería fijar en el pliego el importe del tres por ciento del precio del contrato-. De no preverse este límite (analogía de los supuestos de resolución anticipada en las obras) puede ser problemático que el juez civil se atenga al mismo⁷⁷.

Junto a los denominados modificados convencionales (previstos en el pliego) el TRLCSP prevé, con límites, los denominados modificados legales

⁷⁵ J. VÁZQUEZ MATILLA, en “La modificación de los contratos administrativos: ...”, *ob. cit.*, p. 559. A efectos de poder calcular el valor estimado de un contrato, el porcentaje máximo de modificación debe aplicarse sobre el precio del contrato, no sobre éste más las prórrogas previstas (ver Informe de la Intervención general de la Comunidad de Madrid de 1 de marzo de 2012. contratos públicos. valor estimado-cálculo. Inclusión del % de modificación para calcular el valor estimado) .

⁷⁶ P. CALVO RUATA, “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, *ob. Cit.*, p. 385. El nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III, es decir bajo los principios, determinaciones y con elección del procedimiento que mejor cuadre dentro de los previstos en este libro. Por tanto, no da opciones para acudir a adjudicaciones directas o maniobras similares. (p. 386).

⁷⁷ Resultan de interés las observaciones de DÍAZ CORRAL y HAYEC RODRÍGUEZ sobre las variadas, posibles y negativas consecuencias que la obligada resolución puede ocasionar. “La Ley 2/2011 de Economía Sostenible y su incidencia en la Administración local», *Revista de Estudios Locales* núm. 141, 2011, p. 62.

por no previsión (que no imprevisibilidad)⁷⁸. Es decir, que la legislación española contempla dos supuestos de modificación del contrato público, la convencional y la legal (opción que ahora, como se verá, se contempla en las Directivas sobre contratación pública y de Concesiones)⁷⁹.

Este último caso se regula en el artículo 107 TRLCSP que indica⁸⁰:

“Artículo 107. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación

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

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

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

⁷⁸ Criterio imprevisibilidad que, recordamos, debe autointegrarse con la idea de la debida diligencia. Criterio de diligencia ya apuntado por C. BARRERO RODRIGUEZ, *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, p. 100. También A.R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007*, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 411-412.

⁷⁹ Se acoge la tesis apuntada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/2008, al afirmar que «la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de establecer a priori una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato». Criterio que igualmente se defiende en el Informe 5/2010, de 23 de julio de 2010. La Circular 01/2011, de la Abogacía del Estado ayuda también a clarificar el alcance de esta alteración de las condiciones esenciales de la licitación, como por ejemplo en los casos de solvencia, y señala que estaremos ante unas «condiciones de solvencia sustancialmente distintas cuando el proyecto modificado exija una clasificación antes no requerida, o la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido, así como la exigencia, por consecuencia de la modificación, de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida, en tanto no se dará esa modificación sustancial cuando la nueva categoría exigible es la inmediatamente superior».

⁸⁰ Excelente glosa de este precepto puede verse en el trabajo de P. CALVO, “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, ob. Cit., pp. 395-404.

elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Este precepto pretende limitar los supuestos de modificaciones no previstas en el pliego, tratando de dar cierto margen de actuación pública⁸¹.

⁸¹ Debe tenerse en cuenta la Resolución de 28 de marzo de 2012, por la que se publica la Recomendación de la JCC Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 TRLCSP sobre las modificaciones de los contratos, recoge una serie de precisiones al contenido de dicho precepto a fin de realizar una interpretación uniforme en toda la Unión Europea y coherente con las Directivas en materia de contratación pública y con la

Y se concreta en qué casos se altera el contenido esencial (supuestos que se pueden y deben extrapolar a los modificados convencionales).

Con esta dualidad de regímenes –convencional y legal⁸²- surgen las dudas de si la reforma se ajusta a la legalidad comunitaria europea, en tanto se permiten modificados no previstos –aunque es cierto que limitados en todo caso a un máximo del diez por ciento al alta y a la baja del precio del contrato- y a que exista inadecuación, fuerza mayor⁸³ o ajuste a nuevos estándares técnicos⁸⁴, o *factum principis*⁸⁵, que no afecten al contenido esencial (dando parámetros para entender cuándo concurre tal circunstancia), lo que puede interpretarse como que en los anteriores supuestos –los previstos- sí que podría alterarse el contenido esencial⁸⁶.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del nuevo régimen de las modificaciones de los contratos públicos.

⁸² Junto a los supuestos del artículo 107 TRLCSP debe citarse, para los contratos administrativos exclusivamente, el supuesto del 234.3 TRLCSP pues como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 23/2011, de 12 de septiembre, “El supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP — alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras— es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 92 *quarter* LCSP. En concreto, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior, el de la medición final de la obra”.

⁸³ La Circular 1/2011 de la Abogacía del Estado lo interpreta en sentido diferente al artículo 231 TRLCSP, aplicando las reglas del artículo 1105 del Código Civil.

⁸⁴ Este concreto supuesto es más bien una condición de ejecución –sobre todo en los de larga duración- ligada a la conocida cláusula de progreso. Vid. QUINTANA LOPEZ, A., «Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas», *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, núm. 131, 2006, pp. 421 a 444.

⁸⁵ El principio de *factum principis* exige una actuación administrativa que altera las condiciones del contrato. Así lo ha admitido tanto la jurisprudencia –STS de 29 de mayo de 2007- como la doctrina administrativa: por todos, Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, «Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos». Si se acreditare por la Administración concedente que con posterioridad a la adjudicación del contrato se han tomado decisiones administrativas que han podido condicionar el régimen económico de explotación –por ejemplo, nuevas infraestructuras no previstas en la memoria económica que disminuyen la afluencia de tráfico viario- nos encontraríamos ante un caso de *factum principis* que obligaría a un reajuste del contrato. En todo caso convendrá determinar la existencia de los elementos propios: a) alteración indirecta de la prestación no debida a riesgo imprevisible; relación de causalidad entre medida y perjuicio, mayor onerosidad del contrato y carácter evaluable del mismo, ya usencia de culpa del contratista. Entre los Dictámenes del Consejo de Estado pueden citarse 1083/2010 (relativo al Código Técnico de Edificación) o 225/2009 (nuevas medidas de seguridad en túneles).

⁸⁶ Vid. la opinión de BERNAL BLAY, M. A., en «Reflexiones...», *op. cit.*, p. 186. A su juicio «hemos pasado de justificar la modificación de los contratos por causas imprevistas, con una interpretación laxa del concepto, que consideraba imprevistas todas las causas que no habían sido expresamente contempladas en el Pliego, a un concepto de alcance distinto, el de causas imprevistas, acompañado a su vez de una interpretación estricta y limitada a aquellas que reseña el artículo 92 *quáter*, lo que constituye un evidente «exceso de frenada». En el mismo sentido opina J. VÁZQUEZ MATILLA: «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 37, p. 330

La regulación española debe ser interpretada desde los parámetros de la jurisprudencia del TJUE. Por ello, en ningún caso puede alterarse el contenido esencial del contrato y hay un claro límite cuantitativo sobre el precio (de hecho es la opción, como se verá, que se contiene en las nuevas Directivas de 2014). El objeto de una licitación y su reconocibilidad es un límites infranqueable⁸⁷. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 76/2015, de 20 de julio, aplicando la citada jurisprudencia europea, ha declarado que *“la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato, ni se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento. El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta”*.

Además, aunque el pliego prevea la posible modificación, las circunstancias que lo motivan deben obedecer a la imprevisibilidad, y no a la falta de previsión (o falta de diligencia). El citado Acuerdo 76/2015, de 20 de julio, del TACPA, ha sistematizado el funcionamiento de la posibilidad de modificación de contratos:

« Esto significa que los pliegos de una licitación deben contemplar cómo se actuará ante las imprevisibilidades que afecten a la correcta ejecución del contrato, y si se permite la modificación contractual, en cuyo caso, su importe se deberá tener en cuenta a la hora de calcular el valor estimado, pues, sólo así, se garantiza una adecuada visión del verdadero «objeto del contrato».

Por ello, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato, ni se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento. El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una clara redacción para que todo posible licitador, normalmente informado y experimentado, y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta.

Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. Y deberá respetar, obviamente, la equivalencia de las prestaciones pactadas. De hecho, la STJUE de 13 de enero de 2005

⁸⁷ Así, en el Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en el ámbito de un contrato de privatización del servicio público del agua, se anula el pliego por la deficiente regulación de la posibilidad de modificaciones y poner en riesgo la estabilidad presupuestaria. También el Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales, mediante Resolución de 5 de marzo de 2013 (rec. 100/2013), anula determinada cláusula de un pliego de condiciones ya que la justificación de una posible modificación de las rutas contempladas en el contrato, se refiere a circunstancias imprecisas - criterios de eficiencia y mejora de la calidad asistencial- cuya concurrencia no puede verificarse de forma objetiva.

(Comisión/España) entiende —apartado 43— que el precio es un elemento esencial y que, por ello, una condición que permite el incremento en un diez por ciento, «no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato».

Por último, este Tribunal quiere advertir que la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aún por falta de diligencia, como recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* «un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación» (apartados 116-118).

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no nos ofrece una definición de contenido estricto para el término «imprevisibilidad», al que hace referencia el artículo 107.1 b) TRLCSP. Nos explica, sin embargo, que imprevisibilidad equivale a la cualidad de imprevisible; y de imprevisible dice el Diccionario que es aquello que no se puede prever. Y prever, es ver con anticipación, conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. De manera que prever equivale a predecir, vaticinar, presentir, pronosticar o adivinar. De donde se deriva que la cualidad de imprevisible, la imprevisibilidad, es la cualidad de no poder ver con anticipación, presentir o pronosticar lo que sucederá después.

Por el contrario, la «imprevisión» es cosa muy distinta, es la falta de previsión o reflexión. Es decir, equivale a descuido, desidia, despreocupación, falta de cuidado, imprudencia, negligencia, omisión.

Y así, en el ámbito de la contratación pública, y en aplicación del mencionado precepto legal, la imprevisibilidad que da lugar a la modificación del contrato, o el reconocimiento de circunstancias que no fueren previsibles, requiere la conjunción de los siguientes requisitos:

a) Que dichas circunstancias sobrevengan a la fecha de iniciación del contrato, de manera que con anterioridad a dicho momento no pudieran anticiparse.

b) Que sean jurídicamente inevitables para el contratista y no obedezcan, o se hayan producido, como consecuencia de imprevisión, negligencia o impericia, en el momento de la redacción del proyecto o en cálculo de los costes del mismo.

Tampoco se precisa que el hecho imprevisible sea un hecho extraordinario, sino que es suficiente el desconocimiento objetivo de su futura producción».

Otra interpretación conduce a una libertad de modificación contraria a lo dispuesto por el derecho europeo y las esencias de una contratación pública que preserva efectivamente tanto el principio de igualdad de trato como el de eficiencia⁸⁸.

Cuestión de interés es la relativa a la transitoriedad de esta regulación y su aplicación o no a los contratos ya existentes y en ejecución. Pues bien,

⁸⁸ Lo que quiebra la esencia de la contratación pública, pues, como bien han señalado G. RACCA y R. CAVALLLO PERIN, para que la eficiencia en la contratación deje de ser un concepto abstracto, la ejecución del contrato por parte del adjudicatario debe coincidir con lo que prometió en la fase competitiva. “*Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption*”, EPPPL, núm. 4. 2013, p. 280.

la Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía, en Recomendación 1/2011 de 29 de marzo, sostuvo la aplicación a estos supuestos de los mismos criterios contenidos en la disposición transitoria primera, apartado primero de la Ley 30/2007⁸⁹. Es decir, los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. Y a estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos. Por ello, añadía, que los expedientes de contratación en los que aún no se hubiera abierto la fase de licitación deberían adaptar sus previsiones a la LCSP reformada, incorporando el régimen que prevé la Ley 2/2011.

Por su parte, la Circular del Abogado General del Estado 1/2011 de 7 de abril de 2011, citada, sin dejar de afirmar el claro sentido de esta DT 7ª al que no renuncia, estima que el criterio correcto, por ajustado al derecho de la UE, consistiría en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente está en fase de ejecución, en razón de que ese régimen de ejecución no surge *ex novo*, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea⁹⁰.

Sin duda es esta la interpretación correcta desde la lógica del efecto útil del derecho europeo. Es el criterio, recordamos, adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 19 de abril, sobre “Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad”, donde, en un contrato adjudicado con la legislación anterior a la LCSP de 2007, se concluye la necesidad de aplicar los criterios de la doctrina del TJUE: “*Las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes*”⁹¹.

En definitiva, aunque es cierto, que la reforma efectuada en España y todavía vigente, es un notable avance, no parece compatible de forma completa con las exigencias europeas en tanto su interpretación genera dudas e inseguridad jurídica, lo que no evitará que la técnica del modificado

⁸⁹ En el mismo sentido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el Informe 23/2011, de 12 de Septiembre de 2011 y la Junta Consultiva de Contratación de Madrid de la Comunidad de Madrid, en su Acuerdo 4 /2011 de 26 de abril de 2011.

⁹⁰ En el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 23/2011, de 12 de septiembre sea firma que La normativa aplicable a un eventual modificado de un contrato debe ser la vigente cuando se celebró el mismo, lo que no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con las Directivas Comunitarias y con la interpretación que de las mismas realiza el TJUE,

⁹¹ Criterio constante, como se pone de relieve en el Informe 8/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “Modificación de un contrato de gestión de servicios públicos para introducir nuevas prestaciones”.

se utilice y se esté utilizando, en fraude de Ley⁹². Sería por ello muy aconsejable una regulación clara, a partir de las exigencias fijadas por la jurisprudencia europea, en la que sería posible admitir -con una previsión detallada- tanto la cláusula de progreso como de fuerza mayor como supuestos de ajuste a la regla de equivalencia de prestaciones del propio contrato (y no tanto de modificación) que no quebrarían el principio de igualdad de trato.

Por lo demás, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes⁹³, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras -exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del proyecto⁹⁴- y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto⁹⁵. Y debe existir auténtica

⁹² Un ejemplo -aun siendo mejorable- podría ser la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos de Navarra en su artículo 105 que indica que ninguna modificación puede suponer transformación del objeto y que cuando se supera el límite del cincuenta por ciento debe licitarse por procedimiento negociado (no adjudicación directa al mismo licitador). M. RAZQUIN destaca como el modelo de esta Ley Foral limita la potestad del *ius variandi*, lo que, a su juicio, debe redundar en una mejor preparación del contrato y en evitar la fuga de los principios de la contratación pública (es especial concurrencia e igualdad de trato). "La ejecución de los contratos. Retribución y revisión. La extinción e invalidez de los contratos", en libro colectivo *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, INAP, Pamplona, 2006, pp. 427-428.

⁹³ Sorprende, cuando menos, que en los supuestos de contratos de colaboración pública privada, donde realmente existe transferencia de riesgos en la construcción, no suele darse los supuestos de modificación contractual. Y ello porque el beneficiado con este cumplimiento correcto es el propio contratista. Por todos, sobre esta ventaja del contrato de CPP en el cumplimiento en fase de ejecución, me remito a T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 665 y 666. En el Reino Unido se exploró ya esta modalidad contractual a través de los *Project Finance Initiative* (PFI), que se configuran como instrumentos para un efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión de sector privado y donde el criterio rector de estas PFI es el "Value for Money" en tanto parámetro de eficiencia. Al respecto resulta de interés el estudio de DE LA CRUZ FERRER, J., "Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, 2000, pp. 471-486 así como el trabajo de NIETO GARRIDO, E., "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido", *RAP* núm. 164, 2004, pp. 389-406.

⁹⁴ Como bien proponía R. CASTAÑEDA SÁNCHEZ en su trabajo *Reflexiones sobre la supervisión de proyectos: ¿cuándo y cómo la supervisión de proyectos?*. *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, Número 3443, 2004, pp. 19-30.

⁹⁵ La cuestión de la responsabilidad del autor del proyecto es un elemento clave para regular esta problemática. Así lo habían entendido ya en el Derecho Romano. Como indica DE LA PEÑA OLIVAS, J.M, ya antes de Cristo, debían ser corrientes los modificados de obra. Según Vitrubio, que fue arquitecto de Julio Cesar, en Éfeso existía una ley por la que se obligaba al arquitecto cuando se le encargaba dirigir una obra pública, a fijar el coste máximo y, fijada esta cantidad quedaban hipotecados todos sus bienes ante el magistrado hasta que la obra estuviera totalmente terminada. Acabada ésta, si el coste había respondido a lo estipulado, quedaba el arquitecto libre y era premiado con decretos honoríficos; en caso contrario, si el exceso no sobrepasaba el 25%, la diferencia se pagaba con dinero público y el arquitecto no quedaba sometido a pena alguna, mientras que el exceso del 25% se abonaba con cargo a los bienes del arquitecto. "Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano (Nuevos Elementos de Ingeniería Romana)", III Congreso de las Obras Públicas Romanas. Astorga 2006, Junta de Castilla y León - Colegio de Ingenieros T. de O. P., p. 354.

imprevisibilidad y no mera imprevisión, ni mucho menos error o cambio de criterios políticos⁹⁶. Además, como indica J. COLAS, es obvio, pues, que no sirven las tradicionales «*cláusulas de estilo*», que pueblan y anidan en los pliegos de las entidades del sector público, para dar por cumplido el requerimiento de previsión que el precepto exige. Se exige rigor, no improvisación, objetividad, no mero parecer; y posibilidad de verificación, no adivinación o intuición⁹⁷.

