



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

Limits to the modification of contracts in Law 9/2017 of November 8th, of the Public Sector Contracts.
Analysis of the transposition of Directive 2014/24/EU to the spanish legal system

CRISTINA CLEMENTINA ARENAS ALEGRÍA
Universidad de Deusto
carenas@deusto.es

LABURPENA: Kontratu publiko baten egikaritzaren testuinguruan, arrazoi edo kausa jakin batzuk gerta daitezke, haren izaera alda dezaketenak, aldaketa batzuk egin behar izateraino. Halakoetan, kontrajarrita gerta daitezke, alde batetik, kontratu bati eusteak berez duen interes publikoa, aldaketaren bat egin behar bazaio ere, eta bestetik, kontratuaren aurretiazko suntsiarazpena, hitzartutako prestazioa burutu ezin delako. Egoera horretan, legelari espainiarrek nahiz europarrek alde batera zein bestera jo izan dute. Legedi espainiarra, Ekonomia Jasangarrirako Legea iritsi arte, oso epel agertu zen, kontratu-aldaketen kontrolari zegokionez. Behin kontratazioari buruzko 2014ko zuzentarauak onartuta, transposizioa egin behar zitzaien, eta hasitako ildoari jarraipena eman, alegia, kontratuen aldaketa salbuespen gisa eta modu justifikatuan tratatu behar dela, lizitazioen izaera lehiakorra ez kaltetzearren. Lan honetan aztertu nahi dena da Sektore Publikoko Kontratuen Legeak 2014 Zuzentarauari egin dion transposizioa.

HITZ GAKOAK: Kontratazio publikoa. Aldaketa. Eskumena.

ABSTRACT: In the framework of the execution of a public contract some specific causes can change its nature and therefore make necessary some amendments. The contrast that occurs in those cases between the public interest aimed at the maintenance of the contract although it involves an amendment and the premature termination of it due to the inability to perform the agreed service, has provoked that national and european legislators prioritize in some ocasiones for one or the other. The Spanish legislation up until the passing of the Sustainable Economy Act was very timid regarding the control of amendments. Once Directives from 2014 about public procurement were enacted it was necessary their transposition by following the line that understands that the modifications should be addressed as exceptional and justified with the purpose of not undermining the

competitive nature of bidding. We try to analyze the transposition of the Directive from 2014 by the Public Sector Contracts Act.

KEYWORDS: Public procurement. Amendments. Competition.

RESUMEN: En el marco de la ejecución de un contrato público pueden darse determinadas causas que alteren su naturaleza y, por tanto, hagan necesarias algunas modificaciones. La contraposición que en estas ocasiones se produce entre el interés público ínsito en el mantenimiento un contrato, aunque suponga una modificación, y la resolución anticipada del mismo por la imposibilidad de realizar la prestación pactada, ha provocado que el legislador nacional y europeo se decante en distintas ocasiones por uno u otro. La legislación española hasta la Ley de Economía Sostenible se mostró muy tímida en el control de los modificados. Una vez aprobadas las Directivas 2014 sobre contratación fue necesario a través de su trasposición seguir la línea emprendida en el sentido de entender que la modificación debe tratarse de manera excepcional y justificadamente para no desvirtuar el carácter competitivo de la licitación. Se pretende analizar en este estudio la trasposición de la Directiva 2014 por parte de la LCSP.

PALABRAS CLAVE: Contratación pública. Modificación. Competencia.

Trabajo recibido el 24 de junio de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 27 de septiembre de 2019

Sumario: I. Introducción.—II. Planteamiento general. Ámbito subjetivo de la aplicación de la LCSP en materia de modificación.—III. Ámbito objetivo de la modificación de los contratos. 1. Modificaciones previstas. 2. Modificaciones no previstas. IV. Sobre lo que constituye alteración sustancial del contrato. V. El elemento intencional como determinante de la modificación sustancial.—Bibliografía.

I. Introducción

Es comúnmente aceptado que la parte «sensible» de los contratos del sector público está constituida por la fase de preparación y adjudicación. Es en estas fases donde la transparencia y competencia se encuentran en riesgo de vulneración. Por el contrario, la fase de ejecución de los contratos se ha entendido tradicionalmente como un periodo en el que no había necesidad de garantizar los principios de igualdad de trato que imperan en la contratación, afirmándose que tras la adjudicación se entraba en una fase ad intra.

Esta ha sido también la línea que la legislación española ha seguido sobre contratos públicos, con una regulación muy permisiva en materia de modificados. Se extendió la idea de que los contratos públicos están vivos y necesitan reajustarse a nuevas circunstancias. Si bien esto puede ser cierto, la realidad ha sido que la modificación de los contratos encubría en numerosas ocasiones la falta de diligencia del gestor, de previsión del contratista o la adjudicación directa de nuevas prestaciones(1). La interpretación de que el fin público es inmutable y, sin embargo, el contenido prestacional del contratista es mutable ha sido confirmada en ocasiones por el Tribunal Supremo(2).

Es evidente la contraposición que en este tema se produce entre el interés público ínsito en el mantenimiento del contrato, aunque suponga una modificación, y la resolución anticipada del mismo por la imposibilidad de realizar la prestación pactada. Y es que esto último tiene un enorme coste burocrático y es contraproducente en términos de rentabilidad política y económica(3). Ciertamente la regulación del fondo de los contratos se mueve entre fomentar una interpretación en favor del mantenimiento del contrato que se realice aplicando criterios flexibles en las

(1) GIMENO FELIÚ, José María, «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», en *Jornadas sobre el impacto de las nuevas Directivas de Contratos del Sector Público*, Mayo 2016, pág 2.

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000/ 318) y Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 (RJ 2008/1739).

(3) BAÑO LEÓN, José María, «Del *ius variandi* a la libre competencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos», en *Anuario del Gobierno Local*, Mayo de 2013, pág 142.

condiciones de modificación previstas en los pliegos(4), y la no vulneración de los principios de seguridad, transparencia y libre concurrencia.

En la tensión entre el principio de eficacia en el servicio al interés general (continuidad del contrato modificándolo) y libre concurrencia (no modificación, que se respete lo licitado) el Derecho español ha dado más importancia a lo primero y, por el contrario, el europeo a lo segundo(5). Aunque en su redacción inicial, la Ley 30/2007(6) parecía dejar limitada la discrecionalidad administrativa para modificar los contratos(7), la práctica fue otra y la modificación con escaso control se convirtió en una constante, dando lugar a innumerables abusos y corruptelas.

