

# **NUEVO RÉGIMEN JURIDICO PARA LAS MODIFICACIONES DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: PROYECTO DE LEY DE ECONOMIA SOSTENIBLE(\*)**

FRANCISCO JAVIER VÁZQUEZ MATILLA

*SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LAS PREVISIONES DEL DERECHO COMUNITARIO.– III. UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS PREVISIONES DE LA LCSP VIGENTE.– IV. LA FUTURA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: 1. Visión general de las reformas propuestas por la Ley de Economía Sostenible. 2. La nueva regulación del régimen de modificaciones del contrato público: A) La relación del valor estimado y las modificaciones del contrato. B) Los supuestos de «modificación subjetiva». C) Los supuestos en que procede modificar un contrato. D) Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación. E) La no alteración de las condiciones esenciales del contrato. F) El procedimiento de modificación del contrato.– V. CONCLUSIONES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.*

*RESUMEN:* El trabajo analiza el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos previsto en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible y que altera el hasta ahora regulado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Esta regulación ambiciona adaptar las previsiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA.

*Palabras clave:* modificación; contratos públicos; derecho comunitario.

*ABSTRACT:* The paper analyzes the regime of the modifications of the public procurements contracts under the Bill of Law on Sustainable Economy and amending until now regulated by Law 30/2007 of 30 October, Public Sector Contracts. This regulation craves forecasts adapt, the Judgment of the Court of Justice of the European Communities of April 29, 2004, Commission against CAS Succhi di Frutta SpA.

*Key words:* modification; public procurement; Law on Sustainable Economy; European law.

---

(\*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 20 de octubre de 2010 y evaluado favorablemente para su publicación el 15 de noviembre de 2010.

## I. INTRODUCCIÓN

En ocasiones tras la adjudicación de un contrato administrativo se suceden ciertas circunstancias imprevisibles que llevan aparejada la inviabilidad de su ejecución conforme se previó inicialmente; es entonces cuando los poderes adjudicadores pueden utilizar la figura de las modificaciones de los contratos. No obstante los supuestos en que debe acudir a tal figura deben ser excepcionales, puesto que de lo contrario puede desvirtuarse el carácter competitivo de la adjudicación inicial (1), siendo frecuente que en el marco de la realidad económica actual cuantiosas licitaciones se adjudiquen a quienes efectúan grandes bajas económicas sobre el valor estimado del contrato que rozan la temeridad para luego incardinarse en una pugna constante y desafortunada con el afán de recuperar esa baja (2); lo que es más en los tiempos de crisis económica en que nos encontramos la excepcionalidad de los modificados debe ser una regla general, puesto que de lo contrario se agravarían los problemas presupuestarios.

Sin perjuicio de todo ello, y teniendo en cuenta el deber de los poderes públicos de velar porque las modificaciones sean acordes a Derecho, no es menos cierto, que la legislación vigente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público —en adelante LCSP—, contempla esta institución de modo excesivamente permisivo, de suerte que en ocasiones se vulneran los principios generales de la contratación pública, conforme a la doctrina comunitaria sobre esta materia, fijada principalmente por la STJCE CAS *Succhi di Frutta Spa* —que luego expondremos—, lo que aconseja transformar sustancialmente en este aspecto la regulación existente en la LCSP, como de hecho pretende efectuar el Proyecto de Ley de Economía sostenible, aprobado por el Congreso de Ministros el 19 de marzo de 2010, cuya aprobación se realizará próximamente (en fechas recientes el proyecto se encontraba en fase de votación de las enmiendas a la totalidad) y que aborda este trabajo. Ello debe conectarse con la existencia no ya de está aislada y próxima reforma, sino de una serie de

---

(1) Así se refleja en el *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.

(2) El Dictamen del Consejo de Estado Núm. 214/1992, de 25 de mayo de 1992, destaca la utilización por los contratistas del modificado de modo que «una potestad de la Administración concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente en ocasiones, que no llega a constar en forma expresa la necesaria aceptación por su parte.»

dispersas pero sustanciales reformas acaecidas sobre la LCSP que hacen necesario la habilitación para refundir todas las modificaciones previstas a esta norma dictada hace escasos 4 años. De este modo, a las previsiones de la futura Ley de Economía Sostenible habría que adicionar las numerosas reformas acontecidas hasta el momento por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras; el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, la Ley 14/2010 de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, la Ley 15/2010 de 5 de julio de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, o el Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas y por los titulares de contratos de colaboración público-privada; y el proyecto de Ley de adaptación de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, que están tramitándose actualmente a la fecha de elaboración de este trabajo. Un conglomerado de normas que, reiteramos, hacen necesario necesario un texto refundido de forma urgente para ayudar a la comprensión de una norma ya compleja desde su nacimiento y que lejos de clarificarse durante su vida se enmaraña más cada día.