La efectividad del principio de concurrencia, paradigma sobre el que se fundamenta la regulación de la contratación pública, exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad –en modo entendida como una potestad condicionada- en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta del modificación⁹⁸.

En suma, para que una eventual modificación de un contrato público –para todo poder adjudicador, sea o no Administración pública y los entes sometidos a la Ley 31/2007- se atenga a la legalidad europea, amén de la imprevisibilidad y necesaria existencia de interés público (presupuestos habilitantes y auténticos conceptos jurídicos indeterminados), insistimos en que sería preciso que se cumpliera las dos condiciones relativas a que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación (lo que equivaldría a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación); así como que la posibilidad de incluir una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación⁹⁹. Solo así se da sentido a la finalidad de los principios de la contratación pública –en especial de concurrencia e igualdad de trato-¹⁰⁰.

⁹⁶ No comparto, por ello, la opinión de JIMENEZ APARICIO, al entender cumplida la imprevisión con la deficiencia del proyecto. *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo III, pp. 932 a 933.

⁹⁷ J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, ob. Cit., p. 269.

⁹⁸ Así lo han defendido con buen criterio los profesores SAINZ MORENO (“Prerrogativas de la Administración”, en libro colectivo *Derecho de los Contratos Públicos*, Praxis, Madrid, 1996, p. 448) y MARTIN REBOLLO (“Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004p. 579). Un avance al respecto se contiene en el artículo 10. 3 de la Ley Gallega 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega al indicar que se deben publicar las modificaciones del contrato adjudicado que supongan un incremento igual o superior al 20 % del precio inicial del contrato, y este sea superior a 1.000.000 €”.

⁹⁹ Como bien ha destacado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 13/2011, de 4 de mayo, “Es necesario insistir en la necesidad de ejercer correctamente, conforme a los parámetros comunitarios, la prerrogativa de modificación del contrato, que debe prever sus reglas de tramitación, los límites cuantitativos, y no afectar a ninguna condición esencial del contrato. A estos efectos, en el subapartado dedicado a las modificaciones previstas, debe sustituirse la expresión «...con arreglo al alcance y los límites allí establecidos, que deberá indicar expresamente el porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo puedan afectar», por la mas adecuada de «...en las circunstancias, con las condiciones, alcance y los límites allí establecidos; que deberán indicar

Y buen ejemplo de ello son las Sentencia del Tribunal Supremo (Sentencias núms. 1067 y 1068/2016, de 14 de marzo)¹⁰¹ que han anulado la prórroga masiva -por un periodo de diez años- de las concesiones al transporte de viajeros por carretera que la Administración autonómica gallega había otorgado en 2010 con el objeto de dar estabilidad económica al sector a cambio de que las empresas afrontaran un plan de modernización de la flota de autobuses. El Tribunal Supremo considera, de forma acertada, que la decisión de la Xunta va en contra de norma de la Unión Europea (Reglamento CE 1370/2007) que fijan que la duración de los contratos de servicio público, en este de caso de autobuses, no pueden superar los diez años.

3.- LA CUESTIÓN DEL RE-EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO EN EL CONTRATO DE GESTION DE SERVICIOS PÚBLICOS (CONCESION DE SERVICIOS) Y DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

Una cuestión de interés práctico en el diseño de estas modalidades contractuales es la relativa al equilibrio financiero. En todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las

expresamente el porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo puedan afectar». Los términos «circunstancias y condiciones», junto al alcance, límites y porcentaje, deben incluirse también en la frase siguiente, dedicada al supuesto de prever varias causas de modificación y en el anexo correspondiente.

Es también necesario, que en todos los casos, a excepción de los pliegos correspondientes a contratos de obras –para los que el artículo 217.2 LCSP ha previsto el procedimiento de fijación de los precios aplicables a las unidades nuevas no previstas en el proyecto –, se incluya una mención relativa a este extremo en la cláusula destinada a la modificación, en el sentido de que debe recogerse en el Anexo el procedimiento de fijación de nuevos precios, si éstos se derivan de la modificación”.

¹⁰⁰. Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que ex artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe- y su modificación a los licitadores. Insistimos en recordar la doctrina de la STJUE *Succhi di frutta*: “Todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego” (apartado 111). Por lo demás, una programación insatisfactoria o insuficiente por parte del poder adjudicador no es una circunstancia imprevisible a los efectos del Derecho comunitario

¹⁰¹ La Sala Tercera del TS había resuelto ya la cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso, relativa a la compatibilidad de prórrogas a las concesiones de transporte público por carretera más allá de los diez años en total, en la Sentencia de 1 de octubre de 2014 (RC 2437/2013) y en la de 15 de febrero de 2016 (RC 2999/2013), en las que se declaró no haber lugar a los recursos de casación dirigidos contra sendas Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, las cuales habían anulado el Decreto 24/2010 de la Comunidad Valenciana. Dicho Decreto había previsto la prórroga de las concesiones de transporte público por carretera mediante la aprobación de un plan de modernización.

condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. En los contratos de gestión de servicios públicos (aplicable a los modelos concesionales de la Directiva), como bien explicara ARIÑO ORTIZ¹⁰², “*el álea comercial tiene un doble alcance: hay un álea comercial ordinario que es el propio de toda explotación y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un álea garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también controla y limita la ventura de unos beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado*”. El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando, durante la ejecución del contrato, falla el reparto de riesgos pactado¹⁰³. Así lo ha admitido nuestra jurisprudencia al afirmar que toda concesión tiene que celebrarse en condiciones de equivalencia en cuanto a las prestaciones, y que esa equivalencia se garantiza en su devenir a través del mantenimiento del equilibrio financiero. En este sentido, en la STS de 20 de diciembre de 1986 (Ar. RJ 1987, 1175) se afirma que “cuando no se sostiene la *honestas equivalencia* entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige, para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión”. En idéntico sentido se pronunció también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 2000 (Ar. RJ 2000, 7975), también a propósito de una concesión administrativa otorgada por un Ayuntamiento para la construcción y mantenimiento de una estación de autobuses:

“Estas valoraciones permiten llegar a la conclusión que los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo están capacitados para completar el concepto jurídico indeterminado de la expresión «equilibrio económico de la concesión», que no puede ser entendido más que como la búsqueda, en la medida de lo posible, de una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, que deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles que en todo contrato de concesión está implícito y que persigue una honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige, lo que condiciona el concepto equivalencia comercial y ecuación financiera del contrato de concesión, por lo que debe mantenerse dicho equilibrio económico ...».”

En general, la obligación de mantener la «equivalencia honesta del contrato administrativo» que funda el derecho del contratista al perfecto restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como contrapartida de los poderes de la Administración, se ha afirmado expresamente en

¹⁰² ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Alcalá de Henares 1968.

¹⁰³ Además, atendiendo al principio de equidad y buena fe –STS de 27 de octubre de 2009– bien pudiera afirmarse que los hechos imprevisibles que, aun actuando con la debida diligencia, alteran la regla natural del reparto de riesgos rompiendo la causa del contrato original. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública.

diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que pueden citarse las de 9 de abril de 1968 (Ar. RJ 1968\3748), 22 de junio de 1970 (Ar. RJ 1970\3493), 6 de junio de 1975 (Ar. RJ 1975\3228), 8 y 27 abril, 25 mayo y 9 diciembre 1976 (Ar. RJ 1976\2324, RJ 1976\2407, RJ 1976\3018 y RJ 1976\5778), 30 de diciembre de 1983 (Ar. RJ 1983\6843), de 2 de diciembre de 1988 (Ar. RJ 1988\9451), 5 de octubre de 2004 (Ar. RJ 2004\7683), entre otras muchas.

Aceptando como inherente al concepto de riesgo operacional la idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica, la normativa plantea dudas que deberán ser resueltas en la trasposición (de hecho nuestra actual regulación no las resuelve) pues una deficiente regulación de los riesgos puede ser un impedimento –o sobrecoste financiero- a las inversiones que exigen este tipo de contratos. Debería concretarse a nivel legal los casos de *factum principis*, que, en mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad (TIR)¹⁰⁴. En consecuencia, la concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni modificado, lo que no impide –más bien lo contrario- el requilibrio financiero, pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, «*el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública*» (Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002)¹⁰⁵.

No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando al inversión afecta a la lógica sobre la que se

¹⁰⁴ Por supuesto no debe ser utilizada a favor de una gestión no adecuada de la concesionaria para retornar y recuperar los iniciales índices de retorno o de rentabilidad.

¹⁰⁵ Sobre este concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos es de especial relevancia el trabajo, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949, del profesor E. GARCIA DE ENTERRIA, "Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950, pp. 83-108.

planificó al inversión debería ajustarse el TIR¹⁰⁶. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior “judicialización”, con las incertidumbres que comporta). El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones –así como la RPA, en los casos de resolución- se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, si durante la ejecución del contrato *falla el reparto de riesgos pactado* por causas imprevisibles y no imputables a una falta de diligencia del concesionario¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Así se entiende en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 24/2013, sobre Restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión de obra pública.

¹⁰⁷ Teoría del riesgo imprevisible, introducida en Derecho francés por el Arret de Conseil d'État de 24 de marzo de 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*. En este supuesto, la sociedad concesionaria de dicho servicio estaba ligada al municipio de Burdeos por un pacto formal que, si bien preveía una correlación entre el precio del gas y el del carbón como materia prima, fijaba, sin embargo, un tope máximo que el precio del gas no podría rebasar en ningún caso. La guerra de 1914-1918 implicó un alza enorme en el precio del carbón, por encima de todo cálculo hasta el punto de que la compañía concesionaria se vio obligada a declarar que no podría seguir asegurando el servicio en tales condiciones si el municipio no venía en su ayuda. Llevado el asunto ante el Consejo de Estado, éste no sólo no condenó a la compañía concesionaria a continuar el suministro de gas al precio máximo establecido en la concesión, sino que tampoco admitió que el municipio pudiera rescindir el contrato. En lugar de ello, el Consejo de Estado declaró en el célebre *arrêt*, antes citado, de 30 de marzo de 1916, que el municipio de Burdeos estaba en el deber de seguir soportando a la compañía concesionaria y, más aún, en el de abonarle una indemnización capaz de compensarla del aumento del precio del carbón, a menos que ambas partes no prefiriesen celebrar un nuevo convenio acordando la elevación del precio de los suministros de gas a pagar por los usuarios. El tenor literal de esta importante decisión jurisprudencial, que abrió un camino nuevo en la contratación administrativa, expresa certeramente los términos concretos del conflicto que la teoría de la imprevisión trata de resolver, así como las condiciones precisas en que tal doctrina puede ser legítimamente aplicada. Resulta por ello obligado transcribir aquí uno de sus considerandos:

“Considerando que, como consecuencia de la ocupación por el enemigo de una gran parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, de la dificultad cada vez más considerable de transporte por mar en razón a la requisita de las naves hecha con motivo de la guerra marítima, ese alza sobrevenida en el curso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima de la fabricación del gas, ha alcanzado una proporción tal que no solamente tiene carácter excepcional, sino que entraña en la fabricación del gas un aumento que sobrepasa ciertamente los límites extremos de aumento que hubieran podido ser previstos por las partes en el momento de contratar; que como consecuencia del curso de las circunstancias indicadas, la economía del contrato se encuentra absolutamente trastocada; considerando que resulta de todo lo anterior que la compañía pretende no poder ser obligada a soportar ningún aumento de precio del carbón por encima de 28 francos la tonelada, siendo esta cifra, según ella, considerada como la correspondiente al precio máximo del gas, previsto en el mercado, y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple del “cahier de charges” (pliego de condiciones), como si se encontrase en presencia de un álea ordinario de la empresa; que importa, por el contrario, buscar para poner fin a estas dificultades temporales una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con ayuda de todos los medios de producción y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal; que a este efecto conviene decidir, de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio, la parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor más arriba descrita que la interpretación razonable del contrato permita dejar a su cargo; que hay lugar, en consecuencia, anulando la decisión impugnada, a reenviar a las

La responsabilidad patrimonial administrativa (RPA) es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión. La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto pues se diluiría el elemento del riesgo operacional¹⁰⁸.

Por ello, en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público se “limita” la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 y el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma cuando la resolución es imputable al concesionario (lo que puede suponer un valor cero)¹⁰⁹:

partes ante el Consejo de Prefectura, al cual corresponderá, si ellos no llegan a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las cuales la compañía podrá continuar el servicio, determinar teniendo en cuenta todos los hechos en causa, el montante de la indemnización, a la cual la compañía tiene derecho en razón a las circunstancias extracontractuales, en las cuales ha tenido que asegurar el servicio durante el período considerado”.

¹⁰⁸ Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En relación a cómputo déficit de las operaciones de APP se indica que: “*Propiedad económica y asignación del activo*”

20.283 Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.
b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.
c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.

e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador”. Estos dos últimos apartados, en especial en los casos de resolución por causa imputable al contratista parecen aconsejar una “limitación” de la RPA en los modelos concesionales, tanto de obra como de servicios, pues de lo contrario puede entenderse que se ha excluido la transferencia de riesgos y, en consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento. Así, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de RPA por incumplimientos o causas imputables al concesionario. Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, RAP núm. 194, 2014, 437-474.

¹⁰⁹ En todo caso, se entenderá que es imputable al concesionario la resolución del contrato cuando ésta obedezca a haber sido declarado aquél en concurso o insolvencia en cualquier otro procedimiento. Las concesiones que hayan sido adjudicadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley o cuyos expedientes de contratación se hayan iniciado con anterioridad a

Dice así el artículo 280:

“En los casos en que la resolución se produzca por causa imputable al concesionario, el importe de las obras e instalaciones a las que se refiere el párrafo anterior no podrá superar el valor de la concesión. En el supuesto de que la concesión fuese a continuar con un nuevo concesionario, el valor de la concesión vendrá constituido por el valor por el que se adjudique el nuevo contrato. En caso contrario, el valor de la concesión se determinará atendiendo a los resultados de la explotación en el último trienio”.

Si fuera resolución imputable a la Administración, la RPA desplegara sus efectos ordinarios: *“la Administración abonará al concesionario el importe de la inversión realizada por razón de la expropiación de los terrenos y de la ejecución de las obras e instalaciones que, realizadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.*

Esto significa que, con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública debe incorporar, en la lógica del principio del derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur*, la técnica del equilibrio financiero del contrato y, para supuestos de resolución, la RPA¹¹⁰. En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico¹¹¹.

No hay, en todo caso, una modificación de las condiciones de explotación, sino un ajuste de las mismas a una realidad fáctica o jurídica no prevista, que inaplica la regla del *pacta sunt servanda* (estar a lo pactado) y que obliga a, sin alterar la idea del riesgo, limitar éste cuando es claramente desproporcionado. Es, en palabras de M. Hauriou, un principio de justicia distributiva¹¹².

No puede existir, en palabras de M. FUERTES, riesgos sobre el riesgo. Por ello debe preservarse la regla del equilibrio financiero del contrato de concesión, que se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, lo que habilita el

dicha fecha, se regirán por la normativa anterior, es decir, no se verán afectados por la nueva regulación de la RPA.

¹¹⁰ José Luís VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura”, en libro colectivo (dirigido por Rafael Gómez-Ferrer Morant) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 525 y ss.

¹¹¹ Y es que como bien indicará el Conseil d’Etat francés «*Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión*” (Arrêt *Compagnie générale française des tramways*, de 21 marzo 1910).

¹¹² M. HAURIOU, “*L’imprevision el les contrats dominés par des institution sociales*”, en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1933, vol. 23, págs. 129 y ss .

«reajuste» de las contraprestaciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles incidan en la economía de la concesión¹¹³. No es posible, por ello, una interpretación formal o rigorista de este supuesto, ya que la no asunción por el concesionario del riesgo de la imprevisibilidad es un elemento básico del equilibrio contractual (Informe Junta Consultiva Contratación Administrativa de Aragón 24/2013). Es necesaria una interpretación teleológica y sistemática ex artículo 3 del Código Civil. Como ya se ha explicado, la jurisprudencia ha venido reconociendo la lógica del equilibrio del contrato, como elemento inherente al mismo, cuando elementos imprevisibles perturban el reparto de riesgos con un riesgo no previsto, ni previsible, que pone en serio peligro la economía del contrato en tanto existe una mayor onerosidad sobrevenida (STS de 15 de noviembre de 1986). Por lo tanto, puede afirmarse que el equilibrio económico financiero del contrato es un criterio rector en un contrato de gestión indirecta de servicio público, o de concesión de obra pública, de forma que los costos de inversión y gestión del servicio o de la obra puedan ser resarcidos con el margen de beneficio pactado mediante el cobro, entre otras posibles fuentes de ingresos, de las tarifas que abonarán los usuarios del servicio. Cuando el desequilibrio en la explotación de una concesión no es imputable al concesionario, y éste ha desarrollado una buena y ordenada administración, para amortizar el costo de establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial, se debe reequilibrar el contrato con el fin de mantener, en estas nuevas condiciones imprevisibles, la TIR incorporada al contrato.