Lo cierto es que, tal y como apuntó el Consejo de Estado(8), la interpretación y aplicación que de los textos legales venía haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 28 de febrero de 1989), la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes ns 1508/93, de 10 de febrero de 1994, y 2582/95, de 1 de febrero de 1996, entre otros) y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informes 48/1995, de 21 de diciembre de 1995, y 50/03, de 12 de marzo de 2004) no difería, en realidad, de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La admisibilidad del *ius variandi*, justificada en la necesidad de satisfacer el interés público ínsito en la figura del contrato administrativo, tenía como límite el respeto a los principios de publicidad y concurrencia. Es por ello por lo que la prerrogativa de modificación unilateral del contrato perdía su razón de ser cuando la modificación tenía especial entidad, de forma que en estos casos de modificación sus-

(4) Tal y como apunta CALVO RUATA, Pablo, en «La zozobra de la modificación de los contratos públicos. ¿Tiempo de hacer la necesidad virtud?, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 03, 2021, pág 385, «si nos posicionamos razonablemente a favor del mantenimiento de los contratos es necesario flexibilizar la interpretación de los hoy numerosos obstáculos a su modificación».

(5) GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en *Las nuevas Directivas de contratación Pública. Observatorio de contratos públicos*. X Congreso Asociación Española de profesores de derecho Administrativo, Aranzadi. 2015, pág 2.

(6) Ley de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público.

(7) En este sentido se limitaba la posibilidad de modificar: primero, en las exigencias materiales que habilitaban la modificación, además de la concurrencia del interés público, era necesaria la atención de causas imprevistas, cuya necesidad debía estar justificada en el expediente. La aparición de «necesidades nuevas» ya no ofrecía sustento a la reforma por la Administración de los términos pactados. En segundo lugar, quedaba vedado que la modificación contractual afectase a las condiciones esenciales del contrato. Aun cuando, en aras del principio de igualdad y concurrencia entre licitadores, este límite material al ejercicio del *ius variandi* ya estaba presente en la doctrina del Consejo de Estado, su plasmación legal estaba llamada a contribuir a la observancia de tales principios. Finalmente, en el plano formal, se exigía que la posibilidad de que el contrato fuera modificado se recogiera en los pliegos y en el documento contractual.

(8) Circular de la Abogacía del Estado 1/2011, de 7 de abril, sobre régimen de la modificación de los contratos del sector público.

tancial lo procedente era la resolución del contrato, con reconocimiento al contratista de la oportuna indemnización, y la convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación.

La práctica administrativa seguida era, sin embargo, muy distinta. Dado que la modificación no tenía, en sentido estricto, un límite cuantitativo, pues el umbral del 20% (en más o en menos) del precio del contrato sólo actuaba como causa de resolución a voluntad del contratista, eran muy frecuentes las modificaciones que rebasaban ese límite y a las que los contratistas no se oponían, resultado al que contribuía especialmente la práctica habitual de efectuar bajas considerables en las ofertas que luego eran compensadas con las modificaciones.

Todo ello fue objeto de varias llamadas de atención por parte de la Comisión Europea (9), a resultas de lo cual la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 11 de marzo) trajo consigo un cambio muy significativo en el régimen legal de modificación (10). A partir de ésta se produjo una mayor transparencia no sólo en las fases de licitación del contrato, sino también durante la ejecución del mismo, lo que redundó en la apreciación generalizada de mejora en la seguridad jurídica de la norma (11).

Resultó paradójico por ello que culminado el colosal esfuerzo de adaptarnos en este ámbito a la Derecho de la Unión, lo que sólo conseguimos con la aprobación de la Ley de Economía Sostenible, la Directiva sorprenda en 2014 con una regulación mucho más posibilista y permisiva en materia de modificación (12).

Sin embargo, puestos los cimientos de la nueva regulación nacional, más acorde con aquellos principios de transparencia, la LCSP (13) acometió en 2017 la labor de trasponer las Directivas 2014 siguiendo, en lo que a la modificación se refiere la línea emprendida.

Tal y como expuso el Consejo de Estado (14),

(9) Así lo hizo en la Carta de Emplazamiento de 8 de mayo de 2008 y en el Dictamen motivado de 10 de diciembre de 2008 advirtiendo de la indefinición de la ley española antes las situaciones de modificación y la obligada reconducción de la definición y tratamiento de las circunstancias imprevisas que la permitían.

(10) El Preámbulo de la LES se manifestaba así: En especial se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10% el precio inicial del contrato.

(11) ESTÉVEZ, Eduardo, «El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence», en *Contratación Administrativa práctica*, n.º 124, Marzo-Abril, 2013, pág 1.

(12) GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos... *op. cit.*, pág 3.

(13) Ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2015/24/UE de 26 de febrero de 2014.

(14) Dictamen 1116/2015, 10-3-16.

«La LCSP es más exigente que en la configuración de los supuestos en los que cabe la modificación de los contratos que la Directiva. No obstante, 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, tiene cabida dentro de la 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»

Remarca la reciente Ley que estamos ante una excepción al principio *pacta sunt servanda* por razón de interés público por lo que la modificación solo podrá utilizarse en casos excepcionales y con sujeción a los requisitos establecidos en la normativa aplicable (15). Es una potestad reglada, eso sí, repárese en la dicción legal, plagada de conceptos jurídicos indeterminados.

II. Planteamiento general. Ámbito subjetivo de la aplicación de la LCSP en materia de modificación

La Directiva 2014 sobre contratación pública (16), en lo que a la modificación de contratos se refiere, adoptó un esquema de redacción un tanto confuso. En su artículo 72 recoge los supuestos en los que, por constituir una excepción, puede modificarse el contrato sin necesidad de una nueva adjudicación (17), y en el último apartado recoge la norma general, es decir, cualquier otra modificación que no reúna los requisitos expuestos requerirá una nueva adjudicación.

(15) En este sentido La Autoridad Vasca del a competencia en su Guía sobre contratación pública y Competencia, trata de ofrecer pautas a los órganos de contratación y otros profesionales que intervengan en este ámbito, así como identificar las cuestiones y posibles indicios de conductas colusorias. En este sentido les anima a realizar un seguimiento del número de contratos modificados sobre el total de los contratos licitados por cada entidad pública en aras de determinar la frecuencia con la que los entes públicos recurren a esta figura excepcional. En el mismo sentido les indica la necesidad de realizar un seguimiento de la variación del presupuesto inicial con respecto del precio final pagado en los contratos que hayan sido objeto de modificación en aras de conocer la desviación económica.

(16) Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014.

(17) DÍEZ SASTRE, Silvia, en «La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Contratación Pública», en <http://www.obcp.es/>. Llama la atención sobre la peculiar forma de redacción en la Directiva. 2014.

La Ley española parte de una redacción inversa, a nuestro juicio más lógica. Establece en primer lugar un concepto restringido de la modificación para regular después los supuestos permitidos. Se trata en definitiva de una potestad de la Administración que supone una excepción al principio general de inalterabilidad de los contratos sin el consentimiento de ambas partes que rige en los contratos sinalagmáticos(18).