## **II. LAS PREVISIONES DEL DERECHO COMUNITARIO**

El derecho comunitario se compone de una serie de normas dirigidas entre otros propósitos a regular y garantizar la existencia de un sólido mercado interior que constituye a día de hoy el núcleo de la Unión. En este sentido el Considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parla-

mento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (en adelante Directiva 2004/18) compele al acatamiento de los principios del Tratado, y, en particular, a los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia (3). Estos principios, denominados principios generales de la contratación pública tienen un carácter transversal, por lo que, al contrario de lo que pudiera parecer, no sólo deben ser tenidos en cuenta en la fase de licitación y adjudicación del contrato, sino en todas las fases del mismo.

Relacionado con el modo de dar cumplimiento a estos principios están las sentencias del Tribunal de Justicia quien a través de las mismas a completado las lagunas que la Directiva aludida posee y ha dado interpretación a la misma. En la materia que nos ocupa es preciso conocer los detalles de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —en adelante STJCE— de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA que sentó las bases de los requisitos para la modificación de los contratos una vez celebrados. 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 realizaría 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 como 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,

---

(3) BAÑO LEÓN J.M, «La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, Núm. 151. Enero-abril 2000, pp. 11-37; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La contratación pública en Europa*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 36-51.

que fue una licitadora que no resultó adjudicataria, ni tampoco recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión que modificaba el contrato y fue considerada tanto por TPI como por el TJCE con legitimación suficiente para ello. 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 TJCE admitió la legitimación de Succhi di Frutta y estimó su recurso. Como motivos o fundamentos de la admisión del recurso, el Tribunal destacó el carácter transversal de los principios generales de la contratación pública, al que hemos aludido, y especialmente del principio de igualdad de trato de los licitadores, que exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas, y asimismo, sustentó una cuestión que anunciamos es el *quid* o núcleo esencial del pronunciamiento como es la necesidad de que todos dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas, e implica, por tanto, que estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores. Además, el Tribunal incidió en 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, de modo que si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación, para que los licitadores tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta: Ello debe realizarse no de forma genérica sino expresa, clara y precisa e inequívoca. En este sentido es fundamental, tener presente que el TJCE proscribe todas las modificaciones de un contrato efectuadas tras la celebración del contrato, salvo que se cumpla alguna de las dos condiciones siguientes que abordaremos en este trabajo: 1) que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación. 2) que la posibilidad de aportar una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa, e inequívoca en la documentación de la licitación.

### III. UNA REFLEXIÓN SOBRE LAS PREVISIONES DE LA LCSP VIGENTE.

A la fecha de elaboración de este trabajo el artículo 202 de la LCSP, contiene el régimen general de modificaciones del contrato (4). El precepto consiente las modificaciones que acaezcan una vez perfeccionado (5) el contrato cuando que se deban a razones de interés público (6) y se lleven a cabo para atender a causas imprevistas, siempre que no afecten a las condiciones esenciales del contrato (7). En lo relativo a la necesidad de perfeccionamiento del contrato para poder modificar un contrato, el artículo 27.1 de la LCSP preveía hasta hace poco tiempo que los contratos se perfeccionan con la adjudicación del mismo, sin embargo, ahora la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras a la que antes hemos aludido, ha modificado este precepto —entre otros muchos— disponiendo que la

---

(4) GARCIA DE LA MATA, J.E, PIPAON PULIDO, J.G., «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público», *Diario La Ley*, Núm. 6983, 7 de julio de 2008, Editorial la Ley, (La Ley 36851/2008).

(5) En mi trabajo «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre Recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, Núm. 45, 2008, pp. 149-181, tuve la ocasión de resaltar como la normativa navarra en lo que afecta a las entidades locales prevé la formalización del contrato como un elemento de potestativa inclusión en los pliegos.

(6) La exigencia de un interés público patente, claro e indubitado, ha venido exigiéndose por el Consejo de Estado en sus Dictámenes Núms.42.179, de 17 de mayo de 1979, 48.473 de 16 de enero de 1986 entre otros. Es interesante al respecto el trabajo realizado por 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.

(7) El Dictamen Núm. 44.793 de 2 de diciembre de 1982 señaló, que «cuando no se aspira a dar un nuevo modo de ser a las relaciones existentes entre las partes, sino a establecer un tipo distinto de relaciones, se desbordan los límites de la modificación contractual, tratándose, en realidad, de un pacto nuevo.» La STJCE de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur C-454/06, mantiene que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación «cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial, y por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato». Vid MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J.M., «Las modificaciones contractuales. La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el TRLCAP», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* Núm.3, 2001.

perfección tendrá lugar con la formalización, con lo que de acuerdo con el nuevo tenor del precepto no cabrá modificar un contrato hasta que no esté formalizado.