Obviamente, en estos reajustes no pueden ser corregidos en beneficio del concesionario los parámetros económicos ofertados y pactados, como por ejemplo la TIR, en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación¹¹⁴. Así, es el

¹¹³ M. FUERTES, “Los riesgos del riesgo de explotación”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, pp. 197-239. Como indica ARIMANY LAMOGLIA, no puede negarse la posibilidad del ejercicio legítimo las potestades administrativas (y su incidencia en una concesión) respetando el principio de buena administración, pero, a su vez, no cabe descartar de raíz que, a causa de tal ejercicio, la Administración concedente tuviera que proceder a reequilibrar un contrato preexistente. Si la decisión es atribuible a la propia Administración que otorga la concesión, sostener que la previsibilidad del ejercicio de sus potestades la exime de reequilibrio en todo caso, es tanto como afirmar que una de las partes tiene la potestad, unilateral y libérrima, de incidir en la economía de un contrato preexistente, y adjudicado por ella misma, sin ninguna consecuencia económica. «El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Autopista Madrid-Toledo, AP-41», pág. 99.

¹¹⁴ Lo que impide, por ejemplo, ampliaciones de plazos (prorrogas) no pactadas, que diluyen el riesgo y alteran las reglas de concurrencia. Analiza con detalle esta cuestión J. ARGUDO GONZALEZ, “El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi* versus libre concurrencia”, Revista General Derecho Administrativo núm. 26, 2011. Como bien afirma “sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional sólo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el ínterin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación” (p.23). En términos similares la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos

principio de equivalencia de prestaciones en las concesiones el que aconseja permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados¹¹⁵.

Criterio o regla de reequilibrio también determinada en la legislación especial. Así, la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, regula el principio de reequilibrio concesional en el artículo 24, estableciendo que, cuando el Gobierno modifique por razón de interés público las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, afectando con ello al régimen económico-financiero de la concesión, se “procurará de nuevo el equilibrio (económico-financiero de la concesión) de modo que, considerando los parámetros objetivos previstos en el plan económico-financiero, resulten compensados el interés general y el interés de la empresa explotadora”¹¹⁶. Buen ejemplo de ello constituye el Real Decreto R.D. 2219/2004, de 26 de noviembre, por el que se adoptaron, en cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2003, medidas para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión, alterado como consecuencia de la aplicación del R.D. 429/2000¹¹⁷, de 31 de marzo, y en virtud del cual se prorrogaron las tarifas y peajes vigentes en las autopistas de peaje de titularidad de la Administración General del Estado. La mencionada Sentencia del Tribunal Supremo anuló este último RD y determinadas resoluciones del Ministro de Fomento, de 1 de abril de 2000, dictadas en su ejecución, y obligó al Estado, con la aprobación del RD 2219/2004, a compensar económicamente a las

acumulados *Marcello Costa* (C-72/10) y *Ugo Cifone* (C-77/10), afirma que “De los artículos 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípcas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.”

¹¹⁵ No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa. J.A. FUENTEAJA PASTOR, “Riesgo y ventura en la concesión de obra pública”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, 2004, p. 187.

¹¹⁶ Esta previsión fue introducida por el artículo 76 de la ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

¹¹⁷ Este RD estableció, por razones de interés público, la prórroga de las tarifas y peajes que se venían aplicando hasta que se aprobase el nuevo procedimiento de revisión de tarifas y peajes en sustitución del entonces vigente, previsto en el Real Decreto 210/1990, de 16 de febrero. Ese nuevo procedimiento se estableció por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y la aplicación temporal del régimen establecido en la disposición anulada dio lugar a la necesaria compensación.

concesionarias¹¹⁸ afectadas por la diferencia entre los peajes percibidos y los que hubieran resultado de la aplicación del procedimiento de revisión de tarifas y peajes previsto en el Real Decreto 210/1990, de 16 de febrero, desde el 1 de abril al 31 de diciembre de 2000, ambos inclusive, así como por los intereses devengados desde el punto medio del período considerado hasta el momento de percepción de la compensación que a cada uno le correspondía. Superado este periodo, y desde el 1 de enero de 2001, el nuevo procedimiento de revisión de tarifas sería el regulado en el artículo 77 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, cuerpo legal que parte de una congelación de tarifas durante el año 2000 prevista en el apartado primero de su disposición transitoria sexta.

En el fondo, esta obligación de reequilibrio se fundamenta en principios generales del Derecho administrativo como la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa, el derecho a la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Por ello, desde una interpretación teleológica se puede justificar que existe ruptura del equilibrio contractual, cuando "el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado" (tal y como lo califica el Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen de 26 de julio de 2001, número de expediente 1075/2001) con independencia de que "la gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración (*factum principis*), bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor", continúa afirmando el Consejo de Estado, lo que debe permitir el reequilibrio de la concesión, en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario, tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados¹¹⁹. En el mismo sentido, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Aragón, para la aplicación de la obligación de reequilibrio «*debe existir una desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada*» (Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, núm. 52/2013, de 30 de abril de 2013).

En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 (recurso de casación núm. 21/2008, Ar. RJ 2010\6245) ha admitido la técnica del reequilibrio

¹¹⁸ El Real Decreto anulado afectó a las concesiones de las autopistas Montmeló-La Jonquera, Barcelona-Tarragona, Montmeló-El Papiol y Zaragoza-Mediterráneo, concedidas a Autopistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Villalba-Villacastín-Adanero, concedida a Iberpistas, Sociedad Anónima, Concesionaria del Estado; Tarragona-Valencia, Valencia-Alicante y Sevilla-Cádiz, concedidas a Autopistas Aumar, Sociedad Anónima, Concesionaria del Estado; Bilbao-Zaragoza, concedida a Autopista Vasco-Aragonesa, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Ferrol-frontera portuguesa, concedida a Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; Burgos-Armiñón, concedida a Europistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima; León-Campomanes, concedida a Autopista Concesionaria Astur-Leonesa, Sociedad Anónima, y Málaga-Estepona, concedida a Autopista del Sol, Concesionaria Española, Sociedad Anónima.

¹¹⁹ No puede ser utilizado, en consecuencia, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, como señalan J.A. FUENTEAJA PASTOR, "Riesgo y ventura en la concesión de obra pública", Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 7, 2004, p. 187.

cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo –incidencia que se debe examinar desde la globalidad del contrato–, que no pueda entenderse comprendido en la estipulación general de asunción por el contratista del riesgo y ventura que está implícita en toda contratación de obra pública¹²⁰.

En todo caso, debe tenerse muy en cuenta los criterios que a tal efecto vaya acordando EUROSTAT, sobre tratamiento en las cuentas nacionales de la Asociaciones Público-Privadas, en la que se contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea, a través de su oficina estadística, para determinar en este tipo de relaciones dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para construirlos y mantenerlos, si en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado¹²¹.

La RPA funciona, pues, como un sistema legal de aseguramiento de riesgos, con la intención de favorecer las inversiones en los modelos concesionales y reducir la TIR. Permite, a priori, ajustar estos contratos al principio de mayor eficiencia en tanto puede favorecer mayor número de ofertas y mejor rentabilidad. Obviamente la RPA no debe servir para “corregir” la exposición al riesgo operacional de la oferta presentada (lo que quebraría los principios de transparencia e igualdad de trato inherentes a toda licitación pública)¹²².

Así, resulta muy conveniente que los aspectos económicos-financieros de los pliegos de al licitación se ajusten a la realidad y complejidad de la prestación, pues una inadecuada planificación financiera implica una mayor exposición al fracaso de la concesión, lo que perjudica no

¹²⁰ Conviene recordar, que si bien es cierto que el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato se inspira en el de abono al contratista de la prestación efectivamente realizada —bajo sanción de un enriquecimiento injusto o sin causa de la entidad contratante—, ese equilibrio juega en ambas direcciones, esto es, tanto si la alteración de las condiciones iniciales perjudica al contratista, como si perjudica a la entidad contratante

¹²¹ En especial la Decisión 18/2004, de 11 de febrero News Release 18/2004, que concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste, ni la financiación, de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas. New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships. La Oficina Estadística de la Comisión (Eurostat) es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar y verificar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (el sistema contable conocido como SEC-95). Además, este mismo organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los estados miembros. Según EUROSTAT para que al inversión en los activos vinculados a una fórmula de CPP no compiten como déficit público se han de dar las condiciones siguientes: a) que el socio privado (concesionario) soporte el riesgo de la construcción, y b) que este socio privado soporte igualmente al menos uno de los siguientes riesgos: disponibilidad o de demanda. Si se cumplen estas condiciones –acumulativas- los activos de la concesión y sus correspondientes pasivos figurarán en el balance de la sociedad concesionaria y por tanto, fuera del “perímetro” de déficit de la Administración Pública.

¹²² Me remito a mi trabajo “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 27-80.

solo a la empresa concesionaria, sino también a la propia Administración concedente. No solo porque pueda generar responsabilidad (aunque no sean supuestos frecuentes, sí pueden localizarse casos en los que se ha declarado judicialmente la responsabilidad patrimonial de la Administración por suministrar datos erróneos a un particular, existiendo un deber de información. Sería el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2004 (Ar. RJ 2005, 5588), relativa a la construcción de una pasarela peatonal sobre una autovía, realizada por el Ministerio de Fomento. Esa construcción dejaba sin visibilidad e impedía de facto la construcción de una nave destinada a la exposición y venta de automóviles en un solar que había sido adquirido con esa finalidad. La ejecución se hizo sin proyecto previo, lo que provocó que la futura construcción no se reflejase en la información urbanística solicitada en su momento al Ayuntamiento por el adquirente y generó la responsabilidad patrimonial del Ministerio), sino, sobre todo, porque entonces se produce un impacto financiero y presupuestario que se pretendió evitar con el sistema de concesión: habrá que pagar el coste de las inversiones y la operación se incluirá dentro del perímetro de endeudamiento, computando déficit (con las consecuencias derivadas de la lógica de la actual regla de estabilidad presupuestaria)¹²³.

Ello explica porque, al margen de ideologías, se buscan soluciones de “ingeniería jurídico-financiera” para evitar la aplicación de la RPA como consecuencia de una resolución.

Por ello, el diseño del pliego, con prudencia y realismo, es el mejor instrumento para preservar las reglas de la contratación pública. En esos casos, la RPA, como aseguramiento legal ante riesgos que conduzcan a una resolución, no supone una amenaza a los principios de libre competencia y coadyuva a un escenario de más y mejor competencia, en un sector tan estratégico como el de la colaboración público-privada mediante fórmulas concesionales¹²⁴.

¹²³ GONZALEZ-VARAS, S. recuerda que estos efectos presupuestarios son la clave de esta modalidad contractual dado que a la vez que se le exige eficacia a la Administración se le obliga a prescindir de modelos de endeudamiento público, lo que nos conduce ineludiblemente al fenómeno de la colaboración privada. “Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial en el ejercicio de funciones públicas”, Presupuesto y Gasto Público, núm. 45, 2006, p. 33. RUIZ OJEDA, A advierte del aparente contrasentido de estar ante infraestructuras que siendo dominio público, no están en el balance de la Administración titular sino del concesionario que soporta los riesgos. La concesión de obra pública, Civitas, Madrid 2006, p. 541.

¹²⁴ Los fundamentos de la colaboración pública privada (especialmente impulsada por las Instituciones de la Unión Europea) se pueden resumir en: a) las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado en Europa, b) consecución de mejor eficacia y eficiencia en la actividad privada al aprovechar de forma dinámica los conocimientos y metodologías del sector privado y c) nuevo papel del Estado en la prestación de servicios actuando como regulador. Resulta de interés la Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 2009 « Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada» COM(2009) 615 final. Se insiste en que la colaboración público-privada puede contribuir a la recuperación económica y al desarrollo sostenible de la Unión Europea (UE), considerando que, la combinación de capacidades y fondos públicos y privados es esencial en el contexto de la crisis económica. Si bien la Comisión es consciente de las dificultades de desarrollo de los proyectos CPP, puesto que implican importantes recursos financieros, una

Por último, insistir en que la técnica del equilibrio financiero del contrato no deberá ser utilizada cuando el problema tenga su causa en el estudio económico de viabilidad, que en muchos casos no existe, y que es el que presenta el contratista a licitación. Esta cuestión es clave, por cuanto al no existir estudio de viabilidad la administración desconoce los costes de explotación, las inversiones que debe realizar el contratista, y otros factores necesarios para determinar, en su momento, si la explotación del servicio es rentable o deficiente pese a los esfuerzos del contratista. Pero ello no justifica la alteración o modificación del pliego, en tanto la debida diligencia debida en estos procedimientos, y los principios de eficacia y eficiencia, son límites insoslayables en la ejecución de estos contratos, que, por lo demás, se encuentran sometidos a las normas contables de SEC 2010, con efectos, por tanto, sobre los datos de endeudamiento y déficit que podrían derivar de un “re-equilibrio Financiero” no debido.

4.- REGULACIÓN DE MODIFICACION DEL CONTRATO EN LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE 2014

La Unión Europea acaba de culminar un nuevo proceso de adaptación de la normativa de contratación pública (con fecha de publicación en el DOUE de 28 de marzo de 2014). Se trata de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas¹²⁵.

Son las Directivas, 23, 24 y 25 de 2014, de 26 de febrero, respectivamente, que vienen a superar la lógica “armonizadora” de sus predecesoras y optan, como señala G.A. BENACCHIO por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia¹²⁶. Son textos, por lo

experiencia y formación específica en el seno del sector público, disposiciones financieras complejas y compromiso a largo plazo por parte de las autoridades. Vid. T. BRUNETE, “Colaboración público-privada: presente y futuro”, en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 339-445.

¹²⁵ Vid. J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, J.A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 115 a 163; J.A. MORENO MOLINA, y P. DOMÍNGUEZ ALONSO, “El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública”, en la obra colectiva *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson, Cizur Menor, 2014, pp. 139-164; M.M. RAZQUIN, “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, RAP núm. 196, 2015, pp. 97-13. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II.

¹²⁶ Vid. “Verso le Direttive di quarta generazione”, en G.A. BENACCHIO/M. COZZIO *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, p. 8.

demás, de mayor “densidad” que sus predecesoras y se siguen observando parecidas deficiencias técnicas que complican la correcta adaptación de sus reglas a las normas nacionales¹²⁷. Pero a pesar de todo, en mi opinión, suponen un importante avance pues han de permitir replantear el modelo teórico y práctico de la legislación de contratación¹²⁸.

La revisión (que no mera actualización) de las Directivas sobre contratación pública se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica¹²⁹.

Estas Directivas entraron en vigor a los 20 días de su publicación, con un plazo de transposición de dos años. Así, desde su entrada en vigor, estas Directivas europeas han tenido valor interpretativo¹³⁰.

¹²⁷ Especialmente crítico, también con el Derecho de la Unión Europea, se manifiesta J. SANTAMARIA PASTOR, “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública” *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 159, 2013, p. 35.

¹²⁸ Me remito a mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

¹²⁹ El ‘Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública

(http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

¹³⁰ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, REDA núm. 172, 2015, pp. 81-122. Esta “anticipación jurídica”, con valor interpretativo, ha sido admitida por el propio TJUE, en la Sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (asunto C-470/13), apartado 37. Tesis aplicada por la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 25 de febrero de 2015 (recurso 0000463 / 2013) y el Acuerdo del Tribunal administrativo de Contratos Públicos de Aragón 60/2015, de 15 de mayo, que, sobre la doctrina *Adeneler*, recuerdan la vigencia de las nuevas Directivas y sus consecuencias prácticas. Solo así se garantiza un efecto útil del Derecho de la Unión europea que es, por supuesto, de obligado conocimiento por cualquier operador jurídico. En todo caso, el valor interpretativo no puede servir para forzar una interpretación distinta de lo que se pretendía en la norma. Así lo ha advertido la Sentencia de 7 de abril de 2016, *Partner Apelski Dariusz y Zarzad Oczyszczania Miasta* (asunto C-324/14), que reconoce que el artículo 63 de la Directiva 2014/24/UE no sigue la línea continuista del artículo 48.3 de la Directiva 2004/18/UE.

a) La regulación de la modificación contractual en las nuevas Directivas de contratación pública.

Una importante novedad en la Directiva sobre contratación pública es que, junto a otras cuestiones propias de los efectos de los contratos (incluidas en el Capítulo IV denominado ejecución del contrato), se regula como elemento de las reglas de adjudicación del contrato las incidencias de la ejecución del mismo que obligan a una modificación del mismo. Regula así los supuestos en que podrá darse por válida una modificación sin que sea necesaria una nueva licitación. Y abre la posibilidad al control de esta potestad mediante los instrumentos de las Directivas “recursos”.

La nueva regulación encuentra su fundamento en la citada Sentencia de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, y en la jurisprudencia posterior que, como ya se ha visto, pretende que *“todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”*.

La nueva normativa europea, quizá de una manera confusa, intenta fijar los límites y reglas que pueden amparar un modificado en un contrato público. La nueva regulación supone cierta innovación sobre la doctrina del TJUE en la materia¹³¹. Así, es necesaria cierta precaución en su concreta interpretación, limitada por el respeto a los principios de toda contratación pública y, en especial, el de igualdad de trato¹³².

La regla general es que se prohíbe cualquier modificación que suponga la alteración del contenido sustancial (no se utiliza la palabra esencial) del contrato, en cuyo caso será necesario una nueva licitación (artículo 72). Con intención de aportar seguridad jurídica, se indica, en el apartado 4, en que casos se considera que existe una modificación sustancial -lo que obligaría a una nueva licitación- cuando:

a) la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de

¹³¹ Lo advierte también X. CODINA GARCIA-ANDRADE, al afirmar que el régimen es más flexible que el existente hasta ahora, lo que permite mayor margen de discreción a las entidades adjudicadoras. “Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas Directivas”, REDA *núm.* 163, 2014, pp. 297 y 298). Igualmente, S. DIEZ SASTRE opina que la regulación de la propuesta de Directiva parece haberse planteado de forma generosa con la posibilidad de modificar los contratos, cuando, considera que podría haberse esperado una regulación más restrictiva. «La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública», www.obpc.es.