La Ley refiere su regulación sobre modificación de contratos básicamente a los contratos administrativos, pero extiende parte del articulado sobre modificados a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública (PANAPS). El resto de entes del sector público se rigen en cuanto a efectos y extinción de sus contratos por el derecho privado.

Por lo que respecta a la obligatoriedad de las modificaciones, hay que distinguir entre modificaciones previstas e imprevistas. Las primeras resultan obligatorias por su propia naturaleza tanto para el contratista que pactó con las Administraciones públicas, si se trata de un contrato administrativo, como con el resto de poderes adjudicadores. Al estar previstas en los pliegos se entiende que el contratista se ha comprometido a llevarlas a cabo en el caso de que surjan las circunstancias establecidas en los pliegos.

Las modificaciones imprevistas resultan obligatorias en los contratos celebrados por las Administraciones públicas, tratándose de un contrato administrativo, pero no así a los celebrados por poderes adjudicadores no Administración pública. En efecto el artículo 206 LCSP, relativo a la obligatoriedad de las modificaciones imprevistas del contrato cuando no superen el 20% del precio inicial del contrato sin IVA(19), no se extiende a los PANAPS.

Respecto a los contratos privados celebrados por las Administraciones públicas se les aplica la normativa general sobre cláusulas previstas y no previstas sin posibilidad de imponer la modificación.

La regulación contenida en la Ley se adecúa con carácter general en materia de modificados a los establecido en la Directiva. Esto es, no extiende la normativa sobre modificación a todos los contratos celebrados por entes del sector público.

Ello no obstante, la normativa sobre modificación a los contratos privados, tanto los celebrados por la Administración pública como los celebrados por PANAPS ha sufrido diversas modificaciones en el proceso de elaboración y aprobación de la actual LCSP. Así, en el borrador de Ante-

(18) MEMENTO PRÁCTICO. FRANCIS LEFEBVRE: *Contratación Pública. Abogacía del Estado*. Lefebvre-El Derecho, 2018-2019, pág 348.

(19) DÍEZ SASTRE, Silvia, «La contratación de entes del sector público que no son Administración Pública», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2017 | 09 | 2018, pág 331.

proyecto aprobado en abril de 2015, la normativa de modificación contractual sólo se aplicaba a este tipo de contratos si se trataba de contratos SARA. En la redacción dada al Proyecto en noviembre de 2016 y septiembre de 2017 sin embargo, se extendió la aplicación de la normativa (con las limitaciones apuntadas sobre procedimiento y obligatoriedad) a todos los contratos celebrados por los PANAPS. Quedó sin embargo la exclusión de dicha normativa a los contratos privados celebrados por Administraciones públicas no sujetos a regulación armonizada.

Lo cierto es que el Consejo de Estado (20) en su informe sobre Anteproyecto de 2015 se había manifestado a favor de una flexibilización del régimen de modificación. Afirmó que,

«En la ponderación global del régimen anteproyectado, lo primero que cabe constatar es 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.

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».

Y en línea con esta postura, consideró el Consejo de Estado que «en comparación con el TRLCSP en vigor, la aplicación de este régimen de modificación está más acotada. En efecto 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 posibilidad de libre modificación en los contratos no armonizados para los poderes adjudicadores no Administración pública recogida en el Anteproyecto, no se correspondía con nuestra realidad que ha llegado a un nivel de corrupción más allá de cualquier previsión. La mayor parte de estos casos se producen en el ámbito de poderes adjudicadores creados ex profeso para eludir la normativa de modificación.

(20) Informe del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016. Documento CE-D-2015-1116.

Esta decisión de «facilitar» la modificación contractual en contratos no armonizados de poderes adjudicadores no Administración pública, aun con los límites de control cuando se supera el veinte por ciento en los supuestos no previstos, suponía un claro «retroceso» en la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción. El régimen posibilista de la modificación contractual (vinculada a la máxima del *ius variandi*) ponía en cuestión los objetivos de la reforma europea y nacional (21).

Y no se trata tan solo de una cuestión de precaución o de protección de la competencia, es que la no extensión de la normativa a los contratos no SARA de poderes adjudicadores no Administración pública producía en la propia ley numerosos desajustes.

En este sentido, las cuestiones que se suscitasen tanto respecto a las modificaciones previstas como no previstas de los contratos celebrados por los PANAPS, y si se entendía que dicha modificación debió ser objeto de nueva adjudicación, eran competencia de la jurisdicción contencioso administrativa independientemente de que los contratos fuesen o no sujetos a regulación armonizada, lo que no casaba con el hecho de que la modificación de los contratos no SARA de los PANAPS se rejía por el Derecho privado.

Además se producía en el Anteproyecto de Ley una incongruencia apuntada en su día por CODINA ANDRADE (22). En efecto, se recogía con carácter general que las modificaciones no previstas en los pliegos y acordadas por el órgano de contratación que no superasen el 20 % del precio inicial resultaban obligatorias para el contratista. Como el artículo 26.3 del Anteproyecto extendía a los PANAPS la aplicación de todo el régimen de contratación, resultaba que determinadas entidades del sector público se encontraban habilitadas para modificar unilateralmente un contrato.

Pues bien, estos problemas han sido resueltos, al menos sobre el papel, en la redacción definitiva de la LCSP que extiende, como dijimos el régimen general de modificación de los contratos a todos los celebrados por PANAPS.

III. Ámbito objetivo de la modificación de los contratos

En la línea del derogado TRLCSP (23), la Ley vigente comienza por excluir del ámbito de la regulación los supuestos de sucesión del contratista, cesión de contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución.

(21) GIMENO FELIÚ, José María, «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector ... op, cit, pág 82.

(22) CODINA ANDRADE, Xabier, «La nueva regulación de la modificación del contrato en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 2015», en *La Ley* núm. 78877/2017, pág 2.

(23) Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre.

La novación subjetiva no se ha considerado tradicionalmente un supuesto de modificación. La Directiva 2014 regula expresamente los supuestos en los que un cambio de contratista está permitido sin necesidad de nueva adjudicación. Se trata de una mera diferencia en la redacción, quizás más clara la de la Directiva al regular en qué casos cabe esta sustitución, y también más limitada puesto que a estos supuestos se les aplicará la restricción de no alterar la naturaleza global del contrato.

Así, en la Normativa europea los contratos públicos sólo podrán modificarse sin necesidad de iniciar un procedimiento de licitación, en lo que a las modificaciones subjetivas respecta, cuando esta modificación sea consecuencia: a) de una opción o cláusula de revisión inequívoca; b) de la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial(24) y; c) de la asunción por el poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la Legislación nacional.

La Ley sin embargo continúa tratando la novación subjetiva como un supuesto de sucesión del contratista.