Más importante resulta conocer cuándo o por qué causa podrá modificarse un contrato, puesto que de acuerdo con la actual redacción deberán concurrir circunstancias imprevistas no cabiendo desde el dictado de la LCSP justificar en necesidades nuevas las modificaciones de los contratos (8). Así, por «necesidades nuevas» se entendían los elementos aparecidos después de la perfección del contrato, que surgen en la ejecución del mismo, pero no necesariamente como consecuencia de esa ejecución del contrato propiamente dicha, sino más bien por la interacción de elementos externos o ajenos a dicho contrato, con lo que nunca pudieron ser tenidos en cuenta y tampoco pudieron ser previstos. Al contrario por «causas imprevistas», entenderíamos aquellas causas que surgen no ya fuera del contrato sino dentro de él, o mejor dicho, los elementos que habiendo podido ser tenidos en cuenta, no lo fueron en el momento de la preparación y adjudicación del contrato dado el estado entonces vigente de las circunstancias.

La LCSP proscribía que las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, sean modificaciones del contrato, sino en su caso, prestaciones complementarias que podrán contratarse por tal régimen (artículos 155 b) y 158 b) de la LCSP) (9).

Por otra parte, la LCSP afirma tajantemente que la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual. El problema es que no aclara cómo deben efectuarse tales previsiones,

---

(8) La enmienda Núm. 91 a la LCSP, propuso la supresión del inciso relativo a las necesidades nuevas.

(9) Vid JIMENEZ APARICIO y otros, *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Editorial Aranzadi S.A. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, Tomo III, pp. 112-113. Vid mi trabajo, «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público», *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 94, 2010, pp. 54-63.

de modo que, la mayoría de condicionados existentes que pretenden dar cumplimiento a tal medida, se limitan a parafrasear el precepto sin mayor detalle, lo que en ningún caso, puede desprenderse de la Sentencia Cas Succhi di Frutta Spa. Por otra parte, da la impresión de que si no existe tal previsión no puede llevarse a cabo modificación alguna. En este sentido interesa resaltar lo dicho por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, quien con acierto interpretó la problemática citada, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008 (10) donde mantenía que *«cuando no se hubiese previsto la modificación, sólo podrán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que la modificación responda a necesidades del interés público, b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato.»* No obstante lo anterior, el profesor GIMENO FELIU (11) ha calificado esta posibilidad como excesivamente posibilista, señalando que parece contravenir la doctrina comunitaria, lo que está reafirmado por el Informe 3/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón que alude a la imposible modificación del contrato si no hay previsión al respecto. Puede imaginarse que si según esta tesis no se conoce sobre qué pueden establecerse modificaciones lo que sería necesario establecer en los condicionados son otras cuestiones, como por ejemplo, qué ocurriría si se hiciese necesario modificar el contrato para proseguir su ejecución normal, esto es, qué procedimiento se seguiría para ejecutar el modificado, cuál sería el modo de determinación del precio, entre otras cuestiones, algo con lo que siguiendo con la Sentencia aludida no sería exactamente acorde a la misma, a salvo de que se entienda que ello da respuesta al presupuesto de que el condicionado precisa de *«forma clara, precisa, e inequívoca en la documentación de la licitación»* cuál es la modificación y cómo afecta a su valor estimado.

Además de todo lo anterior, la LCSP contiene una serie de previsiones específicas para cada modalidad de contrato típico que es interesante, si

---

(10) El informe 43/2008 de 28 de julio de 2008, denominado *«Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad»*, resume e interpreta acertadamente el nuevo régimen jurídico de las modificaciones de contratos previsto en la LCSP, aludiendo directamente a la STJCE CAS Succhi di Frutta Spa.

(11) GIMENO FELIU J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos*. Thomson Reuters, 2010, Cizur Menor (Navarra), p. 256.



quiera citar, para observar como constituyen en la mayoría de los casos excepciones al régimen general del artículo 202. Por ejemplo, para los contratos de obras, es el artículo 217 de la LCSP quien regula el régimen de modificaciones de contratos en fase de ejecución de las mismas, disponiendo la obligatoriedad para el contratista de las modificaciones que siendo conformes con lo establecido en el artículo 202 de la LCSP, produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, cuando ésta sea una de las comprendidas en el contrato, siempre que no se encuentren en los supuestos previstos en la letra e) del artículo 220 de la LCSP. Tratándose de unidades de obra diferentes la LCSP da la opción al contratista de ejecutarlas a los precios convenidos o le permite no aceptarlos, en su caso, siendo destacable, la posibilidad de introducir variaciones del contrato sin necesidad de previa aprobación del modificado cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato. En la práctica, como luego veremos, muchas administraciones han entendido como «normales» e inclusive no cuestionables este última modalidad de modificaciones inferiores al 10 por 100, con el riesgo de no tomar si quiera en consideración las causas que las han motivado, siendo esto reprochable a todas luces, y pudiendo avanzar, por el momento, que la reforma de la LCSP supondrá un ingente cambio en la forma de actuar en esta tipología de contratos que anticipo será de difícil asimilación.