¹³² Vid. Sobre esta regulación, con más detalle, J. M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., pp. 169-188; I. GALLEGU CORCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública” en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167 y J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, 2015, pp. 65-89

candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la adjudicación del contrato a otro licitador;

b) la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista;

c) la modificación amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente.

d) la sustitución del socio contratista (salvo los casos de sucesión total o parcial por reestructuración empresarial en tanto se respeten los principios de la licitación).

En consecuencia, las modificaciones de un contrato serán posibles si no afectan al contenido esencial. Y la Directiva prevé varios supuestos:

a) cuando hayan sido previstas en la documentación de la contratación, en opciones o cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. En dichas cláusulas se indicará el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que podrán aplicarse. Es decir, se habilita la regla de que los modificados convencionales podrán alterar el mismo, con el límite de que no se altere la naturaleza global del contrato (lo que debe entenderse como límite a cambios de objeto o de un importe desproporcionado)¹³³. La reconocibilidad de la prestación de origen ha de ser, sin duda, un parámetro interpretativo de referencia¹³⁴.

b) Que no sea factible la opción de cambiar de contratista por existencia de razones económicas o técnicas vinculadas al procedimiento inicial o genere inconvenientes o costes excesivos. En todo caso, con el límite del cincuenta por ciento del valor inicial del contrato.

c) Cuando con la debida diligencia no se han podido prever las nuevas condiciones y no se altera la naturaleza global del contrato.

d) Casos de sucesión o cesión de contratistas.

e) Modificaciones no sustanciales.

Hasta aquí puede afirmarse que el diseño normativo no resulta del todo coherente con la doctrina del TJUE (que, en principio, seguirá siendo el principal parámetro interpretativo). Parece reconocerse, *ex lege*, los supuestos de modificación por imprevisibilidad hasta el cincuenta por ciento del contrato y siempre que no se afecte al contenido esencial. Se abre un peligroso portillo

¹³³ Para J.M. BAÑO LEON, la alteración de la naturaleza global es un concepto equivalente al de modificación sustancial del contrato. "Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos", *Anuario de Derecho Local*, 2012, p. 144. En todo caso, se altera la naturaleza global de la contratación, «por ejemplo, si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el «tipo de contratación» o «el tipo de la concesión» (Considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE.)

¹³⁴ Ha desaparecido la previsión que se contenía en el proyecto de que nunca será posible una modificación cuando la modificación tenga por objeto subsanar deficiencias en la ejecución del contrato por el contratista o sus consecuencias, que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales; o cuando la modificación tenga por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista (artículo 72.7).

que ha de generar dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al necesario principio de seguridad jurídica y que exige una labor interpretativa conforme a los principios de la contratación pública, con el fin de evitar que sirva de subterfugio a prácticas clientelares o mal diseño del contrato. Lo mismo cuando -concepto jurídico indeterminado- existan motivos económicos, técnicos o de inconveniencia.

Obviamente, la imprevisión –se debe insistir- debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia¹³⁵, en tanto, como bien recuerda la referida STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta* “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apdos. 116-118)-. Así, las nuevas necesidades, en tanto no obedecen al criterio de imprevisibilidad, deberán ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial (naturaleza global) del contrato. Y ese límite resulta infranqueable.

Casi idéntico régimen se contiene en la Directiva de Concesiones que regula en única disposición y para cualquier modalidad de concesión –artículo 43- el concepto de modificación, requisitos de procedencia así como los límites de aplicación¹³⁶. Por ello, la regulación suscita las mismas críticas ya apuntadas que, en este marco de concesiones, todavía son más sensibles¹³⁷. La interpretación deberá coherente con los principios e intereses en juego, evitando una alteración indebida de las reglas de competencia.

Interesa destacar que la Directiva sobre contratación pública establece la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego (artículo 72.1, último inciso)¹³⁸. Esta obligación

¹³⁵ Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. Cit, p 1035.

¹³⁶ Los considerandos 34 a 37 de la propuesta de Directiva introducían interesantes elementos explicativos (por ejemplo, precisión del concepto “circunstancias imprevistas”) que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar dichas reglas. Vid. X. LAZO VITORIA, “La propuesta de Directiva de concesiones: rasgos fundamentales”, publicado en www.obp.es, 23 de marzo de 2013. *Ibidem*, “Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 129, 2014, pp. 44-55.

¹³⁷ Vid. E. LOPEZ MORA, “La futura regulación de la modificación los contratos de concesión durante su vigencia”, publicado en www.obcp.es, 28 de enero de 2013. En su opinión, se debe criticar el hecho de no haber sabido aprovechar la oportunidad para particularizar el límite cuantitativo de las modificaciones en función del contrato o concesión en proporción a la magnitud y duración del contrato en cuestión.

¹³⁸ Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que ex artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado –independientemente de su importe- y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Vid, M.A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de

obligara a replantear la actual situación en España en virtud de la interpretación que se está dando a la redacción del artículo 40 TRLCSP, que excluye de la posibilidad de recurso especial a los actos de modificación¹³⁹:

«Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación»¹⁴⁰.

La interpretación no ha sido uniforme, tanto por las dudas que sugiere su redacción como por la propia negación a este recurso de fundamento comunitario. Así, Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya se pronunció al señalar en su guía de procedimiento para la tramitación del recurso especial en materia de contratación que *«...Son impugnables... los actos de trámite siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos... En particular, a título de ejemplo, las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal -por ejemplo, los encargos de ejecución a medios propios o los modificados que no cumplen los requisitos legales-...»¹⁴¹.* Además, la modificación de la normativa autonómica aragonesa sobre contratos públicos (Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, modificada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), introdujo una nueva disposición (artículo 12.bis) que, tras señalar la obligación de publicitar los acuerdos de modificación de los contratos, señala expresamente la posibilidad de interponer recurso contra tal acuerdo de modificación:

«...Artículo 12 bis. Publicidad de los modificados.

1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en todo caso, en el Boletín Oficial y perfil en que se publicó la

ejecución de los contratos públicos”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, ob. Cit., pp. 203-210.

¹³⁹ Contrario a la posibilidad de recurso especial se posiciona P. CALVO RUATA, al considerar que contrario al recurso especial: “lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial esta concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en fase de preparación y adjudicación. Pero además, porque la concreción de la modificación cuando esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego conlleva que si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori”. “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, ob. Cit., p. 407.

¹⁴⁰ Como bien explica M.A BERNAL BLAY, dicha «aclaración» no se encontraba en el Proyecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, sino que fue introducida en el texto al ser aprobada la enmienda nº 31, planteada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista. Resulta sorprendente, cuando menos, la justificación ofrecida para ello. “El control sobre la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 1 de septiembre de 2011.

¹⁴¹ Esta guía se encuentra disponible en la web del Tribunal de Aragón: http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal_admvo_contratos/Guia_procedimiento_recurso_especial_TRLCSP.pdf

adjudicación, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.

2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales...»

La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales¹⁴², así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal¹⁴³. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados¹⁴⁴.

Esta opinión, favorable a la recurribilidad de los acuerdos de modificación de los contratos públicos no es, sin embargo, unánime. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se ha pronunciado sobre la cuestión en sentido contrario, hasta en dos ocasiones, en el mes de junio de 2011. En su Resolución 17/2011, de 8 de junio, el Tribunal Madrileño concluye que «de acuerdo con la regulación del artículo 310 de la LCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, en relación a los

¹⁴² Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, "La transparencia en la modificación de los contratos públicos", en www.obcp.es, 8 de octubre de 2012.

¹⁴³ El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que «II. *Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos.*»

¹⁴⁴ La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en si mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que esta juega la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: "Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «*ius variandi*»".

contratos sujetos al Derecho comunitario, los actos del procedimiento de licitación son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, mientras que cuando se trata de actos de ejecución del contrato (modificación, resolución, desistimiento posterior o cualquier otro) cabe el régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa». La misma opinión confirmaría más tarde, en su Resolución núm. 30/2011, de 29 de junio, en la que se inadmite un recurso especial planteado contra la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de establecimiento es inferior a 500.000 euros, pero cuya adjudicación se propone a una empresa que contempla una inversión superior a dicha cifra. El Tribunal razona que «no cabe interpretar que como consecuencia de la adjudicación, una vez superado el umbral, a partir de ese momento cabe el citado recurso y por tanto ahora sería competente este Tribunal cuando no lo ha sido para controlar los actos anteriores. El mayor importe derivado de la mejor oferta del adjudicatario afectará a una fase posterior, que es la de ejecución del contrato, que no está sujeta al control de los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación».

Pero esta discusión sobre la exclusión de los «modificados» del ámbito objetivo del recurso especial, con la nueva regulación que se propone en la Directiva, queda ahora superada. Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración¹⁴⁵. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, Cfr. apdo 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial¹⁴⁶. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad¹⁴⁷. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterios funcionales relacionados con la causa del contrato.

¹⁴⁵ Vid. las oportunas reflexiones al respecto de I. GALLEGO CÓRCOLES «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, nº 113 (2011), p. También. M.A BERNAL BLAY, «Reflexiones sobre el régimen de ejecución...», ob. Cit., pp. 203-208.

¹⁴⁶ Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101.. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

¹⁴⁷ Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM

Por lo demás, si como gráficamente indicaba J. COLÁS TENAS la «era del reformado» había terminado, no tiene sentido excluir del ámbito del recurso especial en materia de contratación el control sobre el cumplimiento de los nuevos requisitos establecidos¹⁴⁸.

b) Las consecuencias de la no incorporación en plazo de las Directivas de contratación pública

Estas exigencias de las Directivas no han sido transpuestas en plazo al ordenamiento jurídico español. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Directiva de concesiones, 90 de la Directiva de contratos y 106 de la Directiva de Sectores excluidos, el plazo de transposición de las mismas concluye el 18 de abril de 2016. El Estado Español optó por realizar la transposición mediante la aprobación de una nueva ley de contratos del sector público¹⁴⁹, cuyo Anteproyecto fue sometido a informe del Consejo de Estado

(2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)

¹⁴⁸ J. COLÁS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, REDA núm. 153, 2012, pp. 253-276.

¹⁴⁹ Esta forma de transposición comporta problemas tanto en el cumplimiento de plazos, como de contenido (me remito a mi trabajo “La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional”, Noticias UE núm. 267, 2007, pp. 61-67). Interesa recordar la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo) en la que se advierte que, debido a la falta de rigor en la transposición de las Directivas relativas al mercado interior por parte de los Estados miembros, la Comisión les recomienda que adopten mejores prácticas para una transposición correcta y dentro de los plazos establecidos. En la línea de la Recomendación de la Comisión, conviene apuntar soluciones de técnica legislativa. Si la transposición requiere un acto de los Estados miembros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitiera una rápida reacción y que lo distinguiera de los trámites legislativos ordinarios.

Una opción, siguiendo el modelo de derecho comparado, podría consistir en que la incorporación al derecho nacional se hiciera mediante acto o resolución de un órgano especializado. En esta línea, el profesor L. MARTIN-RETORTILLO (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, pp. 186-187) ha propuesto crear una especie de Gabinete de Vigilancia que avise al gobierno y Parlamento de la existencia de sentencias condenatorias -y entiendo que del efecto directo de las normas y de contravenciones de normas estatales de derecho comunitario en sus distintas variantes- que bien podría descansar en el Ministerio de Justicia o en el Consejo de Estado. Esta última propuesta es ciertamente sugerente y bastaría con una reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, encajando con las funciones inherentes a este órgano constitucional. También podría pensarse en atribuirse esta función a la Comisión Mixta para la Unión Europea, creada por Ley 8/1994, de 19 de mayo, dado que el objetivo específico de esta Comisión es participar en las propuestas legislativas de la Comisión Europea y en el seguimiento del derecho comunitario por autoridades nacionales. También podría optarse por adoptar medidas en el plano de política legislativa (como tienen en otros Estados: Por ejemplo, en Italia mediante Ley anual de transposición de normas comunitarias o en Reino Unido mediante decisión del Gobierno dando cuenta al Parlamento), que obligarían, eso sí, a una reforma constitucional. Otra opción (propuesta de G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, pp. 236-237), sería prever un procedimiento específico de transposición de las Directivas que fueran similar a la técnica de la delegación legislativa recepticia contenida en los artículos 82 a 86 de nuestra Carta Magna, de tal manera que una Directiva se considerase como una ley de bases con un plazo para aprobar el correspondiente Real Decreto legislativo

que lo ha emitido con fecha 10 de marzo de 2016 (Dictamen 1116/2015)¹⁵⁰. Sin embargo, la situación política del momento evidencia la imposibilidad del cumplimiento de los plazos de transposición, pues los trámites legislativos, todavía no iniciados, no son breves. Ante esa situación, el 18 de abril se “abre” un nuevo escenario jurídico caracterizado por el efecto directo de las Directivas de contratación pública¹⁵¹. Cuestión no ajena a lo que puede suceder en otros países¹⁵².

Las Directivas, por tanto, en lo que sea claro, preciso e incondicionado desplegarán efecto directo¹⁵³. La STJUE de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*,

idéntico al plazo de transposición de la Directiva, estableciendo la plena eficacia de esa “Ley de Bases Comunitaria” -coincidente con la Directiva- caso de vencerse el plazo de mandato. Desde esta perspectiva se cumpliría siempre en plazo con el derecho comunitario, sin necesidad de aplicar la doctrina del efecto directo.

¹⁵⁰ El Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016 en relación al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público recuerda, sobre esta cuestión, que “El incumplimiento del citado plazo puede comportar la incoación por parte de la Unión Europea del correspondiente procedimiento sancionador. Ahora bien, en virtud de una práctica de uso, la Comisión no lo hace cuando se ha culminado el procedimiento interno de elaboración de la norma de incorporación, lo que, en el caso español, se considera producido al emitir su dictamen este Cuerpo Consultivo”.

¹⁵¹ Sobre esta cuestión versaba mi ponencia “Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones”, VI Seminario de Contratación Pública, Formigal, septiembre de 2015 (disponible en www.obcp.es) así como mi intervención en el Congreso Internacional sobre Contratación Pública “Los retos de la trasposición al Derecho español de la nueva Directiva europea 2014/24/UE y las principales novedades del Derecho comparado sobre contratos públicos”, celebrado los días 21 y 22 de enero de 2016. Sobre este Congreso puede consultarse la Crónica elaborada por Anabel Peiro Baquedano, publicada en Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 143, 2016. Igualmente me remito a mi trabajo “La transposición de de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. consecuencias prácticas”, próxima publicación en Revista Galega Administración Pública, 2016 (conferencia “El efecto directo de las directivas de contratación pública tras la finalización de su plazo de transposición”. Universidad Santiago de Compostela/FEGAMP, 1 de abril de 2016).

¹⁵² En la doctrina italiana reciente se trata también esta cuestión. Me remito a los trabajos de Giulio VELTRI, “In house e anticipata efficacia della direttiva 2014/24/UE (Consiglio di Stato, sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298 655; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660)” en Revista Urbanistica e appalti, núm. 6, 2015, pp. 655-676, y Davide DIVERIO, “Qualche riflessione intorno all'efficacia della direttiva servizi negli ordinamenti degli stati membri e al suo rapporto con il TFUE”, en la Revista Il Diritto del commercio internazionale, 2015, 4, pp. 983 – 1003.

¹⁵³ Para facilitar la labor de los gestores los órganos de recursos contractuales de España han elaborado un documento sobre *El efecto directo de las Directivas contratación pública en España* (que se ha difundido a través www.obcp.es). Igualmente, sobre el efecto directo, conviene reseñar la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66 de 17 de Marzo de 2016). En esta Recomendación se analiza los antecedentes, el efecto directo en las Directivas comunitarias y una serie de instrucciones que dividen en dos secciones. En el documento se desglosan las recomendaciones por tipología de contrato sujeto a regulación armonizada y las aplicables a todos los contratos sujetos a regulación armonizada. Asimismo, se ha analizado esta cuestión del efecto directo en el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a los “Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de

ya declaró que *necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria*. Criterio asumido en la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GMBH*, al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que “*son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665*”¹⁵⁴.

Interesa recordar, de forma más específica, la doctrina de la STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel contra Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, sobre la aplicación directa de la Directiva 92/50/CEE, considera de aplicación directa:

“44. A este respecto, procede señalar desde un primer momento que las disposiciones del Título I, relativas al ámbito de aplicación material y personal de la Directiva, y del Título II, relativo a los procedimientos aplicables a los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en los Anexos I A y IB, son incondicionales y suficientemente precisas para ser invocadas ante un órgano jurisdiccional nacional.

medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo”¹⁵³, y en el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, relativa a “*Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión*”.

Por último, conviene indicar la Resolución de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública. Esta Recomendación tiene por objeto tanto facilitar a los órganos de contratación la aplicación del artículo 59 de la Directiva de contratación pública y del Reglamento (UE) n.º 2166/7, como ayudar a las empresas interesadas a cumplimentar correctamente el formulario normalizado del DEUC según ha quedado éste aprobado por el citado Reglamento comunitario.

¹⁵⁴ Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, “cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos”. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario europeo penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008 (Ed. J. M. Gimeno), Zaragoza, 2008, pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C -165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en la LCSP.