Al margen, por tanto de estos casos, el contrato pactado sólo podrá alterarse en dos supuestos:

1. En función de las circunstancias previstas en pliegos, siempre que no alteren la naturaleza global del contrato.
2. En función de circunstancias imprevisibles, aunque no estén previstas.

Analizaremos con más detenimiento cada una de estos supuestos

1. Modificaciones previstas

La necesidad de regular esta peculiar prerrogativa administrativa ha sido, incluso, puesta en cuestión. Opinan algunos(25) que el *ius variandi* es una potestad que surge de la Ley, por lo que no es necesario ninguna previsión al respecto en el clausulado, es más, un pacto en contra de su ejercicio sería nulo. Los más(26) sin embargo, entienden que concurre interés público en la realización de la prestación tal y como se pactó, por lo

(24) Tal y como apunta GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre ... *op. cit.*, pág 51 para operar la modificación no es suficiente una situación de insolvencia si no se produce en el marco de una reestructuración empresarial.

(25) HORGUÉ BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra*, Marcial Pons, 1997, pág 25-30.

(26) VÁZQUEZ MATILLA, Jesús, «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 94, 2020, pág 32.

que es necesaria una habilitación específica y de definición de los límites al ejercicio de la modificación.

La primera limitación que establece la LCSP a las modificaciones previstas, es que no pueden superar el 20 por ciento del precio inicial del contrato (27). El TRLCSP partía de la premisa de que no debía existir limitación respecto al valor pecuniario siempre que la modificación esté prevista en los pliegos. La Directiva excluyó expresamente como límite a la modificación prevista su valor pecuniario. La Ley entiende que no puede preverse cualquier modificación que implique una alteración importante del precio y fija ese tope en el 20% del precio. Esta misma cifra sirve al legislador para determinar una cantidad por debajo de la cual puede la Administración imponer al contratista una modificación no prevista.

Por lo demás, la formulación de las modificaciones previstas se regula en términos similares a lo que establecían el TRLCSP y las Directivas de cuarta generación (28), es necesario que tales circunstancias estén formuladas de forma clara y concisa. Si las condiciones en las que se han previsto dichas modificaciones están fijadas con suficiente claridad no estamos realmente ante modificaciones del contrato sino modificaciones derivadas del propio contrato por lo que no hay riesgo de que se falsee la competencia (29).

La Ley especifica además lo que, en sentido finalista, ha de entenderse por formulación clara y precisa. Esto es, la claridad exigida es la que permita a los licitadores comprender el alcance de la modificación e interpretarla de la misma forma (30), así como que permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los licitadores de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.

(27) A juicio de CANALES GIL, Álvaro, y HUERTA BARAJAS, Justo Alberto en *Comentarios a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*, Ed. BOE, 2018, pág 509, se entiende IVA excluido. Además, tal y como recuerdan los autores, en caso de que como consecuencia de la modificación experimente variación el precio *final* ofertado, deberá reajustarse la garantía definitiva para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado.

(28) La Directiva exige a este respecto que la previsión este recogida de manera clara y se pueda inferir su funcionamiento (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento.) Y ello no sólo para que los licitadores puedan hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse y consecuentemente formular su oferta, sino porque de ello depende el cálculo del valor estimado del contrato.

(29) GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos en la cuarta generación ... *op. cit.*, pág.32.

(30) El Considerando 111 de la Directiva se refiere a diversas situaciones con carácter ejemplificativo: indexaciones de precios o garantizar que equipos de telecomunicaciones que deban entregarse durante un período determinado sigan siendo idóneos, incluso en caso de modificación de protocolos. En todo caso, añade que las cláusulas de modificación que se prevean no deben proporcionar una discrecionalidad ilimitada a los órganos de contratación.

En todo caso estas modificaciones previstas tienen un límite infranqueable, y es que no pueden alterar la naturaleza global del contrato (31).

Así como el TRLCSP (32) no establecía este límite respecto a las modificaciones previstas en los pliegos, tanto la Directiva como la Ley lo consideran, y este límite es la no alteración de la naturaleza global del contrato. En este sentido, de la lectura de la Directiva y de la Ley puede deducirse que «modificación sustancial» y «alteración de la naturaleza global» no son sinónimos, pese a que hay quienes (33) los equiparan. En efecto la alteración de la naturaleza global del contrato constituye un límite a las modificaciones previstas mientras que la modificación no sustancial está siempre permitida incluso aunque no esté prevista.

Cuestión importante por tanto es saber qué ha de entenderse por alterar la naturaleza global del contrato. Nada dice la Directiva en su articulado pero sí en el considerando 109. Se refiere a la sustitución de obras, suministros o servicios por otros diferentes o a la modificación de manera fundamental el tipo de contratación. Al margen de la confusión que introduce el concepto indeterminado «fundamental», un cambio de tipo de contrato lo es, lo importante de la mención es la referencia final, «ya que en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado».

La Ley parte de la misma ejemplificación que la Directiva pero de una manera un tanto más clara y concreta, eso sí, sin la referencia al resultado. Así, son supuestos en los que se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato.

Pues bien, volviendo a la Directiva podemos preguntarnos a qué resultado cuya influencia es decisiva se refiere. De una lectura conjunta del considerando 109 y el 107 puede extraerse que se está refiriendo a mo-

(31) Según el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en acuerdo 76/2015, de 20 de julio. aun cuando las modificaciones estén previstas, las circunstancias que las motivan deben ser imprevisibles. En efecto los pliegos tienen que determinar con absoluta precisión qué se hará (con qué límites, en qué dirección, procedimiento.) ante circunstancias imprevistas.

(32) VÁZQUEZ MATILLA, Jesús, *La modificación de los contratos ... op. cit.*, pág 173, entiende que la razón estribaba en que la estar descritos en el condicionado son conocidos por las partes y por tanto no alteran el contrato inicial. A juicio de BAÑO LEÓN, José María, «Del *ius variandi* a la libre ... op. cit., pág. 146, «ciertamente esta objeción podría superarse con la propia redacción del artículo, porque si la modificación está prevista en el pliego de condiciones debe ser objetiva y permitir al licitador su valoración a efectos de formular su oferta y, por tanto difícilmente cabe que tal modificación altere el objeto del contrato, al formar parte, con carácter esencial del mismo». No compartimos esta opinión puesto que la Directiva parte del mismo supuesto, esto es cláusulas que integren de forma clara la modificación y, sin embargo, añade una condición más, esto es, que la modificación prevista no alteren la naturaleza global del contrato.

(33) BAÑO LEÓN, José María, «Del *ius variandi* a la libre competencia... op. cit., pág 144; para este autor, sin embargo, «alteración de la naturaleza global del contrato» y modificación sustancial del contrato son conceptos equivalentes.

dificaciones que habrían influido en el resultado del procedimiento en el caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial.