En conclusión, de todo lo dicho parece que se debería limitar la amplitud con que se contempla la posibilidad de modificar los distintos contratos típicos, al tiempo que resultaría obligado precisar que la previsión de efectuar modificaciones al contrato y las condiciones sobre las que podrá recaer deberá realizarse no genéricamente sino delimitando los supuestos de forma precisa, clara e inequívoca, integrando, en su caso, en el valor estimado del contrato el importe de las posibles variaciones del contrato desde el inicio. Además, sería exigible contemplar dentro del valor estimado y por tanto del anuncio de licitación tal posibilidad, puesto que si se conoce a priori, como reza la LCSP, en qué puede modificarse un contrato también debiera adecuarse tal previsión al procedimiento elegido. En el mismo sentido, el artículo 202.1 de la LCSP debiera limitar el concepto de circunstancia imprevista a las causas realmente imprevistas y a aquellas que no pudieran ser previstas en el momento de preparación

y adjudicación del contrato habiendo podido serlo pero no habiéndose apreciado ello por persona diligente, razonable y sensata correspondiente al sector del tráfico o de la vida social cualificadas por la clase de actividad a enjuiciar. No obstante lo anterior, sería imprescindible aclarar que pese a la no previsión en los pliegos de condiciones de la posibilidad de modificación en determinadas circunstancias, conforme a lo señalado en el párrafo anterior, siempre que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación y concorra una circunstancia imprevisible la modificación será potencialmente viable. Finalmente, debiera trasladarse íntegramente el contenido del artículo 202.3 de la LCSP al artículo 207 de la LCSP, que aborda las causas de resolución del contrato, pues si bien nos encontramos ante una modificación de uno de los sujetos, el contratista, parece más conveniente su ubicación dentro del capítulo V de la LCSP que versa sobre la extinción de los contratos, y en este caso, de la continuación de los mismos. De todo lo anterior, cabe concluir que la actual regulación de las modificaciones de los contratos es incompatible con los principios de la contratación pública y en consecuencia con las Directivas que los desarrollan (12).

#### **IV. LA FUTURA REGULACIÓN DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE**

##### **1. Visión general de las reformas propuestas por la Ley de Economía Sostenible**

El proyecto de Ley de Economía Sostenible fue aprobado el 19 de marzo de 2010 por el Consejo de Ministros (13)». Como ahora veremos el contenido de dicho proyecto es heterogéneo, partiendo su artículo 1 de que es la Ley de Economía Sostenible el instrumento mediante el que crear las condiciones para favorecer un desarrollo económico sostenible. En este sentido, la primera cuestión a la que es necesario aludir es al riesgo de utilización del vocablo «sostenible» por esta y otras normas, tan actual como exorbitante. La Real Academia de la Lengua Española define

---

(12) Vid mi trabajo «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 143, 2009, pp.529 —564.

(13) A la fecha de redacción de este trabajo el proyecto ha superado el trámite de enmiendas a la totalidad.

este término como *«proceso que puede mantenerse por sí mismo, como lo hace, p. ej., un desarrollo económico sin ayuda exterior ni merma de los recursos existentes»*. Por su parte, la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo (Comisión Brundtland) ya definió el concepto de «Desarrollo Sostenible» al que parece referirse la Ley de Economía Sostenible, como: *«el desarrollo que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades»*. Al contrario el Proyecto de Ley de Economía Sostenible define sostenibilidad como *«un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades.»* De lo anterior, baste afirmar la innecesariedad de añadir esta clase de adjetivos gratos al oído pero que luego no responden, a su significado, como precisamente ha reconocido el Consejo de Estado, recomendando, de hecho, que al no corresponderse la rúbrica empleada *«con su actual alcance, se reemplace por otra que destaque adecuadamente los aspectos económicos y medio-ambientales que constituyen el objeto propio y específico de la proyectada nueva legislación (14)»*.

Como apuntábamos, el Proyecto de Ley regula una multiplicidad de materias, conteniendo a su vez un notable número de novedades normativas, afectando a tal cantidad de textos legales que el Consejo de Estado en el informe aludido la ha asimilado a una Ley Ómnibus en algunas de sus partes, atribuyéndole la introducción de reformas de índole transversal en parte de su articulado, lo que conlleva que hacen tan complejo el texto como para llegar a recomendar su clarificación para que *«los operadores jurídicos y los destinatarios de las normas tengan noticia cumplida y clara de los cambios que se van introduciendo en el ordenamiento jurídico y, así, puedan llevarse eficazmente a cabo las tareas de conocimiento, interpretación y aplicación de las normas»*.