45 *En virtud de los artículos 8 a 10, que forman parte del Título II, las entidades adjudicadoras están obligadas, de manera incondicional y precisa, a adjudicar los contratos públicos de servicios con arreglo a procedimientos nacionales de conformidad con lo dispuesto en los Títulos III a VI en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I A y con arreglo a los artículos 14 a 16 en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I B. El artículo 14 constituye el Título IV, mientras que el artículo 16 figura en el Título V”.*

La jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de “evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”.

Y a estos efectos, como bien ha advertido la STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás* (asunto C-425/12, en especial apartados 22 y siguientes), los poderes adjudicadores deben considerarse como “Estado”. Y también los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares¹⁵⁵, siempre que, como bien ha explicado la STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás*, “que dicho servicio de interés público se preste bajo el control de una autoridad pública y que la citada empresa disponga de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (véase, en este sentido, la sentencia *Rieser Internationale Transporte*, antes citada, apartados 25 a 27)”¹⁵⁶.

En consecuencia, los preceptos de las Directivas de contratación pública de 2014 que sean claros, precisos e incondicionados desplegarán efectos jurídicos de obligada aplicación por los operadores jurídicos y, por ello, serán parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Sentencias TJUE Foster y otros, apartado 20; de 14 de septiembre de 2000, *Collino y Chiappero*, C-343/98, apartado 23; de 5 de febrero de 2004, *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02, apartado 24; de 19 de abril de 2007, *Farrell*, C-356/05, , apartado 40, y sentencia de 24 de enero de 2012, *Dominguez*, C-282/10)

¹⁵⁶ En todo caso, como señaló el Abogado General en sus conclusiones del caso *Portgas*, el mero hecho de que una empresa privada concesionaria exclusiva de un servicio público forme parte de las entidades a las que se refiere expresamente el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 93/38/CE no lleva aparejado que puedan invocarse contra esa empresa las disposiciones de dicha Directiva (efecto directo vertical). Habrá que acreditar que el Estado dispone sobre la mercantil de un control y unas facultades exorbitantes (de acuerdo con una definición funcional de empresa).

¹⁵⁷ La STJUE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. Vid., por todos, J.M. TRAYTER, “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, RAP núm. 125, 1991, pp. 188 y ss. Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO, de los

Y sin duda tiene efectos el régimen de modificaciones contractuales (artículo 72 y 43 respectivamente). Preceptos que deberán ser aplicados con referencia a la jurisprudencia del TJUE que sigue siendo el parámetro de enjuiciamiento de tal posibilidad (que no *ius variandi*) y que limita a los casos estrictamente necesarios para preservar el propio contrato sin alterar su causa o contenido sustancial. También resulta de efecto directo la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego (artículo 72.1, último inciso). Posibilidad ya reconocida por la STJUE de 8 de mayo de 2014, Ildrodinamica, Asunto C-161/13, que pretende generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal¹⁵⁸. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados¹⁵⁹. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GMBH*, Cfr. apdo 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del

imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo (“La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos”, Revista andaluza de administración pública, núm. 7, 1991, págs. 9-38).

¹⁵⁸ El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que «II. *Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos.*»

¹⁵⁹ La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «*ius variandi*» en la medida en que esta juega la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: “Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «*ius variandi*»”. Este criterio es defendido por J.M. BAÑO LEON, “ Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general de los contratos públicos”, *Anuario de Gobierno Local* 2012, IDP, Barcelona, 2013, pp. 148-151.

objeto de recurso especial¹⁶⁰. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad¹⁶¹. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterios funcionales relacionados con la causa del contrato.

También tendrán efecto directo las previsiones que sobre rescisión (Directiva de contratación pública) y resolución (Directiva de concesiones). Muy especialmente tiene interés la previsión del artículo 44 la Directiva de concesiones, que establece unos límites a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues se desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de las prerrogativas públicas exorbitantes. Esto implica, como ya he explicado, que la resolución de concesiones es un claro ejemplo donde el efecto directo limitará la posibilidad de extinguir un contrato por rescate, pues parece establecer un número cerrado de causas de resolución¹⁶². El interés público -al igual que sucede con la modificación contractual- ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. No significa que no pueda rescatarse si existe un claro interés público. Pero el rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y principios de esta potestad¹⁶³.

Además, la decisión de rescatar podrá ser controlada -en tanto cuestión contractual- por los órganos de recursos contractuales competentes, pues tras el 18 de abril de 2016, se amplía el ámbito del recurso especial a estas cuestiones (deja de ser un recurso precontractual). Y al ser norma de contenido procesal, se aplicará la regla vigente al momento de dictar el acto (en este

¹⁶⁰ Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (*La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, La Ley, Madrid, 2011, 101. Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

¹⁶¹ Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)

¹⁶² Vid. J.M. GIMENO FELIU, "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núms. 58/59, 2016, pp. 50-71.

caso, de resolución)¹⁶⁴. Así, junto a la posibilidad de suspensión de la decisión –lo más probable, desde la lógica de funcionamiento del recurso especial– el Tribunal administrativo podrá valorar si el rescate –como fórmula de resolución– resulta conforme a las nuevas exigencias de la concesión.

La opción de rescate de concesiones debe, en definitiva, reinterpretarse conforme a lo dispuesto por la Directiva de concesiones de 2014 y los principios europeos de contratación pública (junto con el de confianza legítima, que obliga, como regla general, a estar a lo pactado)¹⁶⁵. Y en tanto no se produzca la efectiva incorporación al ordenamiento nacional, deberá respetarse el efecto directo de la Directiva, en tanto previsión clara e inequívoca.

Por supuesto, y desde la coherencia del modelo, el contenido “armonizado” que se propone en las Directivas de 2014, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública¹⁶⁶. Esto significa que los principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no “armonizado”, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral¹⁶⁷.

¹⁶⁴ La diferencia entre normas sustantivas y procesales respecto al régimen transitorio de la aplicabilidad de las nuevas normas es, por lo demás, clásica en nuestro ordenamiento jurídico, como convincentemente razona la recurrente, desde la Transitoria cuarta del Código Civil, siguiendo con las Transitorias de la LEC y de la LJCA. El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de noviembre de 2012 (recurso 1085/2011) ha admitido al directa aplicación de normas procesales en materia de contratación pública. Para ello parte de la necesaria distinción entre normas sustantivas y procesales y afirma que la disposición transitoria de la ley 15/2010 sólo se refiere a las normas sustantivas (“falta en la ley una transitoria rectora del régimen temporal del nuevo procedimiento jurisdiccional”).

¹⁶⁵ Sobre los efectos y requerimientos del principio de confianza legítima conviene recordar la jurisprudencia TJUE: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961, *SNUPAT contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asuntos acumulados C-42/59 y C-49/59, y de 13 de julio de 1965, *Lemmerz-Werke GmbH contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, asunto 111/63.

¹⁶⁶ No en vano, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) insistía en esta interpretación. Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

¹⁶⁷ Vid. el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J.M. BAÑO LEON, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de

Los objetivos de las nuevas Directivas –y los principios que las inspiran¹⁶⁸– deben servir de modelo general para toda la contratación pública¹⁶⁹. Es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCIA, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo¹⁷⁰.

5.- EL FUTURO DE LA REGULACION DE MODIFICADOS EN ESPAÑA: LA OPCION DEL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO

El Estado Español inició los tramites de transposición antes de la aprobación definitiva de las Directivas, mediante la creación de un grupo de expertos (GELEC) que se constituye en enero de 2014, con dirección del Director General Patrimonio. Este grupo, tras un año de trabajo, presentó un primer documento definitivo en enero de 2015, iniciándose la tramitación formal para su presentación como proyecto de Ley. El Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 aprobó el Informe sobre los Anteproyectos de modificación de la legislación de contratos públicos en España. El comunicado oficial informe que con esta norma se pretende incorporar a la legislación española el paquete de Directivas Comunitarias de Contratación Pública y tiene como objetivos primordiales mejorar la transparencia y la competencia en la contratación, así como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos¹⁷¹.

infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

¹⁶⁸ Sobre el concreto significado y consecuencias de estos principios me remito a las monografías de J. A. MORENO MOLINA *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006 y C. VIANA, *Os principios comunitarios na contratação pública*. Coimbra Editora, 2007.

¹⁶⁹ Vid. X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, “La doctrina de las obligaciones positivas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la contratación pública: arquitectura constitucional europea y nuevas Directivas”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 50, 2014, pp. 73-101.

¹⁷⁰ Ricardo ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, 2008, pp. 385-410.

¹⁷¹ Mediante Disposición Adicional se determina el criterio de atribución competencial. De la lectura de este precepto -al margen de que sea constitucionalmente discutible el sistema de lista para determinar lo básico en favor del Estado (la Ley 31/2007, de 30 de octubre, no sigue por lo demás este modelo)- pudiera desprenderse la opinión del escaso margen de maniobra competencial de las Comunidades Autónomas. Visión en modo alguno correcta ya que esta Disposición TRLCSP exige una interpretación desde la perspectiva de los marcos estatutarios vigentes (y no a la inversa ya que el Estatuto tiene una indiscutible función constitucional). El núcleo duro de las normas que merecen el calificativo de lo básico de la contratación pública son las disposiciones generales, los elementos estructurales y los procedimientos de selección y adjudicación de contratos (materias, que, por cierto, tienen directo fundamento comunitario). También serán básicas las normas que regulan el régimen jurídico de los contratos calificados como administrativos. Así, por contra, no tendrán carácter de básico en modo alguno las cuestiones de organización administrativa y de gestión contractual (incluyendo las relativas a preparación del contrato ligadas a éstas). Ciertamente, a partir de la competencia estatal exclusiva sobre la legislación básica de contratos, se reconoce a las Comunidades Autónomas la de dictar normas de desarrollo en el espacio definido por aquellas (STC 68/1988, de 19 de abril) y su ejecución. conviene abordar el alcance de esta competencia exclusiva del Estado sobre contratación y concesiones administrativas. J SANTAMARÍA (*Comentarios a la Ley Orgánica de Reintegración y*

Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, MAP, Madrid 1992, pp. 521-522) ha señalado la heterogeneidad del concepto de contratos administrativos, que incluye materias con títulos competenciales diferentes. Los aspectos organizativos de la contratación y clasificación de los contratistas corresponderían a la competencia de organización administrativa. La regulación de los contratos de entes instrumentales privados es competencia referida a organización del sector público. Los aspectos procedimentales respecto a la elaboración de proyectos, selección de contratistas y recepción de obras tendrían como título competencial el de los procedimientos administrativos. Sólo las normas sustantivas contractuales para las Administraciones Públicas, como las relativas a la capacidad para contratar, el precio y la formalización y ejecución del contrato, estarían amparadas en el apartado de contratos y concesiones administrativas a que se refiere el artículo 149.1. 18 CE. El Tribunal Constitucional asimila el contenido básico a los principios y garantías comunitarios, que implica para la Comunidad Autónoma el deber de adecuar su competencia a los mismos, al transponer la normativa, lo haga o no el Estado por medio de leyes de bases. Sobre todo, si consideramos en cuenta que las Directivas son normas de resultado, como se desprende de su propio contenido y alcance normativo, fundamentadas en unos principios que, por su parte, debe asumir la legislación básica estatal. Por tanto, a efectos del ejercicio de la competencia propia de la Comunidad Autónoma, su referencia sustancial son los principios y objetivos del Derecho comunitario que son, a su vez, los principios de la legislación básica estatal.

Nada cuestiona esta interpretación la reciente STC 56/2014, de 10 de abril, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad y que contiene doctrina en materia de reparto de competencias entre Estado y CCAA sobre contratos administrativos, a la vez que declara la nulidad de la ley cántabra que excepciona la prohibición de pago aplazado. En esta sentencia se afirma que “En lo que concierne al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la materia «contratos administrativos» aparece diferenciada en el artículo 149.1.18 CE, aunque forme parte del amplio haz de competencias recogidas en el mismo precepto constitucional, que tienen diverso alcance y naturaleza, y cuya heterogeneidad impide un tratamiento unívoco (STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 11). Regida así la legislación sobre contratos administrativos por un título competencial específico, esta circunstancia por sí sola impide aceptar la operación de subsunción en otros ámbitos competenciales que propone el Gobierno de Cantabria. Según la doctrina de este Tribunal, recapitulada en la STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 5: «desde un principio, venimos manteniendo que en materia de delimitación de competencias la regla de más amplio alcance debe ceder ante la regla más especial» [SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 6; 87/1985, de 16 de julio, FJ 8; 87/1989, de 11 de mayo, FJ 3 a); y 193/1998, de 1 de octubre, FJ 1]. O, lo que es lo mismo, que el título específico ha de prevalecer sobre el genérico (SSTC 48/1988, de 22 de marzo, FJ 2; 49/1988, de 22 de marzo, FJ 11; y 80/1988, de 28 de abril, FJ 3), sin perjuicio de que igualmente hayamos afirmado que “a este criterio no se puede atribuir un valor absoluto” (STC 213/1988, de 11 de noviembre, FJ 3)”. Existe, pues, una competencia compartida que exige el adecuado “equilibrio” de regulaciones (sirve de referencia la STC de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013, relativo a la posibilidad de que *Servicio Madrileño de Salud pueda adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en los seis hospitales que se citan en el precepto legal*). Igualmente, la STC 37/2015, de 19 de noviembre de 2015, declarando inconstitucionales ciertos trámites formales de la Ley 3/2011, de medidas de Contratos Públicos de Aragón, ha dejado claro la competencia autonómica en esta materia.

Lo que no debe desincentivar el desarrollo competencial, pues la opción de no regular convierte en exclusiva de facto la competencia del Estado, lo que supone negar, en sí mismo, las propias capacidades de la Comunidad Autónoma.

Y, recogida la competencia en los Estatutos, la Comunidad podrá legislar sobre contratación pública respetando, claro, lo básico (vid. A. SANMARTIN MORA en su trabajo “Las competencias en materia de contratación pública en el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007: una oportunidad para desarrollar políticas propias”, en libro colectivo *Estatuto de Autonomía de Aragón 2007. Políticas públicas ante el nuevo marco estatutario*. Zaragoza, 2010, pp. 405-428; y J.M. GIMENO FELIU, “La Ley 3/2011, de medidas de contratos del sector público. Alcance de su contenido y valoración de sus propuestas”, Actas XXIV

Tomada en consideración por el Consejo de Ministros comenzó la tramitación “externa” del mismo. Tras un trámite de información pública (Resolución de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas, de 21 de abril de 2015), se emitieron los preceptivos Informes: del Consejo General del Poder Judicial de 11 de junio de 2015; del Consejo Económico y Social de 25 de junio de 2015; del Tribunal de Cuentas de 6 de julio de 2015; de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 16 de julio de 2015; de la Federación Española de Municipios y Provincias. (FEMP) de 12 de mayo y 16 de julio de 2015; y de la Comisión Nacional de Administración Local (CNAL) de 13 de julio de 2015.

Tras la revisión a la vista de las alegaciones e Informes, mediante el Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 17 de septiembre de 2015, favorable a la aprobación de la norma elaborada, se aprobó el texto del anteproyecto de 19 de octubre de 2015, que fue objeto de remisión al Consejo de Estado (junto con memoria del análisis de impacto normativo y tabla de correspondencias entre la norma actualmente vigente y la elaborada), para dar por “cerrado” los trámites administrativos.

Y mediante Dictamen de 10 de marzo de 2016, el Consejo de Estado ha aprobado el Dictamen que se emite con carácter preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que previene que el Pleno de este Cuerpo Consultivo debe ser consultado en el caso de “*anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo (...) del derecho comunitario europeo*”.

La emisión del Dictamen comporta la culminación del procedimiento de elaboración de la norma, a falta de su aprobación como proyecto de ley y ulterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación. Y como el Gobierno se encuentra en funciones tras la celebración de las últimas elecciones generales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, el Gobierno en funciones no puede “*presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado*”.

El Consejo de Estado, en un estudio minucioso, advierte cuestiones formales relativas a la estructura, y concluye que “*En todo caso, el resultado final es que el anteproyecto presenta una estructura artificiosa y compleja cuyo manejo y comprensión resulta ardua para el avezado en las materias de contratación pública y extraordinariamente difícil para quien no lo está, en detrimento incluso, en ocasiones, de la seguridad jurídica*”.

El texto sometido a consulta merece, en términos generales, un juicio favorable (advirtiendo que tiene una estructura compleja que hace su manejo arduo y muy difícil para el operador jurídico). No obstante, se formulan una

Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Justicia de Aragón, 2015, pp. 7-29). Opción seguida, por ejemplo, por la Comunidad Foral de Navarra mediante la Ley, 6/2006, de 9 de junio. (la justificación de este ámbito competencial puede verse en el trabajo de CRUZ ALLI ARAGUREN, J., “La competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos”, en libro col. *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, Colección Pro Libertate, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2007, pp. 45-120).

serie de consideraciones a la regulación proyectada, que tienen distinto alcance y relevancia.

A los efectos del artículo 130.3 de su Reglamento Orgánico (que implica su aceptación para que el texto que se remita sea “de acuerdo con el Consejo de Estado”), tienen carácter esencial las formuladas a los artículos 6.1, 15 y 17, 44.7, 50.1.b) último párrafo, 51.3, 55.e), 119.2.b), 138.3, 161.1, 172,3 y 173, 162, 179, 26 y 316 en relación con la obligación establecida en el artículo 199, 212 y 315.

Las observaciones de este extenso Dictamen se concretan, como indica el propio Consejo de Estado, en:

1º.- La disciplina de los convenios interadministrativos resulta excesivamente rígida e imposibilita su utilización como instrumento ordinario de colaboración entre las Administraciones públicas.