En efecto, es preciso tener en cuenta que el criterio de la naturaleza global no hace referencia exactamente a la naturaleza del contrato, sino a características esenciales del procedimiento de contratación que se ha realizado previamente. En estos términos, se alterará la naturaleza global de la contratación si se introducen variaciones en aquellos elementos que de modo más decisivo han condicionado el desarrollo del procedimiento de contratación desde la perspectiva tanto del número de las ofertas recibidas como de su contenido. A juicio de GALLEGO CÓRCOLES ello sucederá, cuando se rebasen determinados límites cuantitativos, o cuando se altere el equilibrio del contrato en favor del contratista (34).

Lo cierto es que el hecho de que la Directiva se refiera a la posibilidad de modificar con independencia del valor pecuniario pero sin alterar la naturaleza global, límite éste si previsto en la Ley, parece dar a entender que la alteración de naturaleza global del contrato sólo se referirá al valor pecuniario cuando su alteración implique cambios en el procedimiento de licitación.

La Directiva de concesiones hace referencia a un cambio en el tipo de concesión ya que, en este caso, puede presumirse una hipotética influencia en los resultados.

2. Modificaciones no previstas (35)

La regulación de las modificaciones no previstas en los pliegos es también más restrictiva en la LCSP que la prevista en las Directivas comunitarias (36).

El origen de esta modificación del contrato lo encontramos en las posibilidades recogidas tanto en el TRLCSP como en las Directivas de 2004 de utilizar un procedimiento sencillo (en concreto negociado sin publicidad) cuando lo que se trataba era de responder a nuevas necesidades que exigían incorporar prestaciones adicionales (no por tanto sustanciales) a las

(34) GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación ... *op. cit.*, pág 29. Sin embargo no es esta conclusión a la que puede llegarse de la lectura de la Directiva y de la Ley, que califican una alteración del equilibrio económico del contrato como alteración sustancial que opera, sin embargo, como un primer límite a la posibilidad de modificar libremente un contrato. Como se dijo, no siendo sustancial la modificación puede alterar la naturaleza global del contrato.

(35) A diferencia del TRLCSP, la LCSP en el artículo 205 se refiere tanto a las modificaciones no previstas como a las que estándolo no se ajusten a los requisitos del artículo 204.

(36) ROMAR, Juan Carlos, «El régimen general de la modificación de los contratos en la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», en *La Ley* 15673/2018, pág 5.

inicialmente previstas. La Directiva 2014 y, asimismo la LCSP, recogen la posibilidad de utilizar la potestad de modificar el contrato aunque no estuviese previsto en los pliegos si lo que se va a incorporar son simplemente prestaciones adicionales. Esta opción, no obstante, no es libre sino que está sometida a tres requisitos que analizamos a continuación.

A) HA DE RESULTAR NECESARIO AÑADIR PRESTACIONES ADICIONALES A LOS INICIALES (37)

Estando vigente el contrato se precisa añadir obras, suministros o servicios a los inicialmente pactados.

Cabe plantearse por qué respecto a este supuesto no se establece la salvedad de que en ningún caso se altere la naturaleza global del contrato. A juicio de GALLEGO CÓRCOLES (38) esta frontera está implícita en la propia definición del supuesto, puesto que se trata de prestaciones adicionales, lo que implica que han de conservar la misma naturaleza que la prestación inicial.

En todo caso será posible la modificación si concurren dos requisitos:

1. No es posible el cambio de contratista por razones de tipo técnico o económico

Inicialmente se produjo una discordancia entre los requisitos que a estos efectos exige la Directiva 2014 para permitir la modificación por cambio de contratista y los que se referían en el Anteproyecto (39).

En efecto según el artículo 72.1.b) de la Directiva se permite la modificación siempre que:

- i) 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

(37) En este sentido la autoridad Vasca de la Competencia en su Guía de Contratación apunta que Las prestaciones complementarias son prestaciones que se adjudican mediante un procedimiento negociado al adjudicatario de la prestación principal. Debe ser una medida excepcional y su procedencia debe quedar debidamente justificada en el expediente de contratación correspondiente. Las prestaciones complementarias pueden ser utilizadas de manera abusiva, incrementando de manera fraudulenta el presupuesto de ejecución de un contrato o recurriendo a las mismas en casos que no sean imprevisibles. Por este motivo, es importante que los entes públicos presten atención a la conducta de los licitadores, identificando aquellos casos en los que este tipo de prácticas se utilicen de forma sistemática.

(38) GALLEGO CORCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en *Las nuevas Directivas de contratación Pública. Observatorio ... op. cit.*, pág 146.

(39) Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 26 de febrero de 2014.

- ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador

El Consejo de Estado (40) apuntó en su momento sobre la redacción inicial del Anteproyecto de Ley, que no resultaba ajustada a la Directiva. En efecto de la lectura del artículo 71.1.b) se deduce claramente que son dos los requisitos para poder proceder a modificaciones no previstas en los pliegos. Sin embargo el Anteproyecto en su artículo 203.2.a) 1 establecía que se posibilitaba la modificación siempre y cuando se produzca la siguiente situación:

«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.»

De donde se deduce claramente que pueden darse uno u otro requisito, es decir que no son acumulativos, lo que supone una relajación en las condiciones de la modificación contraria al Derecho europeo. Este desajuste fue corregido en el Proyecto que sustituyendo el término «o bien» por «y así mismo».

A este respecto la Ley es más restrictiva que la Directiva porque ante la previsión de la Directiva, según la cual una posible modificación podría venir justificada en que el cambio de contratista genere inconvenientes significativos o aumentos de costes, la Ley ha añadido, no solo que las dificultades han de ser de importancia, sino que no puede considerarse un inconveniente significativo la necesidad de realizar una nueva licitación

- 2. El segundo requisito para permitir la modificación es que esta no implique aumento de la cuantía que exceda del 50% de su precio inicial (41)

(40) Informe del Consejo de Estado de 10 de Marzo de 2016 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

(41) Tal y como apunta NAVARRETE MEDINA, Paulina, «La modificación de los contratos públicos. Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile», en *Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 2, 2016, pág g 53, el Proyecto español utilizaba un criterio más restrictivo que el recogido en las Directivas puesto que se refería al precio del contrato en lugar de al valor del contrato.

Tal y como se apuntó puede plantearse por qué no se establece aquí la limitación, por otro lado contenida en la Directiva, de que la modificación no altere la naturaleza global del contrato. Sorprende en todo caso que para un supuesto de prestaciones complementarias se admita un límite tan amplio como el 50% del valor del contrato, pero ya se dijo en otro lugar que del propio articulado se deduce que la alteración de la naturaleza del contrato no se relaciona con la cuantía de la modificación.

En todo caso la regulación puede resultar más restrictiva que la de la Directiva puesto que, a diferencia de esta, la LCSP establece un límite conjunto a todas las modificaciones (42).