En lo que se refiere a las previsiones que efectúa sobre la contratación, el Proyecto considera como uno de los objetivos fundamentales

---

(14) Dictamen 215/2010 del Consejo de Estado.

fundamental agilizar la contratación pública en plazos y procedimientos, mediante la reforma de la LCSP como instrumento para la mejora del desarrollo económico, es innegable que la contratación pública es uno de los resortes de la economía español, en concreto supone más del 17% del PIB, e instrumentos como el Fondo Estatal de Inversión Local que ya cuentan con dos ediciones (Fondo Estatal de Inversión Local para 2009 y Fondo Estatal para la Sostenibilidad y el Empleo para 2010, de cuya conveniencia o apropiación no nos pronunciaremos) han pretendido ser instrumentos para la generación de empleo y de reactivación del mercado de la construcción, que es sin duda uno de los sectores más afectados por la actual crisis económica financiera e inmobiliaria (15). Lejos de ser todo ello cierto no parece que el instrumento para modificar la LCSP —una vez más— sea la Ley de Economía Sostenible, pese a que no puede perderse de vista el litigio que mantiene el Reino de España con la Comisión Europea por cuestiones relacionadas con las modificaciones de los contratos y que conllevan la inevitable y urgente modificación de la LCSP, corriéndose el riesgo de que en una norma de tan variopintas afecciones legales se deje a un lado el valor que esta materia posee en la tramitación parlamentaria de la misma.

Entrando ya en el contenido del Proyecto, y con el fin de ofrecer unas notas generales sobre las reformas propuestas por el mismo, podemos enunciar en primer lugar, la previsión que el artículo 38 efectúa sobre la necesidad de que los entes, organismos y entidades del sector público velen por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favoreciendo la agilización de trámites, y promoviendo la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la LCSP que, como hemos dicho luego modifica. La Ley incorporaría otras novedades como la exclusión de la obligación de efectuar evaluación previa cuando un órgano de la misma Administración la haya hecho para un supuesto similar, al mismo que tiempo que se atribuye carácter excepcional a la exigencia de garantía provisional debiendo en caso contrario justificar el órgano de contratación en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato, para dar respuesta con esta previsión a los

---

(15) GIMENO FELIU J.M., «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 9, 2010, pp. 50-55.

mandatos de la Directiva de Servicios facilitando el acceso a las PYMES a la contratación pública eliminando un trámite y un coste innecesario, que ciertamente sí tenía incidencia cuando se utilizaban fórmulas de atribución de puntuaciones para las proposiciones económicas de los licitadores que tendían a puntuar con más puntuación a las ofertas que se encontraban en la media de todas ellas, con lo que siendo indiscutible que el precio más bajo debe obtener la máxima cantidad de puntos ningún interés tiene ya limitar la participación en las licitaciones de cualquier interesado, estando ello «justificado» en la época aludida por el temor de que algunos licitadores manipularán la media económica de las ofertas. Asimismo, el Anteproyecto contemplaba la elevación a definitiva de la adjudicación provisional cuando el adjudicatario presente la documentación requerida sin agotar el plazo de quince días hábiles general, salvo que el contrato sea susceptible de recurso especial, con ello se habilitaría a que el órgano de contratación pudiera comenzar el contrato antes que lo actualmente previsto, sin embargo ello ha sido desterrado del Proyecto quizás porque la Ley 34/2010 de 5 de agosto a la que hemos aludido, elimina ahora la adjudicación definitiva que recuperó la LCSP por la necesidad según la Comisión Europea de que la adjudicación definitiva pudiera ser objeto de recurso (16). De otra parte, se efectúa una regulación de la colaboración entre el sector público y el sector privado bajo fórmulas institucionales, y en cuanto a las denominadas sociedades de economía mixta se regula la elección de socio privado con el mismo procedimiento previsto para la adjudicación de contratos, respetando los principios de igualdad y concurrencia; abre, además, la posibilidad de obtener avales del Estado para la financiación de actuaciones de colaboración público privada. Finalmente, se aumenta el porcentaje de subcontratación que se puede exigir a los contratistas, que pasa del 30 por 100 al 50 por 100, con el objetivo de fomentar la participación de Pymes en la contratación pública (17)

---

(16) Ver Informe 45/10, de 28 de septiembre de 2010. Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Ministerio de Economía y Hacienda) en relación con los supuestos de derecho transitorio que pueden derivar de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

(17) El Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible incorporaba también la modificación del régimen de pagos de los poderes adjudicadores a los contratistas de obras, que hasta el momento era de 60 días naturales desde la expedición de las certificaciones de obra, pasando a 30 días naturales siguientes a la expedición de las certificaciones de obras. Causa extrañeza cómo la Ley de Economía Sostenible plantea que esta previsión no sea obligatoria de forma inmediata sino a partir de 2013, lo que hace dudar de la virtualidad de la medida como instrumento para combatir la actual crisis económica. Parece que no debe existir mayor transición cuando todos los ayuntamientos, de acuerdo con la normativa reguladora, primero del Fondo Estatal de Inversión Local y luego del Fondo