2º.- La configuración de los contratos de servicios y de concesión de servicios y la supresión del contrato de gestión de servicios públicos – quedando embebido en el segundo de los citados- no asegura un régimen adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general¹⁷².

3º.- El mantenimiento –y extensión en algunos casos- de la regla de que los contratos se perfeccionan por su formalización y no por el mero consentimiento no está justificado en el expediente y suscita dificultades que el anteproyecto no resuelve de manera satisfactoria¹⁷³.

4º.- El sistema de reparto de competencias jurisdiccionales previsto en el artículo 27 del anteproyecto no solventa las dificultades apreciadas en la práctica desde 2007, siendo aconsejable la vuelta al tradicional que encomienda a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los actos sujetos al derecho administrativo y a la jurisdicción civil el enjuiciamiento de los sujetos al derecho privado¹⁷⁴.

5º.- El recurso especial en materia de contratación debería tener carácter potestativo y extenderse a los contratos no sujetos a regulación armonizada en todo caso y como mínimo cuando aquellos se celebren por poderes adjudicadores, determinándose legalmente los contratos cuyos actos son impugnables a través de este instrumento¹⁷⁵.

¹⁷² En este punto el Consejo de Estado viene a asumir la tesis defendida y argumentada por J.L. MARTINEZ ALONSO en sus alegaciones presentadas y concretadas en su trabajo “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, octubre 2015.

¹⁷³ Esta opción, que fue una exigencia de las instituciones europeas con la finalidad de preservar el efecto útil del recurso especial ha sido cuestionada en la doctrina científica por el profesor J.L. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, “El nacimiento de los contratos públicos: reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria “de recursos”, RAP núm. 185, 2011, pp. 323-343.

¹⁷⁴ Se explica de forma excelente en el trabajo de P. VALCARCEL FERNANDEZ y R. FERNANDEZ ACEVEDO, “Reivindicación de la competencia del orden contencioso-administrativo para el control jurisdiccional de la contratación del sector público”, en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 237-277.

¹⁷⁵ Tesis defendida en mi estudio *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial (2016) *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor,

6º.- El régimen singular de presentación del recurso especial – derogando el sistema ordinario establecido en la legislación de procedimiento administrativo- constituye un obstáculo injustificado y gravoso para los administrados¹⁷⁶.

7º.- Es preciso perfilar determinados aspectos de la regulación de las consultas preliminares a la contratación a fin de evitar situaciones que distorsionen la igualdad y competencia de los licitadores en el proceso de selección del contratista.

8º.- Es preciso reforzar el sistema de garantías que aseguren el efectivo cumplimiento de las responsabilidades del contratista saliente en los casos de subrogación legal de trabajadores.

9º.- Resulta necesario completar la regulación atinente al denominado diálogo competitivo.

10º.- La extensión de las prerrogativas reconocidas a favor de la Administración en relación con los contratos administrativos a los contratos privados, aun cuando estén sujetos a regulación armonizada, carece de fundamento jurídico.

11º.- Se considera conveniente introducir en el anteproyecto una previsión que fije el plazo máximo de tramitación de los procedimientos de resolución de los contratos en un año.

12º.- Resulta conveniente reconsiderar el sistema legal previsto de indemnización de daños causados a terceros por los contratistas en los términos indicados en el cuerpo del dictamen.

13º.- La regulación proyectada de los acuerdos marco debería ser completada.

14º.- Deberían introducirse en el anteproyecto los mecanismos precisos para asegurar la corrección de los proyectos de obras elaborados y la efectividad de las labores de supervisión y articular un sistema de exigencia de responsabilidades y sancionador adecuado.

15º.- Es preciso articular una solución cierta en relación con el procedimiento a seguir en el caso de las reclamaciones por daños causados por los establecimientos y facultativos médicos formuladas por los beneficiarios de los conciertos sanitarios del mutualismo administrativo, evitando su deambular por las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa como hasta la fecha.

En este Anteproyecto, **en relación a la modificación contractual** podemos advertir lo siguiente¹⁷⁷:

2016. Esta posición, como se indica en este trabajo, es compartida por numerosa y especializada doctrina científica.

¹⁷⁶ Como bien explica el profesor BERMEJO VERA, resulta necesaria una nueva configuración de los sistemas de justicia administrativa, que ponga la atención en al efectividad del control administrativo, sin que pueda mermarse su efectividad por mor de intereses de la propia Administración. “La resolución extrajudicial de conflictos”, en libro colectivo Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos, INAP, Madrid, 2015, pp. 149-212.

¹⁷⁷ Para la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (Informe Anteproyecto Ley Contratos Sector Público. IPN/CNMC/010/15) la regulación presenta elevadas carencias en cuanto a su difícil lectura y falta de claridad (en especial respecto a los tradicionalmente

a) El artículo 26.3, pese a las indicaciones de órganos consultivos (como el Informe 8/2015, de 20 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el Anteproyecto de Ley de contratos del sector público), se mantiene una opción “disfuncional” relativa al régimen contratos privados, pues para poderes adjudicadores no administración pública se prevé que se aplicarán las reglas de la modificación contractual solo en contratos armonizados (frente a la situación actual, donde resulta indiferente este importe). Esta decisión supone un claro “retroceso” en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción. Por ello, debería ser objeto de replanteamiento, pues lo que está en juego es la eficiencia y el derecho a una buena administración. Sin embargo, al Consejo de Estado, de forma sorprendente, le convence esta opción y declara que *“Por lo tanto, en comparación con el TRLCSP en vigor, la aplicación de este régimen de modificación contractual está más acotada. En efecto, ya no afecta a todos los contratos del sector público, sino solamente a aquellos sujetos a las directivas europeas. Esta solución resulta razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen.”* La visión de la modificación limitada a una mera exigencia europea y no al ejercicio correcto de los principios de integridad, eficiencia y buen gobierno pone en cuestión una adecuada solución del problema de los sobrecostes en la contratación pública. La dicotomía de regímenes, en función del importe, no parece una solución correcta, en tanto se crean dos regulaciones distintas para situaciones que exigirían una misma solución jurídica.

b) En cuanto a su contenido, el texto consultado mantiene la dicotomía entre modificaciones previstas (artículo 202) y no previstas (artículo 203) en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En este segundo caso, a su vez, encuentran cobertura tres de los supuestos recogidos en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE: las obras, suministros o servicios adicionales; la reforma contractual por circunstancias imprevistas; y las modificaciones no sustanciales. En definitiva, dejando al margen las alteraciones subjetivas, los artículos 202 y 203 del anteproyecto reproducen el abanico de opciones que el Derecho europeo ofrece para modificar los contratos públicos sin necesidad de acudir a una nueva licitación, coincidiendo, en líneas generales, las condiciones requeridas para la operatividad de cada una de ellas con las

denominados modificados) que afectará la seguridad jurídica tanto de los operadores como de los órganos de contratación. Para la CNMC, *“Desde el punto de vista de competencia y regulación económica eficiente, la inclusión de modificaciones en los contratos públicos puede desvirtuar el carácter competitivo de la licitación inicial a través de la alteración de las condiciones originarias en las que se desarrolló el contrato. En términos generales, el uso de los modificados, y en particular, la utilización injustificada, abusiva o desproporcionada de los mismos podrá tener impacto negativo en los mercados en los que la licitación objeto de modificación se inserte, por lo que en línea con pronunciamientos anteriores de la autoridad de competencia se recomienda una utilización excepcional de esta figura, incluso en los términos permitidos por la Ley”*. Y concluye que *“el ajuste de las nuevas Directivas y por derivada, del APL objeto de análisis, a la Jurisprudencia del TJUE ha de considerarse positivo toda vez que restringe, clarifica y estipula los límites en la utilización de la citada figura a la par que permite una necesaria flexibilidad a los órganos de contratación en la ejecución de los contratos públicos”*.

enumeradas en el artículo 72 de la Directiva de referencia¹⁷⁸. Sobre el contenido de la regulación, conviene transcribir la opción adoptada en los artículos 201 a 206:

“Artículo 201. Potestad de modificación del contrato [art. 219 TRLCSP]

1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 189.

2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación sólo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 202;

b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 203.

En cualesquiera otros supuestos, 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 esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 211 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 151.

.Artículo 202. Modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares [art. 106 TRLCSP]

[Artículos 72.1.a) y 72.1.d), i) y Considerando (111) DN y Artículo 43 DC]

1. Los contratos de las Administraciones Públicas podrán modificarse durante su vigencia cuando, con independencia del porcentaje del precio inicial que represente la modificación, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad, en la forma y con el contenido siguientes:

a) La cláusula de modificación deberá estar formulada de forma clara, precisa e inequívoca.

b) Asimismo, en lo que respecta a su contenido, la cláusula de modificación deberá precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar la modificación. La cláusula de modificación establecerá, así mismo, que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

La formulación y contenido de la cláusula de modificación deberá ser tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros

¹⁷⁸ La valoración de la regulación estudiada ha sido dispar en el procedimiento. Así, algunos participantes en audiencia (como la Confederación Nacional de la Construcción) han solicitado que se ajustara estrictamente a la Directiva, mientras que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha expresado un juicio favorable a la acotación de la opción de reforma contractual, planteando incluso una disminución del límite porcentual del 50 en los casos de prestaciones adicionales y circunstancias imprevistas.

de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por éstos.

2. [Artículo 72 DN] En ningún caso los órganos de contratación podrán prever en el pliego de cláusulas administrativas particulares modificaciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato inicial. En todo caso, se entenderá que se altera ésta si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato.

Artículo 203. Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales [art. 107; art. 171.b); art. 174.b) TRLCSP]

1. [Artículos 72.4; 72.5 y Considerando (107) DN] Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando ésta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) [Art. 72.1.b) y Considerando (108) DN] Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1º. Que el cambio de contratista o bien obligaría 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; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista.

2º. 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.

b) [Art. 72.1.c) y Considerando (109) DN] Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1º. Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2º. Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3º. 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.

c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial 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:

1º. 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

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

3º. Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía 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.

Para el cálculo del precio mencionado en las letras a) y b) de este apartado se tomará en cuenta el precio actualizado, si el contrato incluye cláusula de revisión de precios. En los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, si la concesión no incluye cláusula de revisión de precios, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media medida conforme al índice de precios de consumo.]

Artículo 204. Obligatoriedad de las modificaciones del contrato

1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo anterior, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 209.

Artículo 205. Procedimiento [art. 108 TRLCSP]

1. En el caso previsto en el artículo 202 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

2. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 203, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

3. Los órganos de contratación que hubieran modificado un contrato que esté sujeto a regulación armonizada en los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 203 deberán publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en esta Ley.

Asimismo los órganos de contratación que hubieren modificado un contrato durante su vigencia, con independencia de si éste está o no sujeto a regulación armonizada y de la causa que justifique la modificación, deberán publicar en todo caso un anuncio de modificación en el perfil de contratante del órgano de contratación en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma.

4. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 189.”

De lo expuesto, se comprueba que el régimen de modificación del contrato, más restrictivo que el que establecen las nuevas Directivas comunitarias (artículo 72 Directiva). Se introduce adverbio “solo”, con la finalidad de advertir el carácter excepcionalidad de la opción de modificar y se limitan posibilidades. No hay modificados de “*minimis*”. Se regula, además, la cesión del contrato con el fin de evitar que se considere modificación contractual.

c) Toda modificación deben publicarse y notificarse los acuerdos de modificación (opción ya incorporada en Aragón y Navarra). Y existe recurso especial (artículo 44.2 d) ALCSP).

d) En el régimen de contratos administrativos existen ajustes técnicos (mayor plazo garantía en los contratos de obras), más importantes en concesiones: se incluye concepto TIR. Se limita, como ya se ha dicho, la RPA atendiendo al nuevo criterio SEC 2010 (el pago de la concesión se realizará atendiendo al valor de mercado de la misma). Se permite pagos por disponibilidad¹⁷⁹. Interesa llamar la atención con el dato de que la retribución tendrá la condición de tarifa, tanto en los casos de concesión de obras como de concesión de servicios (nuestros “servicios públicos”). Se acoge expresamente la tesis, defendida desde hace mucho tiempo por el profesor J. TORNOS MAS¹⁸⁰. Lo que obligará a reformular cierta jurisprudencia que, en servicios públicos, opta por la configuración de tasa¹⁸¹. Y no es una cuestión sin efectos prácticos pues, como bien advierte J. TORNOS, “la tasa supone recaudación para un gasto público. Esto determinará que el servicio se convierte en un gasto que puede computar a efectos del déficit municipal. De acuerdo con los criterios EUROSTAT en relación con el tratamiento contable de los modelos concesionales, un cambio de modelo como el que se plantea (unido a otros datos adicionales como el compromiso de reversión de las instalaciones a la finalización del contrato), puede implicar que los compromisos de pago adquiridos por el Ayuntamiento por la duración total del contrato consoliden en su contabilidad, a efectos del cálculo del déficit y la deuda”. La opción del Anteproyecto, por este motivo es clara: la retribución de la concesión tiene naturaleza jurídica de tarifa (y no puede ser de opción por la entidad contratante)¹⁸².

e) Al regular el reequilibrio económico de la concesión de obras y servicios se mantiene la redacción actual sobre el *factum principis* (decisión de la Administración pública concedente que incide de forma sustancial en concesión) y no se incorpora como causa de reequilibrio el riesgo imprevisible¹⁸³. Se puede ampliar 15 por ciento de su duración inicial para

¹⁷⁹ Existen problemas derivados de SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, o riesgo de oferta, o de ambo (son, pues, distinto a criterios de SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, RAP núm. 194, 2014, 437-474.

¹⁸⁰ “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 24, 2011, pp. 22-29

¹⁸¹ Vid. J. TORNOS MAS, en su excelente artículo “Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RIJ1151068)”, Revista Derecho Municipal, Iustel, 10 de marzo de 2016. El análisis de la evolución jurisprudencial y las consecuencias prácticas de la distinta calificación refuerzan las conclusiones que propone.

¹⁸² La opción de configurar tasa supondría, de hecho, la imposibilidad de impulsar concesiones de servicios. Sirva de referencia el trabajo de J. GARCIA HERNANDEZ, “El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?”, Revista Derecho Local núm. 38, febrero de 2016.

¹⁸³ Esta decisión de no “cambiar” la regulación del *factum principis* no parece una buena solución. En mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no distorsionar indebidamente la tasa interna de rentabilidad. La concesión se explota por el contratista a riesgo y ventura, de tal manera que el reparto de riesgos pactado no debe ser alterado ni

restablecer el equilibrio económico del contrato. En el ámbito de los sectores públicos autonómico y local, deberán remitirse al Comité Técnico de Cuentas Nacionales o, todos los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios adjudicados en sus respectivos ámbitos, cuyo valor estimado sea igual o superior a doce millones de euros, o cuando, en su financiación se prevea cualquier forma de ayuda o aportación estatal, o el otorgamiento de préstamos o anticipos.

Esta opción de propuesta legislativa acaba de ser “matizada” mediante Dictamen de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado. En materia de modificaciones contractuales el Consejo de Estado ha advertido lo siguiente:

1) En la ponderación global el Consejo de Estado constata la reversión de la tendencia que siempre había manifestado la evolución legislativa, toda vez que, por primera vez, una regulación de la modificación de los contratos públicos es más laxa que la anterior. En efecto, siguiendo las pautas europeas, la reforma de los contratos públicos es admisible en más supuestos y con unos límites porcentuales mayores en el anteproyecto que en el vigente TRLCSP. Como señala el informe de valoración de las alegaciones, *“en materia de modificaciones resulta ciertamente complicado encontrar un equilibrio entre la necesidad de controlar que las modificaciones que se produzcan no sean más de las estrictamente indispensables, evitando de esta forma abusos derivados de la voluntad de no resolver un contrato y acudir a un nuevo procedimiento de licitación. Pues bien, decíamos que resulta difícil encontrar el pretendido equilibrio entre lo anterior y la certeza de que, en ocasiones por distintas circunstancias resulta verdaderamente necesario modificar un contrato, no pudiendo regularse un sistema tan excesivamente rígido que no permita hacerlo en favor de la correcta ejecución de un contrato que, no debe olvidársenos, está llamado a satisfacer intereses públicos”*.

El Consejo de Estado advierte de la dificultad de encontrar dicho equilibrio e indica que no debe obviarse que, ante modificaciones que no quepa incardinar en alguno de los supuestos habilitantes, tanto el TRLCSP

modificado, lo que no impide –más bien lo contrario- el reequilibrio financiero, pues, como ya ha advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, *«el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública»* (Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002). No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato conllevaría importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando al inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó al inversión debería ajustarse la TIR. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podría regularse los efectos del riesgo imprevisible (lo que evitaría la posterior “judicialización”, con las incertidumbres que comporta). Vid. J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., pp. 148-150.

como el anteproyecto prevén la resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados. *“Ello no solamente supone un retraso en la satisfacción del interés público a que responde el contrato firmado, dada la procedencia de extinguir el pacto primigenio y tramitar una nueva licitación, sino también un coste económico, al ganar el adjudicatario original el derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (artículo 225.5 del TRLCSP; artículo 211.4 del anteproyecto)”*.