B) HA DE RESULTAR OBLIGADO MODIFICAR EL CONTRATO EN BASE A CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS IMPREVISIBLES EN EL MOMENTO DE LA LICITACIÓN DEL CONTRATO

El segundo requisito para poder modificar el contrato cuando no está previsto en los pliegos supone entender que tal modificación no estaba reflejada precisamente por su condición de imprevisible. Evidentemente si se trata de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no pudieron recogerse en los pliegos.

El TRLCSP recogía los supuestos que pueden entenderse como circunstancias sobrevenidas que permitan la modificación del contrato (fuerza mayor, caso fortuito, inadecuación de la prestación inicial).

LCSP viene a continuación a enumerar que exige para aplicar este supuesto:

1. Que la necesidad de modificación derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. Resulta a nuestro juicio más correcta la referencia de la Directiva a *poder adjudicador*, toda vez que este precepto se aplica también a los PANAPS.

Puede cuestionarse qué aporta esta especificación a la general *que la necesidad de modificar el contrato se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles*. Parece que a la no previsión ha de añadirse la *imposibilidad de previsión* (43). Ciertamente si las circunstancias eran previsibles debieron recogerse en los pliegos por lo que a nuestro juicio se trata simplemente de remarcar que a la Administración se le exige una mínima diligencia y que no podrá excusarse alegando que no previó debiendo hacerlo.

(42) ROMAR, Juan Carlos, «El régimen general de la modificación de los contratos en la Ley 9/2017... *op. cit.*, pág. 6.

(43) ROMAR, Juan Carlos, «El régimen general de la modificación de los contratos en la... *op. cit.*, pág. 6.

Tal y como se desprende de la jurisprudencia dominante del TJUE (44), obviamente la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión por falta de diligencia o el aumento del riesgo que ya era conocido. La existencia de necesidades nuevas no forma parte de la noción de imprevisibilidad.

En resumen, tal y como se expresa la Junta Consultiva (45),

«Para la determinación de si una circunstancia es o no imprevista debe de tenerse en cuenta dos ideas básicas:

- que tal circunstancia, de conformidad a las reglas del criterio humano no hubiera podido o debido ser prevista
- que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato.»

La Ley se refiere a que las circunstancias sean imprevisibles en el momento de la licitación. Hubiera sido más correcto referirse al momento de la redacción de los pliegos que es en el que se tiene en cuenta las circunstancias que concurren en el contrato.

2. Se requiere además que la modificación no altere la naturaleza global del contrato
3. Que la cuantía del contrato no aumente, aislada o conjuntamente con otras modificaciones del 50% de su precio inicial (46).

C) LA MODIFICACIÓN NO HA DE SER SUSTANCIAL

Esta cuestión será tratada en un epígrafe específico.

IV. Sobre lo que constituye alteración sustancial del contrato

Siguiendo a GALLEGO CÓRCOLES (47) las modificaciones pueden clasificarse en:

(44) PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SANCHEZ RODRIGUEZ, Francisco en «El equilibrio económico de los contratos», en *Observatorio de Contratos Públicos*, 2011, Cívitas, 2012.

(45) Informe JCCA 5/10 de 23 de julio de 2010.

(46) Reiteramos aquí lo dicho respecto a la referencia de la Directiva.

(47) GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «¿Qué es una modificación esencial de un contrato?», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110, 2011.

- A) Las que no tienen carácter sustancial, que pueden operar sin limitaciones sin nueva adjudicación.
- B) Las que tienen carácter sustancial:
 - b.1) que alteran la naturaleza global del contrato, requieren en todo caso nueva adjudicación
 - b.2) no alteran la naturaleza global del contrato. Estas se permiten siempre que estén previstas en los pliegos (con los requisitos vistos) o, no estándolo, se deban a circunstancias imprevisibles.

Según la Directiva se produce una alteración sustancial cuando nos encontramos ante un contrato de naturaleza materialmente distinta al pactado inicialmente. Se trata de supuestos en los que 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. Realmente la Directiva recoge lo expuesto en la Sentencia *Presstext*(48).

Hasta la Ley de Economía Sostenible la referencia a las condiciones esenciales del contrato no dejaba de ser un concepto jurídico indeterminado cuya concreción quedaba a discreción de la entidad contratante (49)

La LCSP, en línea con la Directiva considera una modificación sustancial en términos mucho más reglados (50). Así, son en todo caso alteraciones sustanciales:

1. La modificación que 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.

(48) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 junio 2008. La diferencia es que la Sentencia establece, con mucho acierto, una serie de criterios que se aplican, no aisladamente, sino a un caso concreto puesto que analiza cada modificación realizada para extraer si en ese caso concreto vulnera la competencia. Los criterios son, por supuesto, extrapolables pero no pueden utilizarse rígidamente. Un aumento del precio por encima o por debajo del 10% no tiene siempre el mismo impacto en la competencia, que es lo que habrá que analizar en cada caso.

(49) ESTÉVEZ MARTÍN, Eduardo, «El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence», en *Contratación Administrativa ... op. cit.* pág 2.

(50) Como es reiterado por la doctrina la utilización de conceptos jurídicos indeterminados no supone el ejercicio de una potestad discrecional, pero, como también ha sido constatado por la misma, es evidente que en muchas ocasiones ambos conceptos se confunden.

Se entiende que estamos ante supuestos(51) en los que se requiera una aptitud para contratar distinta a la exigida en la contratación inicial o se alteren los criterios de adjudicación del contrato.

A juicio de ROMAR(52) esta exigencia tomada de forma estricta supondría que tendría carácter esencial cualquier modificación que hubiera supuesto una alteración del valor estimado del contrato, y en el cual la solvencia económica y financiera o la solvencia técnica del mismo se hubiera exigido en relación a dicho valor estimado. En efecto, si, por ejemplo, se hubiera exigido como solvencia económica y financiera un volumen anual de negocios de un tanto por ciento del valor estimado del contrato, la variación a la baja del presupuesto y, en consecuencia, del valor estimado que en su caso hubiera tenido el contrato, supondría haber limitado la participación de más licitadores o candidatos en el procedimiento. De ser la modificación al alza, también el procedimiento de contratación inicial hubiera supuesto la selección de candidatos distintos, al no incluir aquellos que no hubieran alcanzado el porcentaje de valor estimado exigido.

La Ley considera que, en todo caso se dará el supuesto de alteración sustancial cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original(53).

2. La modificación que altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista. Es uno de los parámetros más relevantes

(51) Se asemeja a este supuesto la referencia del TRLCSP: 107.3 apartado c): cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente a la exigida en el contrato inicial.

(52) ROMAR, Juan Carlos, «El régimen general de la modificación de los contratos en la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público... *op. cit.*, pág 8.