## 2. La nueva regulación del régimen de modificaciones del contrato público

Como se ha apuntado el todavía Proyecto de Ley de Economía Sostenible efectúa una alteración importante del régimen de modificaciones de los contratos administrativos según lo conocemos en la actual LCSP. Una de los más sustanciales cambios es que se pretende romper con la parquedad con la que hasta ahora se regulaban en la LCSP las modificaciones de los contratos creando un nuevo Título, el V, integrado por cuatro artículos, denominado «Modificación de los contratos», que se incorporaría al Título Preliminar, y que realza la importancia de esta figura. Sin ánimo de desmerecer tan loable objetivo, en un primera impresión parece que el emplazamiento más adecuado no debe ser el inmediatamente anterior a la ejecución de los contratos, sino que en aras de lograr una sistemática adecuada debiera mantenerse la actual ubicación, esto es, el Libro IV, Título I, Capítulo IV. Ello tiene que ver con el hecho de que un contrato puede modificarse una vez formalizado y no antes, con lo que ningún sentido parece tener la ubicación del nuevo título.

Pero sin duda ello afecta a una cuestión realmente trascendente y es que la regulación que vamos a analizar atañe no solo a los contratos administrativos celebrados por las Administraciones Públicas, sino también al resto de poderes adjudicadores (18). Esta cuestión supondría eliminar la práctica habitual de encargar ciertas prestaciones a otras entidades que no poseen la condición de Administración Pública pero que son poder adjudicador para hacer inaplicables algunas normas, entre ellas, las propias de las modificaciones de los contratos que se sometían al derecho civil y sus reglas, lo que supone la más notable de las modificaciones que ofrece la Ley de Economía Sostenible según el Consejo de Estado, por cuanto «la

---

Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local en los años 2009 y 2010 respectivamente, ya estaban obligados a ello para los contratos financiados por esos Fondos. Finalmente, esta regulación ya no aparecía en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible llevándose la misma a la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004 de 29 de diciembre de 2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que entró en vigor el 7 de Julio de 2010 y afecta a los todos los contratos celebrados con posterioridad a esta fecha. Esta norma plantea no una reducción inmediata de los plazos de pago sino en «fases» (7/07/2010 – 31/12/2010: 55 días, 1/01/2011 – 31/12/2011: 50 días, 1/01/2012 – 31/12/2012: 40 días y finalmente del 1/01/2013 el plazo de pagó será de 30 días.

(18) GIMENO FELLÍ, J.M., «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», Revista de Administración Pública, Núm. 176, 2008, pp. 9-54;

*modificación de los contratos celebrados en el ámbito del sector público es sometida a determinadas reglas que prevalecen sobre el régimen civil»,* en esta línea, la memoria del análisis de impacto normativo que incluye el expediente de la nueva norma subraya que la reforma «*supone restringir la posibilidad de modificar los contratos públicos, una vez celebrados*», restricciones que ahora «*se aplican a todos los contratos del sector público*». No obstante la bonanza de la medida el Consejo de Estado ha dictaminado la necesidad de modificar el artículo 20.2 de la LCSP que determina que los contratos privados se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación, mientras que se aplica el Derecho civil en cuanto a sus efectos y extinción, para incluir que en lo que atañe a su modificación se regirán por la LCSP, o el artículo 21.2 de la LCSP para encomendar al orden jurisdiccional contencioso administrativo las cuestiones vinculadas a la modificación de los contratos privados.

### **A) La relación del valor estimado y las modificaciones del contrato**

Yendo al meollo de la regulación que contemplará este Título merece especial mención la alusión a una de las fundamentales vulneraciones de los principios generales de la contratación pública que se produce cuando un contrato se adjudica con una fuerte baja económica y durante la ejecución del contrato se producen modificaciones del contrato que hacen que el coste real del contrato sea muy superior al ofertado, como ya hemos dicho.

Ello es un hecho notorio, como fue puesto de manifiesto durante el debate de la reforma de la Ley 53/199 de 28 de diciembre, donde se afirmaba que «*tal como se viene aplicando la normativa de esta materia en este momento, todos somos conscientes de que los licitadores pueden presentar ofertas por debajo del precio real en la convicción de que con posterioridad a la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales en el precio inicialmente visto por vía de los modificados. Ésta es una práctica que nos lleva al difícil control presupuestario desde el punto de vista de los costes de la inversión(...)*» (19). En el mismo sentido el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de

---

(19) Diario de Sesiones Número 232 de 22 de abril de 1999.

la situación de la contratación pública, elaborado en el año 2004 (20), 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. El citado Informe, 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»*. Esta Comisión de expertos defendió ya entonces que un adecuado instrumento para reforzar la transparencia del proceso sería 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 éste. En esta línea, y como ya hemos señalado más arriba, parece exigible, en consecuencia, contemplar dentro del valor estimado y por tanto del anuncio de licitación tal posibilidad; de modo que todo licitador conozca desde el inicio en qué cuantía está prevista la posibilidad de que un contrato se modifique y ello no de modo genérico sino que el Pliego habría de determinar los motivos y el impacto económico que sobre el contrato podrían experimentar, como indirectamente reconoce también el Consejo de Estado en el mentado informe. Precisamente el Proyecto de Ley de Economía Sostenible pretende modificar el artículo 76.1 LCSP señalando que no sólo que deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato, sino que además para el caso de que se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas, aclarando con ello ciertos postulados prácticos que predicaban que la previsión de que un contrato pueda modificarse debe realizarse de forma genérica, como ya hemos comentado.