Por este motivo, una vez decidida por el legislador europeo la positivización del régimen de modificación de los contratos públicos (que hasta la Directiva 2014/24/UE era simplemente objeto de interpretación jurisprudencial), cualquier endurecimiento de este régimen ha de articularse con la máxima cautela, en la medida en que supone limitar las posibilidades de reformas contractuales de que en otros países miembros sí dispondrán sus poderes adjudicadores. Con todo, este juicio será siempre de oportunidad, toda vez que dicho endurecimiento no plantea duda alguna respecto a su viabilidad jurídica. En otras palabras, siendo la Directiva un instrumento que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), tiene cabida dentro del margen de discrecionalidad del que disfruta el legislador la incorporación de condiciones más estrictas para la modificación de los contratos públicos, habida cuenta de que no encierran riesgo alguno para el principio de igualdad de trato de los licitadores que, en última instancia, se intenta preservar con esta regulación. En cambio, la relajación de las condiciones de la Directiva 2014/24/UE sí debe entenderse prohibida por el Derecho europeo. Y, en relación a la opción de que los poderes adjudicadores no administración pública no aplican estas previsiones en contratos no armonizados declara que: *“Por lo tanto, en comparación con el TRLCSP en vigor, la aplicación de este régimen de modificación contractual está más acotada. En efecto, ya no afecta a todos los contratos del sector público, sino solamente a aquellos sujetos a las directivas europeas. Esta solución resulta razonable y plenamente acorde al origen comunitario de dicho régimen”*. Sorprende, a mi juicio, tal valoración, por comparación con lo dictaminado en relación a la Ley 34/2010, que extendió el régimen de la modificación a todo contrato público al margen del importe y con argumentación que se da para justificar la extensión del recurso especial con indiferencia del valor y su consideración de armonizado. Y, desde un contexto social, con los numerosos casos de corrupción vinculados a gestión de empresas públicas y modificación de contratos es abrir un peligroso portillo a que se consoliden estas prácticas (con el riesgo moral y de desafección que comportan).

2) A juicio del Consejo de Estado, no resulta reprochable, en términos de oportunidad, el endurecimiento que el anteproyecto supone en los dos aspectos antes diseccionados. De un lado, porque la fijación de límites porcentuales que operen de forma tanto aislada como conjunta es tradicional en nuestro Derecho y evita un difícil juicio acerca de si las modificaciones sucesivas obedecen o no a una misma circunstancia o necesidad. De otro lado, porque la conversión de uno de los umbrales *de minimis* (el porcentual) en un

límite máximo impide modificaciones contractuales por encima del mismo que no estén previstas en los pliegos ni respondan a necesidades adicionales o circunstancias imprevistas, a partir de una siempre comprometida valoración de si tales modificaciones tienen o no como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio.

3) En el Dictamen se formulan varias observaciones particulares al régimen de modificación contractual:

“- Artículo 201. Potestad de modificación de los contratos

Según su apartado 1, los contratos administrativos podrán ser modificados por razones de interés público en los casos previstos en dicha subsección, “de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 189”.

Lo cierto es que, además de resultar aplicables las previsiones procedimentales que rigen, en general, para el ejercicio de las prerrogativas de la Administración, en el caso de la modificación contractual también habrán de ser consideradas las particularidades que en el orden formal enuncia el artículo 205.

Por ello, el artículo 201.1 in fine debe someter el ejercicio del ius variandi al “procedimiento regulado en el artículo 189, con las particularidades previstas en el artículo 205”.

En este plano procedimental, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el dictamen del Consejo de Estado, en virtud del artículo 189 citado, sea preceptivo en los casos de modificación del contrato, “cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido”. Ello supone, en cierta medida, el retorno al régimen tradicional en nuestro Derecho (en línea con la redacción original de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y la legislación anterior), en el que el límite del 20% tiene una doble virtualidad: marca el umbral a partir del cual la reforma es potestativa para el contratista y deviene preceptiva la intervención de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

- Artículo 203. Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales

El apartado 2.a) de este precepto regula el supuesto de modificación por obras, suministros o servicios adicionales.

Es importante subrayar que este supuesto sustituye al más conocido en nuestro ordenamiento de las obras, suministros y servicios complementarios (artículos 171.b), 173.c) y 174.b) del TRLCSP, respectivamente), que se caracteriza por permitir su adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad a favor del contratista original, siempre que concurren determinadas circunstancias (que no pudiera haberse previsto su necesidad por un poder adjudicador diligente, que la ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para este o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, y que la prestación no pueda separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación).

Por consiguiente, el anteproyecto aspira a eliminar la posible contratación separada de estas prestaciones distintas pero conectadas al contrato original a través del procedimiento negociado sin publicidad, para que sean, en su caso, articuladas a través de la modificación de este. El límite al que quedan sujetos en la normativa en vigor tanto los proyectos de obras complementarios como los servicios complementarios es del 50% del importe primitivo del contrato, lo que coincide con el tope porcentual para añadir obras, suministros o servicios adicionales,

con arreglo al artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE y el artículo 203.2.a).2º del texto remitido en consulta.

Ahora bien, respecto del supuesto habilitante para este tipo de reforma contractual, el artículo 72.1.b) de la Directiva exige que cambiar de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador. De acuerdo con la literalidad de la Directiva, ambas condiciones han de concurrir de forma acumulativa, es decir, para que pueda prosperar la modificación, la sustitución del contratista ha de suponer el reemplazo de las prestaciones originales – por no ser factible su continuación por un operador económico distinto del adjudicatario primigenio- y ello entrañar a su vez graves inconvenientes o elevados costes para el poder adjudicador.

Por su parte, el artículo 203.2.a) 1º del anteproyecto configura el supuesto habilitante en los siguientes términos: “Que el cambio de contratista o bien obligaría 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; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista”. Se aprecia que las condiciones en las que, según el anteproyecto, sería factible la modificación contractual para la incorporación de prestaciones adicionales, en lugar de ser acumulativas, son alternativas, toda vez que basta con que se produzcan, bien dificultades de tipo económico o técnico como consecuencia de la sustitución del contratista, bien inconvenientes significativos o incremento sustancial de costes, para que la reforma pueda seguir adelante.

La utilización de una formulación disyuntiva, en vez de un nexo copulativo, introduce en el anteproyecto una laxitud contraria al artículo 72.1.b) de la Directiva 2014/24/UE. Como se ha dicho, la relajación de las condiciones exigibles por el Derecho europeo para la modificación contractual no es admisible. En consecuencia, procede reformular el artículo 203.2.a).1º del anteproyecto para que la incorporación de prestaciones adicionales a los contratos administrativos exija simultáneamente los dos presupuestos contemplados en el precepto citado de la directiva comunitaria.

- Artículo 204. Obligatoriedad de las modificaciones del contrato

En virtud de su apartado 1, “en los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo anterior, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido”. De esta forma, son conceptuadas como obligatorias para el contratista las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares que no superen el 20% del precio inicial.

Nada se dice en este apartado acerca de si revisten o no igual carácter las reformas que tengan su fundamento en dicho pliego, a que se refiere el artículo 202. Considera el Consejo de Estado que esta cuestión ha de ser aclarada. La solución que parece más acertada es dotar también de carácter obligatorio a tales reformas, considerando, primero, que así se prevé en el ordenamiento vigente (artículo 219.1 del TRLCSP) y, segundo, que, al estar contempladas en el pliego, las modificaciones fundadas en él no son desconocidas para el adjudicatario.

- Artículo 205. Procedimiento

Como precisa el apartado 4 de este precepto, lo dispuesto en él “se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 189”. Por ello mismo, la rúbrica del artículo 205 (“Procedimiento”) no resulta acertada, ya que su objetivo no es, en puridad, disciplinar el cauce procedimental para el ejercicio del *ius variandi*,

sino introducir especialidades procedimentales dentro del cauce previsto con carácter general en el artículo 189 para el uso por la Administración de sus prerrogativas contractuales. Desde esta perspectiva, sería preferible hablar de “especialidades procedimentales” o emplear una expresión similar.

- Artículos 206 a 211. Suspensión y extinción de los contratos

En los artículos 206 y siguientes se abordan las cuestiones relativas a la suspensión y la extinción de los contratos administrativos.

En lo que se refiere a la desaparición del vínculo contractual, precisamente porque se trata de un régimen concebido para los contratos administrativos, el hecho de que se quiera extrapolar dicho régimen a los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por los poderes adjudicadores carentes de la condición de Administración pública, es fuente de distorsiones. Y ello por cuanto, pese a que la prerrogativa de resolver los contratos no sea predicable de tales poderes adjudicadores (pues está reconocida en el artículo 188, únicamente aplicable a la Administración), las previsiones de los artículos 209 y siguientes, referentes a las causas de resolución, su aplicación y efectos, parten de la concepción de que el órgano de contratación, situado en una posición “en más” propia de la esfera administrativa, dirime la concurrencia o no de una causa extintiva de las enumeradas y fija las consecuencias asociadas a ello en caso afirmativo. Teniendo en cuenta este punto de partida, es difícil casar dichas previsiones con la naturaleza privada de los contratos sujetos a regulación armonizada celebrados por entidades que no son Administraciones públicas (y que, en muchos casos, adoptan forma societaria u otras formas de personificación jurídico-privada).

Debe, no obstante, señalarse una excepción. Teniendo en cuenta que el régimen de modificación estudiado se aplica, no solamente a los contratos administrativos, sino también a los contratos sujetos a regulación armonizada de otros poderes adjudicadores, es importante que la resolución del vínculo convencional por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o por proyectos modificados no previstos en los pliegos de más del 20% del precio inicial (artículo 209.1.g) del anteproyecto) rija igualmente en estos últimos contratos, por lo que la extensión que en este aspecto concreto operan los artículos 26 y 316 sí está soportada”.

3) Por último, conviene advertir las consideraciones del Consejo de Estado sobre la cesión de contratos. Uno de los supuestos en los que el artículo 72.1 de la Directiva 2014/24/UE admite dicha modificación sin necesidad de una nueva licitación es el de la sustitución del adjudicatario, cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio por el poder adjudicador como consecuencia de cualquiera de las siguientes tres circunstancias: una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos; la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por fin eludir la aplicación de la directiva, o la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional. Así, se afirma que:

“Esta normativa se ha inspirado, según fue explicado, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en cuya Sentencia de 19 de junio de 2008 (asunto Pressetext Nachrichtenagentur citado), se

afirma que, “en general, debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial”.

Ninguna relevancia tiene a estos efectos la diferencia terminológica entre el Derecho nacional y el europeo. El hecho de que la transmisión de la posición jurídica del contratista se articule en nuestro ordenamiento como cesión contractual, en lugar de hablar de modificación, no obsta para que se advierta la identidad conceptual con la sustitución del adjudicatario a la que se refiere el artículo 72.1.d) de la Directiva 2014/24/UE.

De los tres supuestos en que se acepta en la Directiva el reemplazo del adjudicatario durante la vigencia de la relación convencional, la segunda es tratada en el artículo 98 del anteproyecto, referido a la sucesión del contratista, mientras que la tercera no tiene cabida en el anteproyecto, en la medida en que se descarta en el artículo 213.9 una relación directa entre el poder adjudicador y los subcontratistas, que, al igual que en el TRLCSP en vigor (artículo 227.8), carecen de acción directa frente a la Administración por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. El único supuesto adicional en el que el Derecho europeo hace posible la introducción de una nueva parte contratante en sustitución del adjudicatario es aquel en el que obedece a una opción o cláusula de revisión inequívoca contenida en los pliegos. En la medida en que, al margen de estos, el artículo 212 del anteproyecto permite la referida sustitución, carece de cobertura en la directiva que se transpone y no se compadece adecuadamente con ella, por lo que es necesario cambiar el enfoque con el que está tratada la cesión contractual. Dicho de otra forma, el precepto analizado otorga vía a una alteración subjetiva del contrato, por subrogación de un tercero en la posición jurídica del contratista, sin sujetarse a las condiciones que, para tal alteración (que afecta a uno de los términos esenciales del contrato público), prevé el artículo 72.1.d) de la Directiva 2014/24/UE.”

Ello hace imprescindible revisar el contenido del artículo 212 del texto sometido a consulta, con vistas a adecuarlo a dicha disposición europea (criterio defendido por J. MATILLA y M.A BERNAL BLAY). Esta observación tiene carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado. Y para su cumplimiento recomienda que el artículo 212 comience señalando que, “al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 272.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 273, la modificación subjetiva de los contratos solamente es posible por cesión contractual (terminología que procede mantener por coherencia con nuestras categorías jurídicas), cuando obedezca

a una opción inequívoca de los pliegos”. A continuación procederá señalar los límites y requisitos que, como mínimo, deben prever los pliegos para el ejercicio de dicha opción, todo ello en línea con lo dispuesto en el artículo 212 del texto consultado.

Corresponde, pues, al nuevo Gobierno, a la vista de lo dictaminado, “corregir” el texto para su aprobación por Consejo de Ministros y posterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación como norma legal.

VI.- CONCLUSIONES

Queda descrita la situación actual y las posibles soluciones de futuro normativo en relación a la técnica de modificación de los contratos públicos. Y, como reflexiones generales podemos señalar las siguientes:

Primera.- En la materia de contratación pública no puede desconocerse la indudable repercusión económica de la contratación pública (y los efectos de ineficiencia que se derivan de malas prácticas) y la necesidad de “rearmar” el modelo desde el paradigma de la integridad¹⁸⁴. No en vano, el mercado de los contratos públicos, por su impacto económico, es donde existen “mayores tentaciones” y ofrecen más oportunidades a la corrupción en los distintos ámbitos de las actividades del sector público¹⁸⁵. Y una de las principales

¹⁸⁴ Me remito a mi trabajo “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos* (Dir., con M. Villoria), Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300. También *La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad*, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 37-105. También son de especial interés el excelente trabajo de J.M. MARTINEZ FERNANDEZ, *Contratación pública y transparencia*, La Ley, 2016, en especial, pp. 393-440; y las reflexiones de A. GONZALEZ SANFIEL, “La integridad en la contratación pública: ¿un principio con sustantividad propia?”, en libro colectivo dirigido por F. Hernández *El impacto de la crisis económica en la contratación pública. España, Italia y Francia*, Aranzadi, 2016, pp. 31-48.

¹⁸⁵ Estudio de la OCDE *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid, INAP, 2010. *En la doctrina pueden consultarse*: J. M. GIMENO FELIU, “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2010, núm. 147, pp. 517-535; T. MEDINA ARZAIZ, “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española, en libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, págs. 299-344; ibídem, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, *Diario La Ley*, núm. 7382, Sección Doctrina, 16 de abril de 2010. A. CERRILLO I MARTINEZ, *El principio de integridad en la Contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; R. RIVERO ORTEGA, “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europeas y latinoamericana” en el libro colectivo *Corrupción y delincuencia económica* (coord. por Nicolás Rodríguez García, Eduardo A. Fabián Caparrós) 2008, Universidad Santo Tomás (USTA), pp. 169-192; y B. ARIEL REZZOAGLI, *Corrupción y Contratos públicos. Una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*, Editorial Ratio legis, 2005. Resultan de interés las reflexiones de J. VAZQUEZ MATILLA, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”, *Observatorio de la Contratación Pública*,

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.80/chk.7d9fb65e7d35bd7a933a591d1c145585>, y de A.F. MADARIAGA VENEGAS, “Algunas propuestas para prevenir y combatir

“puertas de entrada” es la modificación de contratos (y los problemas de sobrecostes, como es el reciente caso de ACUAMED).

La contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada¹⁸⁶. Debe ser un instrumento principal que asegure la gestión eficiente y libre de corrupción de los contratos públicos¹⁸⁷. La posibilidad de modificación de contratos, debe articularse, además, desde el paradigma de la integridad y buen gobierno¹⁸⁸. Máxime cuando está en juego la protección del derecho fundamental a una buena administración en la aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia de contratos públicos (artículo 41 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)¹⁸⁹. Por ello, un régimen “posibilista” de la modificación contractual (vinculada a la máxima del *ius variandi*), pone en cuestión los objetivos de la reforma europea y nacional.

Segunda.- El Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 10 de 2015, relativo a la *Necesidad de intensificar los esfuerzos para resolver los problemas de contratación pública que afectan al gasto de la UE en el ámbito de la cohesión*, recuerda que la política de la Unión Europea en relación a la contratación pública constituye un pilar fundamental en relación a la consolidación del mercado interior y en torno a la consecución de una racionalización de los fondos públicos que garantice la sostenibilidad del sistema. En este entorno, el incumplimiento de las normas sobre contratación pública y la falta de un sistema de análisis de errores, para el consecuente

la corrupción en la Contratación Pública”, en obcp.es (21 de octubre de 2013).

¹⁸⁶ La contratación pública es, en definitiva, estrategia y no mera burocracia. Y esa estrategia pública debe preservar el principio de integridad. Sobre esta visión estratégica de la contratación pública puede consultarse el libro colectivo coordinado por J. Pernas *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 y mi monografía *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

¹⁸⁷ Los recientes casos de corrupción en España, generalmente vinculados a la contratación pública aconsejan esta visión. Fenómeno de la corrupción que no es algo nuevo ni ajeno a la práctica administrativa y política en España, si bien su dimensión cualitativa está erosionando el sistema institucional público, lo que exige medidas contundentes de regeneración democrática que hagan del principio de integridad uno de los factores o claves del liderazgo institucional.

¹⁸⁸ J.C. ALCALDE HERNÁNDEZ, “La nueva normativa de contratación pública: propuestas de la IGAE para el rigor presupuestario y contra la corrupción”, *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, núm.3560, 2014, pp. 17-26. En este trabajo se analiza la reforma normativa de la contratación pública sobrevenida a raíz de la trasposición de las Directivas Comunitarias argumenta las propuestas que la propia Intervención del Estado plantea para cumplir sus principales objetivos, que son conseguir el mayor rigor presupuestario y luchar denodadamente contra la corrupción, lo que requiere un control eficaz y exhaustivo de los recursos públicos.