(53) No compartimos la opinión de ROMAR que considera que lo que en principio cabe considerar como un ejemplo que recoge la Ley de modificación esencial, posiblemente deba considerarse como umbral al concepto de modificación esencial por esta circunstancia, esto es, la modificación que suponga una variación en el valor estimado del contrato, y en base a ello, una posible diferente participación de licitadores o candidatos en el procedimiento, sólo se considerará como variación esencial —en los contratos de obras y en los contratos de servicios a los que aplique—, cuando la clasificación que en su caso se hubiera requerido hubiera sido distinta, en caso contrario la alteración del valor estimado en estos contratos no tendrá carácter esencial. Y ello por varias razones. Primero porque es posible encontrar supuestos en los que la selección del candidato hubiera sido distinta sin que se exija distinta clasificación, por ejemplo porque se exige mayor solvencia sin que la clasificación sea exigible. En segundo lugar por la propia redacción del articulado; «en todo caso se considerará», de lo que se deduce que es una exigencia de mínimos, no de máximos. En tercer lugar porque la modificación no prevista en los pliegos es una excepción por lo que en todo caso ha de interpretarse restrictivamente. El TRLCSP se refería a una habilitación diferente o condiciones de solvencia distintas.

para determinar si el cambio es o no esencial. Incluso es un criterio determinante de la alteración de la naturaleza global del contrato. En el mismo sentido lo estableció la STJUE de 29 de abril de 2010, *Comisión contra Alemania* en la que analizaba si la ampliación del contrato de prestación de servicios de socorro respetaba el Derecho de la unión(54). En todo caso se entiende que se altera dicho equilibrio cuando se trate de introducir unidades de obra nuevas cuyo importe represente más del 50% de presupuesto inicial del contrato.

3. La modificación que amplíe de forma importante el ámbito del contrato. Del adjetivo *importante* se deduce que se permiten ampliaciones del ámbito del contrato que no sean de cierta envergadura. La Ley entiende que en todo caso se considerará que se amplía de forma importante el ámbito del contrato una alteración en la cuantía que exceda, aislada o conjuntamente(55), del 15% del precio inicial en caso de contrato de contrato de obras y un 10% en el resto o bien que se trate de contratos armonizados.

El ámbito del contrato puede ampliarse cuantitativa o cualitativamente(56). Cualitativamente, la Sentencia *Pressetex*, tras un exhaustivo análisis de la implicación de las modificaciones en el precio, concluye que el reajuste en la moneda en que se expresa el precio no comprende una modificación esencial. Entiende la mencionada Sentencia que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, 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.

(54) Por su parte el TRLCSP en su artículo 107.3b) se refería a que se altere el equilibrio económico del contrato sin más precisiones. Cierto es que la lógica de la limitación a la modificación será que se altere en beneficio del contratista pero en todo caso la redacción del TRLCSP era más restrictiva.

(55) Nuevamente la Ley es más restrictiva que la Directiva, que no tiene en cuenta el cómputo global la alteración del previo,

(56) En estos términos se manifiesta también el Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, 1/15 de 6 de noviembre de 2017, que analiza si se produce un cambio cualitativo y o cuantitativo el aumento del número de usuarios en un contrato de servicio de ayuda a domicilio. EN este caso si concluye que desde el punto de vista cuantitativo se ha producido una alteración sustancial del contrato. Así según el informe; «lo cierto es que de la información suministrada en la consulta se deduce que el objeto ha permanecido inalterado en su calidad a lo largo de la vida del contrato a través de sus distintas prórrogas y de los cambios normativos que le han ido afectando, siendo este objeto siempre la prestación en la modalidad de gestión indirecta del servicio de asistencia a domicilio. Esta prestación no ha sufrido variación alguna desde el punto de vista cualitativo y sólo ha variado desde el punto de vista cuantitativo, siendo la principal causa de este cambio que los usuarios del servicio provienen ahora de dos vías distintas, tal y como explica el solicitante de la consulta en la documentación aportada «

Desde este punto de vista, la Ley entiende que se amplía el ámbito del contrato cuando las obras, servicios o suministros se hallan dentro del ámbito de otro contrato.

El criterio cuantitativo ha tenido un devenir confuso en la legislación y en la jurisprudencia. Las Directivas europeas utilizan un umbral de *minimis*(57), por contraposición a lo que en su día estableció la STJUE de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03). En efecto, en dicha Sentencia se condenó al Gobierno Español puesto que el TRLCSP permitía alteraciones, por no sustanciales, si no superaban el 10%.

La Resolución de la Dirección General del Patrimonio (58) ya advirtió que la referencia al 10% en el apartado 3d) del TRLCSP había de interpretarse en el sentido de que para entender que la modificación es esencial en todo caso ha de superar el 10%, pero esto no significa que las que sean por debajo del 10% no puedan ser esenciales. Sin embargo en la Sentencia referida la Comisión considera que, al permitir el aumento del precio base de licitación hasta un 10 % respecto del procedimiento abierto o restringido previo, los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido (59) contravienen las Directivas 93/36 y 93/37, puesto que permiten una modificación sustancial de una de las condiciones originales del contrato, el precio. Concluye de ello que la interpretación del concepto de «modificación no sustancial» debe ser restrictiva (60).

Posteriormente en la STJUE (caso Acoset)(61) el criterio se relaja considerablemente puesto que parece dar a entender que en la consideración de si la alteración es esencial o no, han de tenerse en cuenta, incluso superado el umbral del precio, otros criterios, básicamente la influencia en la competencia.

La Sentencia Acoset no considera la alteración del precio producida en el asunto, modificación sustancial, y ello por dos razones. En primer lugar porque lo que se modifica no es el precio en sí, sino el descuento

(57) Informe del Consejo de Estado n.º 1.116/2015.

(58) Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los contratos.

(59) A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que alteran que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan en más o menos, el 10%.

(60) El Gobierno español reprocha a la Comisión que no indique qué modificación del precio debe considerarse sustancial y qué aumento no merece tal calificación. Alega que, en aras de la seguridad jurídica, el legislador español transformó el concepto indeterminado de «modificación sustancial de las condiciones originales del contrato» en un concepto cierto.

(61) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2009.

inicialmente pactado. Se aumenta el descuento de un 15 a un 20%, pero el razonamiento no lo hace la Sentencia en base a si el descuento o no altera sustancialmente el precio, sino en que, a juicio de la sentencia, el hecho de que se obtenga un descuento más elevado no puede suponer una distorsión de la competencia en detrimento de licitadores potenciales. De esta afirmación se extrae la conclusión contradictoria a la Sentencia *Pressetex* de que una alteración, incluso por encima de un 10% puede no ser esencial si no se distorsiona la competencia. Equivocando, a mi juicio, la causa y la consecuencia. La alteración en más de un 10% es sustancial, precisamente porque debido a su importe se distorsiona la competencia.

Por otro lado, rechaza la Sentencia que se trate de una alteración sustancial porque el incremento del descuento no modifica el equilibrio económico del contrato en beneficio del adjudicatario.