## **B) Los supuestos de «modificación subjetiva».**

Esta nueva regulación elimina los supuestos de «modificación» subjetiva de los contratos como verdaderas modificaciones del contrato, que sí

---

(20) *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.



consideraba como tales el artículo 202.4 de la LCSP al prever que *«En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación.»* Así, si bien nos encontramos ante un supuesto en que el contrato puede verse modificado en su vertiente subjetiva, no es menos cierto, que no nos encontramos ante la figura de los modificados del contrato, sino de la extinción del mismo y, en su caso, de la subrogación de la parte subjetiva de éste.

El artículo 246 apartados 5 y 6 de la LCSP, prevé que en los casos de fusión de empresas en que participe la sociedad concesionaria será necesaria la autorización administrativa previa para que la entidad absorbente o resultante de la fusión pueda continuar con la concesión y quedar subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes de aquélla. En igual sentido, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas, el contrato únicamente podrá continuar con la entidad resultante o beneficiaria en el caso en que el órgano de contratación acceda expresamente a ello considerando los requisitos establecidos para la adjudicación de la concesión en función del grado de desarrollo del negocio concesional en el momento de producirse estas circunstancias. De lo anterior, puede inferirse la falta de claridad sobre el automatismo o no de la subrogación plena en los derechos y obligaciones dimanantes del contrato, lo que hace a los contratistas, en la práctica, solicitar autorización de la Administración antes de fletarse en complejas operaciones societarias, siempre que ello, claro está, les sea objetivamente posible. En cualquier caso, no parece apropiado relacionar con el ejercicio de la potestad del *ius variandi* esta circunstancia. Parece que es por ello, por lo que el Proyecto de Ley de Economía Sostenible prevé situar en el artículo 92 bis una «aclaración» al respecto disponiendo que *«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 solo 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 92 quáter.»*

### C) Los supuestos en que procede modificar un contrato

El artículo 202.2 de la LCSP establece que la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que ésta podrá producirse deberá recogerse en los pliegos y en el documento contractual. Ello comporta tres problemas: primeramente, da la impresión de que si no hay previsión en el condicionado de la posibilidad de modificación del contrato, éste es inmodificable; de otro, llama la atención que no se establezca el alcance o precisión que esa previsión debe contener, y finalmente, pese al meritorio objetivo con el que partía esa previsión, en múltiples preceptos se contemplaban especialidades que podían acarrear la violación de los principios generales de la contratación pública y de otros

Ante la falta de previsión de la posibilidad de modificación, cabría preguntarse como ya hemos expuesto, qué ocurre cuando acaezcan circunstancias imprevistas o mejor dicho, imprevisibles, que no hagan posible continuar con la ejecución de la prestación en la forma dispuesta inicialmente si no existe previsión alguna en el Pliego de condiciones que trate la cuestión. Asimismo, si no se afectan a condiciones esenciales del contrato y la circunstancia es realmente imprevista para un poder adjudicador diligente no habrá motivos para prohibir el modificado y en consecuencia no será necesario resolver el contrato. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, interpretó, como hemos señalado, con acierto la problemática citada, al sostener en el Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008 (21) que: *«cuando no se hubiese previsto la modificación, sólo podrán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que la modificación responda a necesidades del interés público, b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato.»* En el mismo sentido, MELLADO RUIZ (22), ha visto en esta nueva regulación la consolidación de la *«doble posibilidad de modificación de los contratos administrativos»*.

---

(21) El informe 43/2008 de 28 de julio de 2008, denominado *«Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad»*.

(22) MELLADO RUIZ, L., «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 99, 2010, p. 63.