¹⁸⁹ EL TJUE ha utilizado ya este principio relación a procedimientos de adjudicación de contratos públicos, en la STJUE de 11 de mayo de 2010, *PC-Ware Information Technologies/Comisión*, STJUE de 19 de marzo de 2010 *Europaiki Dynamiki/Comisión Europea* o STJUE de 20 de septiembre de 2011, *Evropaiki Dynamiki/BEI*. Vid. en este sentido, J. PONCE SOLÉ, y O. CAPDEFERRO VILLAGRASA, “El Órgano administrativo de Recursos Contractuales de Cataluña: un nuevo avance en la garantía del Derecho a una Buena Administración”, en BASSOLS COMA, M. (Dir.): *Documentación Administrativa 288*: monográfico dedicado a Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, 2010, pp. 193 a 206.

atajo de los mismos, ha supuesto una fuente importante de desajustes que termina afectando a la transparencia, a la competencia y a la integridad.

Hay que corregir y laminar el riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado de derecho y que supone negar el derecho a una buena administración¹⁹⁰. Por el contrario, una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada¹⁹¹.

La aplicación de los principios de transparencia, eficiencia e integridad no se limitan a las fases de preparación y adjudicación, ya que la “eficiencia contractual” también está ligada a la obtención del fin perseguido por el contrato¹⁹². Estos principios –que son la filosofía de la contratación pública- son

¹⁹⁰ Esta nueva visión “ética” de la contratación pública no solo corresponde a los poderes adjudicadores. El sector empresarial debe dar un paso al frente. Lo advierte C. GÓMEZ-JARA DÍEZ, al postular la idoneidad de adaptar los programas de cumplimiento «anti-corrupción» al ámbito de público, apuntando “una exigencia legal futura para la contratación pública”. El autor entiende que la experiencia norteamericana parece conducir indefectiblemente a la necesidad de que cualquier empresa que desee contratar con la administración pública debería instaurar de manera efectiva un programa de cumplimiento «anti-corrupción» como exigencia legal. Sin duda, la prevención ética es una cuestión exigible a todas las partes de la contratación pública. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito público: ¿hacia los *compliance* programas “anti-corrupción” como exigencias legales de contratación pública”, en libro colectivo *La Gestión de los Fondos Públicos: Control y Responsabilidades*, dirigido por Mario Garcés Sanagustín y Alberto Palomar Olmeda, Aranzadi, Cizur Menor, 2013. GÓMEZ-JARA recuerda que desde el año 2008, la Administración estadounidense exige a los grandes contratistas revisar sus procedimientos internos de control y auditoría, así como de denuncias, en términos de diligencia debida (*Due Diligence*) sobre conductas ilegales de fraude, cohecho o cualquier otro tipo de actividad ilícita detectados en el seno de su empresa: “Esta regulación, especialmente la obligatoriedad de denuncia, han dado un vuelco significativo al panorama anterior, de tal manera que las denuncias de los propios contratistas están comenzando a fluir hacia las autoridades públicas. Más aún, el hecho de que los tribunales están considerando que la certificación que expresa la inexistencia de conductas ilícitas cuando el contratista debía estar al tanto de las mismas, constituye una falsedad documental que es perseguible por las autoridades”. Parece el momento de evaluar esta propuesta en aras a la consecución efectiva del principio de integridad en la contratación pública.

¹⁹¹ El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre “*Contratación pública y gestión de la hacienda pública*”, donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

¹⁹² Vid. J.M. GIMENO FELIU, *Las reformas Legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 24. En la doctrina italiana puede consultarse a G. RACCA, “La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici”, *Rivista Diritto Amministrativo* 2010, p. 325. No en vano los cambios y variaciones en la ejecución suelen comportar un beneficio indebido para el contratista adjudicatario, rompiendo los

de aplicación para cualquier tipo de contrato público al margen de su importe y no es admisible una interpretación “relajada” por tal circunstancia, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral.

Tercera.- Como ya hemos advertido en anteriores trabajos¹⁹³, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una adecuada planificación y gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes¹⁹⁴, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras –exigiendo el replanteo previo antes de la aprobación del proyecto¹⁹⁵- y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto¹⁹⁶.

Igualmente, debe planificarse correctamente la necesidad a contratar (especialmente en el caso de infraestructuras). El Tribunal de Cuentas Europeo, en su Informe anual sobre el presupuesto de la Unión Europea Informe de 10 de noviembre de 2015, ha indicado que es necesario un nuevo

principios comunitarios. Así lo afirman G. RACCA, R. CAVALLO y G. ALBANO en “Competition in the execution phase of public procurement”, en la revista *Public Contract Law Journal*, vol. 41, núm. 1, 2011, p. 89

¹⁹³ Por todos, “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, 2013, pp 83-140. Publicado también en la Rivista giuridico amministrativa per il Trentino Alto Adige - Zeitschrift für Trentino-Südtirol über Recht und Verwaltung, EDK editore, 4, 2013, ISSN: 1593-5701.

¹⁹⁴ Sorprende, cuando menos, que en los supuestos de contratos de colaboración pública privada, donde realmente existe transferencia de riesgos en la construcción, no suele darse los supuestos de modificación contractual. Y ello porque el beneficiado con este cumplimiento correcto es el propio contratista. Por todos, sobre esta ventaja del contrato de CPP en el cumplimiento en fase de ejecución, me remito a T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público, La Ley*, Madrid, 2009, pp. 665 y 666. En el Reino Unido se exploró ya esta modalidad contractual a través de los *Project Finance Initiative* (PFI), que se configuran como instrumentos para un efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión de sector privado y donde el criterio rector de estas PFI es el “*Value for Money*” en tanto parámetro de eficiencia. Al respecto resulta de interés el estudio de J. DE LA CRUZ FERRER, “Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, 2000, pp. 471-486 así como el trabajo de E. NIETO GARRIDO, “La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido”, *RAP* núm. 164, 2004, pp. 389-406.

¹⁹⁵ Como bien proponía R. CASTAÑEDA SÁNCHEZ en su trabajo *Reflexiones sobre la supervisión de proyectos: ¿cuándo y cómo la supervisión de proyectos?*”. *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos*, Número 3443, 2004, pp. 19-30.

¹⁹⁶ La cuestión de la responsabilidad del autor del proyecto es un elemento clave para regular esta problemática. Así lo habían entendido ya en el Derecho Romano. Como indica J.M. DE LA PEÑA OLIVAS, ya antes de Cristo, debían ser corrientes los modificados de obra. Según Vitrubio, que fue arquitecto de Julio Cesar, en Éfeso existía una ley por la que se obligaba al arquitecto cuando se le encargaba dirigir una obra pública, a fijar el coste máximo y, fijada esta cantidad quedaban hipotecados todos sus bienes ante el magistrado hasta que la obra estuviera totalmente terminada. Acabada ésta, si el coste había respondido a lo estipulado, quedaba el arquitecto libre y era premiado con decretos honoríficos; en caso contrario, si el exceso no sobrepasaba el 25%, la diferencia se pagaba con dinero público y el arquitecto no quedaba sometido a pena alguna, mientras que el exceso del 25% se abonaba con cargo a los bienes del arquitecto. “Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano (Nuevos Elementos de Ingeniería Romana)”, III Congreso de las Obras Públicas Romanas. Astorga 2006, Junta de Castilla y León - Colegio de Ingenieros T. de O. P , p. 354.

enfoque de las inversiones de la UE, e insiste el que los responsables políticos de la UE deben ajustar más estrechamente el presupuesto a las prioridades estratégicas de la Unión a largo plazo y aumentar su capacidad de respuesta ante las crisis. Además, insisten en que los legisladores europeos deben asegurarse de que los regímenes de gastos fijen claramente los resultados perseguidos y los riesgos asumibles. Por su parte, los gestores financieros deben asegurarse de que el dinero se gaste conforme a las normas establecidas y alcance los resultados que con él se pretende conseguir¹⁹⁷.

Además, en el diseño del pliego, como ha indicado J. COLAS, es obvio que no sirven las tradicionales «*cláusulas de estilo*», que pueblan y anidan en los pliegos de las entidades del sector público, para dar por cumplido el requerimiento de previsión que el precepto exige. Se exige rigor, no improvisación, objetividad, no mero parecer; y posibilidad de verificación, no adivinación o intuición¹⁹⁸.

Cuarto.- Es necesario que la solución jurídica que se adopte resulte indiferente de la cuantía del contrato y de la naturaleza del poder adjudicador. No puede olvidarse que esta dualidad puede resultar contraria a los principios europeos de la contratación pública, que se aplican a todo contrato público al margen de su importe, como bien advierte el considerando 1 de la Directiva 2014/24, de contratación pública. La Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, C 179/02, ya indicaba: *“En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario.(...) De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar*

¹⁹⁷ Sirva de ejemplo las conclusiones del Informe Especial nº 21/2014: Infraestructuras aeroportuarias financiadas por la UE, que pone de relieve su escasa rentabilidad. El Tribunal examinó veinte aeropuertos en cinco Estados miembros y constató que, en muchos casos, la financiación de la UE se concede a aeropuertos muy próximos entre sí: en trece aeropuertos existen solapamientos significativos entre las zonas de influencia de aeropuertos vecinos, que dieron lugar a poca rentabilidad, al tamaño excesivo de las infraestructuras financiadas por la UE y a excesos de capacidad. El Tribunal observó asimismo que la financiación de la UE no era rentable y que siete de los veinte aeropuertos examinados tampoco lo eran, por lo que existe el riesgo de que tengan que cerrar si no reciben ayudas públicas continuas. Respecto a infraestructuras inútiles y estructuras sobredimensionadas, la UE pone como ejemplo Fuerteventura, que recibió 21 millones de fondos europeos para triplicar el número de puertas de embarque (de 10 a 24) y su superficie (de 34.000 a 93.000 metros cuadrados). El Tribunal de cuentas concluye que pocos de los aeropuertos estudiados tienen “valor económico real”, que son “demasiados” y que fueron financiados con desmesura. Augura además que la mayoría de ellos, particularmente en España, deberían cerrar en 2035 por falta de pasaje. Además, considera que cinco de los ocho aeropuertos estudiados (Córdoba, Burgos, Badajoz, La Palma y Vigo) no son viables y que, a excepción –obvia, por otra parte- del Barajas, ninguna de las instalaciones tuvo un impacto positivo en la economía de la región. Las conclusiones, por sí, revelan al ineficiencia de la programación de infraestructuras (muchas de ellas, además, con modificaciones en la ejecución).

¹⁹⁸ J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, ob. Cit., p. 269.

*excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)*¹⁹⁹. Y no puede desconocerse el hecho de que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013 al analizar contratos no cubiertos por la Directiva de contratación pública, afirma de forma clara que ello no elimina la sujeción a los principios de la contratación pública y utiliza en su razonamiento la citada Comunicación interpretativa de 2006, concluyendo que: *“aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente.*

Esto significa que en contratos de importe no armonizado deberán tener un régimen equivalente en el nivel de eficacia como ha advertido la citada STJUE de 6 de octubre, *Orizzonte Salute*, C- 61/14. Lo que es evidente que no se cumple con los recursos administrativos ordinarios (frente a la extensión del recurso especial), que funcionan en la práctica como una consecuencia más del principio de autotutela de la administración²⁰⁰. Ni con la opción de permitir la modificación libre a poderes adjudicadores no administración pública en contratos no armonizados. Y es que en modo alguno pueden admitirse, bajo ningún tipo de argumentación jurídica, que resulten posibles escenarios donde existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos de reglas en función su umbral.

Quinto.- Son tiempos de necesarios cambios. El nuevo marco regulatorio de la Unión debe ser una oportunidad para acotar las malas prácticas y la corrupción en los contratos públicos y repensar tanto cómo articular una nueva normativa de contratos que satisfaga los intereses públicos con respeto a los principios de igualdad de trato, eficacia, transparencia, eficiencia y rendición de cuentas, además de repensar cual debe ser la “mejor” organización administrativa²⁰¹. De un modelo burocrático a un modelo de “contratación

¹⁹⁹ Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

²⁰⁰ Debe recordarse que la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), subraya que se debe evitar la introducción de nuevas normas para los mercados de contratación pública que no alcancen los umbrales de la UE, ya que se puede poner en peligro la seguridad jurídica establecida a escala nacional. Por todos, me remito a mi monografía *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora). Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.*

²⁰¹ Como ha destacado A. CERRILLO (“Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local”, Anuario de Derecho local 2011, IDP, Barcelona, 2012, pp. 277 y ss.), el diseño normativo de adecuadas estructuras organizativas, debidos

abierta”²⁰². Pero no será suficiente –como venimos insistiendo en anteriores trabajos- si no se asume el reto de una adecuada y efectiva profesionalización de la contratación pública²⁰³. La profesionalización que se propugna en el ámbito de la UE se refiere, en primer lugar, a la formación y preparación de todos los sujetos implicados en la contratación. Solo así se puede conseguir una nueva actitud de los gestores que permita abandonar una posición «pasiva» y lanzarse a actuar en el mercado con una visión de sus funciones que se alejan de lo burocrático e incluyen la planificación estratégica y la gestión de proyectos y riesgos (lo que exige cambios en la organización y prospectiva de actuación)²⁰⁴.

Es momento de revisar en profundidad nuestro modelo jurídico y práctico (es una oportunidad) pues, recordando nuevamente a Albert Einstein, “*no podemos pretender que las cosas cambien si siempre hacemos lo mismo*”.

En definitiva, es necesaria una nueva gobernanza de la contratación pública –donde la ejecución y modificación se presenta como elemento clave- desde la óptica de la transparencia, que debe coordinarse con las necesarias medidas de regeneración democrática (y de ejemplaridad y ética pública)²⁰⁵, que permitan asentar nuestro sistema institucional público²⁰⁶. Por ello, el

procedimientos de toma de decisión y mecanismos de refuerzo de la transparencia administrativa son las vacunas frente a la corrupción pública. Y el escenario de los contratos públicos es especialmente idóneo para medidas profilácticas de este tipo. Muy elocuente sobre esta visión relativa a la organización como obstáculo, el trabajo de F. FRACHIA, “L’amministrazione come ostacolo”, en Rivista Il diritto dell’economia, vol. 26, n. 81 (2-2013), pp. 357-393. Como advierte con carácter general, pero claramente aplicable a la contratación pública, sin transparencia ni concurrencia, con regímenes excepcionales, se pone en peligro la democracia

²⁰² Como bien ha denominado A. SANMARTIN MORA, en su colaboración “Contratación abierta”, (publicada en www.obcp.es), y que define como una contratación transparente en todo tipo de contrato y en todas sus fases, con especial interés en los rendimientos del contrato y que tiene por destinatario a todos los ciudadanos. La Guía sobre Gobierno Abierto, elaborada en 2013 por el Instituto del Banco Mundial para la asociación internacional *Open Contracting Partnership*, contiene pautas para lograr un sistema de Contratación Abierta, que ha de garantizar procesos de contratación transparentes y justos y crear mecanismo activos de participación ciudadana y «reparación» de la contratación pública.

²⁰³ A. SANMARTIN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012., pp. 408-409. Este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la “profesionalización” de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa. También A. GARCIA JIMENEZ “Gestión profesional de las licitaciones públicas: propuestas para la nueva Ley de contratos del Sector Público», Revista Aranzadi Doctrinal, núm.10, 2015, pp. 37-50.

²⁰⁴ J. M GIMENO FELIU, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, , pp. 37-105.

²⁰⁵ Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo Javier Gomá, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009. También el estudio de J.MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Ed. Gedisa, 2002

²⁰⁶ No puede desconocerse el dato de que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto

control de la modificación contractual debe analizarse y diseñarse desde esta óptica²⁰⁷. Y el régimen que se aplique debe ser uniforme con indiferencia del importe y de sujeto contratante. Otra opción supondrá un claro “retroceso” jurídico y pondrá en riesgo la esencia de la propia vocación de la gestión pública, que es satisfacer de la mejor manera el interés público²⁰⁸.

económico globalizado. Una correcta utilización del contrato público, como instrumento al servicio de políticas públicas debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo. Vid. el libro colectivo dirigido por J. PERNAS *Contratación pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 y mi monografía *El nuevo paquete legislativo...*, ob. cit., en especial, pp. 39-60.

²⁰⁷ Es momento también para actualizar los conceptos y pilares sobre los que se diseñó el modelo institucional del contrato administrativo en España, donde la idea basilar de las “prerrogativas administrativas” cede a favor de un modelo de igualdad de trato, eficiencia e integridad en la gestión de los fondos públicos. Idea que expone con claridad el trabajo de J.L. MEILAN GIL, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, RAP núm. 191, 2013, pp. 11 y ss. Esta necesidad de actualización es evidente en los temas de los modificados contractuales (p. 30). En el fondo, se diluye la categoría del contrato administrativo, caracterizado, por un derecho exorbitante, de tal manera que el enigma del contrato administrativo (en sugerentes palabras de ARIÑO ORTIZ, “El enigma del contrato administrativo”, RAP núm. 172, 2007, pp.79-102) parece resolverse hacia una regulación del contrato público ya no justificada en el *imperium*, sino en la transparencia para preservar un modelo de concurrencia.

²⁰⁸ Y el cumplimiento de los principios del Derecho de la Unión Europea es una forma más de hacer valer el interés público, pues también estos tienen como objetivo el logro de una contratación más favorable para los intereses públicos. Vid. J.J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, “El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual”, en *La contratación Pública: problemas actuales*, Cano Campos/Bilbao Alexiades (coord.), Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, p. 154