Parece que la Directiva 2014 sigue esta línea flexible y, retomando el umbral mínimo del 10%, se acepta la introducción de cambios en los contratos durante su vigencia sin otra consideración. Lo primero que cabe constatar es por tanto, la reversión de la tendencia que siempre había manifestado la Normativa europea, 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 la Directiva actual.

Y ello a diferencia de lo establecido en la Ley española, cuyo umbral se transforma en un límite porcentual máximo, pues por encima de él la reforma es siempre sustancial e inadmisibles por este concreto cauce. Además la Ley es mucho más restrictiva en cuanto que anuda la cuantía del 10-15%, no a la consideración de sustancial de la modificación, sino a uno de sus supuestos, la ampliación de forma importante del contrato, de tal suerte que una modificación aunque no llegue a los umbrales puede considerarse sustancial, según la norma española por ejemplo porque altera el equilibrio económico del contrato, no siéndolo —sustancial— según la Directiva.

Siguiendo lo dispuesto en la Sentencia *Pressetex* que estableció que una modificación puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos, asimismo se considera una ampliación importante del ámbito del contrato cuando las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación

Resumiendo esta argumentación, la Junta de Canarias (62), concluye,

(62) Informe n.º 1/2017, sobre posibilidad de modificación de los horarios de apertura establecidos en los pliegos sin que suponga una modificación sustancial del contrato.

«sobre la posibilidad de efectuar una modificación del contrato, en este caso la modificación del horario de apertura al público del chiringuito, debe entenderse que se alteran las condiciones esenciales de la licitación, por varios motivos: 1.—lleva consigo una variación sustancial de las características esenciales ya que el horario de apertura implica casi el doble del actual , al tiempo que este era ya el recogido en la normativa vigente en el momento de la contratación 2.—hay una alteración entre la prestación contratada y el precio , en este caso el canon a abonar a la administración. 3.—Y al no haber modificación con la normativa anterior y vigente en el momento de la licitación, puede concluirse que los licitadores de conocer esta modificación hubiesen concurrido otros interesados o los participante hubiesen presentado ofertas diferentes».

V. El elemento intencional como determinante de la modificación sustancial

De algunas sentencias parece deducirse que para considerar la modificación como esencial es importante analizar el elemento intencional, es decir, si realmente el poder adjudicador y el contratista pretenden con la modificación vulnerar la competencia. Así se desprende, por ejemplo, en la reiterada Sentencia Pressetex,

«De los autos no se desprende que, durante el periodo comprendido entre el año 2005 y el año 2008, a que se refiere la cláusula de renuncia a la resolución, la entidad adjudicadora hubiera tenido, en ausencia de tal cláusula, una perspectiva concreta de poner fin al contrato en curso y proceder a una nueva licitación. Aun suponiendo que hubiera pretendido hacerlo, la duración a la que se refería esta cláusula, es decir, tres años, no era de tal envergadura como para habérselo impedido durante un tiempo excesivo en relación con el tiempo necesario para la organización de tal operación. En estas circunstancias, no está acreditado que tal cláusula de renuncia a la resolución, siempre y cuando no se reintroduzca sistemáticamente en el contrato, suponga un riesgo de falsear la competencia, en detrimento de nuevos licitadores potenciales. Por consiguiente, no puede calificarse de modificación sustancial del contrato inicial».

Sin embargo otra Sentencia (63) más reciente rechaza tajantemente esta variable. Mediante la cuestión planteada, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 2 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciaciones recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea.

A la cuestión, concluye el Tribunal que ni el hecho de que una modificación sustancial de los términos de un contrato público se deba no a la voluntad deliberada del poder adjudicador y del adjudicatario de renegociar los términos de dicho contrato, sino a su voluntad de hallar una solución de compromiso a las dificultades objetivas encontradas en la ejecución de dicho contrato, ni el carácter objetivamente aleatorio de la realización de ciertas actividades pueden justificar que se decida proceder a esa modificación sin respetar el principio de igualdad de trato, que debe beneficiar a todas las empresas potencialmente interesadas en un contrato público. De donde debe extraerse que la intención de las partes al modificar se deduce del hecho de que la alteración sea esencial y no al revés.

Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen al 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 del mencionado 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 (64).

Bibliografía

BAÑO LEÓN, José María, «Del ius variandi a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos», en *Anuario del Gobierno Local*, Mayo de 2013.

(63) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de septiembre de 2016. Asunto C-549/14.

(64) INCIDENCIA DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATACIÓN EN EL TRLCSP (Doctrina de Juntas Consultivas y Tribunales).

- CALVO RUATA, Pablo, «La zozobra de la modificación de los contratos públicos. ¿Tiempo de hacer la necesidad virtud?, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 03, 2021.
- CANALES GIL, Álvaro, y HUERTA BARAJAS, Justo Alberto, *Comentarios a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*, Ed. BOE, 2018.
- CODINA ANDRADE, Xabier, «La nueva regulación de la modificación del contrato en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 2015», en *La Ley* núm. 78877/2017.
- DÍEZ SASTRE, Silvia, «La contratación de entes del sector público que no son Administración Pública», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2017 | 09 | 2018.
- DÍEZ SASTRE, Silvia, «La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Contratación Pública», en <http://www.obcp.es/>. 2014
- ESTÉVEZ, Eduardo, «El régimen de modificación de contratos: de un sistema cuestionado a una reforma que no convence», en *Contratación Administrativa práctica*, n.º 124, Marzo-Abril, 2013.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «¿Qué es una modificación esencial de un contrato?, en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110, 2011.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, «La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública», en *Las nuevas Directivas de contratación Pública. Observatorio de contratos públicos. X Congreso Asociación Española de profesores de derecho Administrativo*, Aranzadi. 2015.
- GIMENO FELIÚ, José María, «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público», en *Jornadas sobre el impacto de las nuevas Directivas de Contratos del Sector Público*, Mayo 2016.
- HORGUÉ BAENA, Concepción, *La modificación del contrato administrativo de obra*, Marcial Pons, 1997.
- MEMENTO PRÁCTICO. FRANCIS LEFEBVRE, *Contratación Pública. Abogacía del Estado*. Lefebvre-EI Derecho. 2018-2019.
- NAVARRETE MEDINA, Paulina, «La modificación de los contratos públicos. Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile», en *Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 2, 2016.
- PUNZÓN MORALEDA, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco, «El equilibrio económico de los contratos», en *Observatorio de Contratos Públicos*, 2011, Cívitas, 2012.
- ROMAR, Juan Carlos, «El régimen general de la modificación de los contratos en la Ley 9/2017 de contratos del Sector Público», en *La Ley* 15673/2018.
- VÁZQUEZ MATILLA, Jesús, «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», en *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 94, 2020.