En cuanto a la necesidad de previsión en el pliego del posible modificado, la mera contemplación genérica de utilización del *ius variandi*, no es suficiente para garantizar el ineludible respeto a los principios de publicidad y transparencia, como ha señalado el TJCE. La Junta Consultiva del Ministerio de Economía y Hacienda proponía así que la LCSP compeliere a que los pliegos establezcan de modo claro, preciso e inequívoco, qué, cómo, cuándo, por qué, y con qué efectos, incluyendo también, a nuestro juicio, los económicos, que en su caso, podrían afectar al valor estimado del contrato, y por tanto a los requisitos de elección del procedimiento utilizado o a la publicidad a conferir a la licitación actual para no hacer necesaria la constitución de una nueva adjudicación. Sin embargo, es cierto, que no es una cuestión sencilla para el legislador, y mucho menos para el poder adjudicador dada la riqueza de situaciones que se presentan en la práctica habitual. Al poder adjudicador probablemente se le plantee la duda de cuándo estamos ante un potencial o posible modificado del contrato o cuándo, simple y llanamente, estamos ante la presencia de un contrato adjudicado con una o varias circunstancias definidas a priori y que se conocerán en un momento dado de la ejecución del contrato en la forma de condición de ejecución suspensiva.

En esta línea, el artículo 92 ter dispone ahora que *«Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o 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 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.»* Como puede observarse el precepto ratifica la improcedencia de una simple previsión genérica, para sensu contrario, obliga a la definición de esas circunstancias que pueden variar y plantear cómo afectaran al precio del contrato, y sobre todo al procedimiento elegido. Esto es realmente digno de mención pues viene siendo frecuente observar cómo, por ejemplo, un procedimiento negociado puede modificarse de forma reiterada hasta

puntos en que hubiera sido necesaria una modalidad procedimental distinta que hubiera exigido dar una publicidad generadora de mayor concurrencia. De otro lado, puede decirse que el legislador está persiguiendo plasmar el principio de transparencia, que no es sino trasunto del principio de igualdad y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, imponiéndose que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, así, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (23).

#### **D) Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación**

El Proyecto de Ley de Economía Sostenible contempla la creación del artículo 92 quáter que tendría la siguiente denominación «*Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.*». Si la regla general es que no cabe efectuar modificaciones del contrato sin previsión expresa y específica en los pliegos de condiciones, se hacía necesario, como hemos visto más arriba, contemplar los supuestos en que no existiendo tal previsión el contrato puede ser legalmente modificado. No es baladí la dificultad que entraña elaborar esta nueva regulación dada la naturaleza excepcional con que estas situaciones tienen que contemplarse. De hecho sería la primera vez que esto ocurriría, para beneplácito de todos los intervinientes en el proceso de elaboración y ejecución del contrato, que no han sido conscientes de que ahora no es lícito modificar un contrato salvo por circunstancias imprevistas y no ya por necesidades nuevas. No es merecedor de demasiadas explicaciones que si para la doctrina y para los propios tribunales la interpretación de estos conceptos jurídicos indeterminados es compleja para un aplicador de la norma sin tiempo o ansias de estudiar y efectuar tales discusiones es necesario acercarse cuando estamos ante circunstancias que permitan que la modificación tenga un presupuesto acorde a Derecho (24). No obstante, no podemos dejar de

---

(23) Apartado 110 STJCE CAS *Succhi di Frutta/Comisión SpA*. MORENO MOLINA, J.A, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 33-43.

(24) En este sentido MELLADO RUIZ L., op cit., p. 60 ha afirmado que «*subsisten aún algunas dudas interpretativas, derivadas de la dicción del art. 202, sobre la fundamentación, el contenido y los límites de esta potestad administrativa.*».

poner de manifiesto que cuando se trata de definir y precisar un concepto jurídico indeterminado se corre el peligroso riesgo de contemplar algunas causas que superan lo permisible, como a nuestro juicio le puede ocurrir al legislador de aprobar el texto contemplado en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible según ha sido redactado, procediendo así efectuar un análisis detallado de cada una de las circunstancias previstas en el Proyecto como posibilitadoras de un modificación del contrato, pese a no existir previsión en los pliegos o en el anuncio de licitación:

Las dos primeras circunstancias que se enuncian en el Proyecto son la *«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 y la «inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones»*. Estas dos circunstancias se basan en la existencia de errores en el proyecto, y generan la incertidumbre de preguntarse si todo error puede justificar la aprobación de un modificación. Pareciera que sólo si ha existido la diligencia debida en el poder adjudicador se ha errado en alguna cuestión no reprochable por falta de la diligencia aludida procede modificar el contrato, en otro caso, no habría un imprevisibilidad sino un mero e injustificable imprevisto, si fuera de otro modo pudiera parecer que todo error sería considerado como un imprevisto (todo lo no previsto por error o sin él es un imprevisto). Así de acuerdo con el principio de proporcionalidad habremos de estar a la magnitud y tipología del error, y sobre todo a los efectos o al impacto que es susceptible de causar en el mercado, siendo la clave para resolver esta cuestión que si el error hubiera generado que la oferta de los licitadores hubiera sido podido ser presentada en otros términos no habrá lugar a la aprobación del modificación. Lo que ofrece, por otra parte, la nota de imprevisibilidad a la causa, es, como hemos apuntado, que el error no hubiera podido ser previsto por un poder adjudicador diligente que desempeña normalmente su actividad debería haber previsto. A este respecto puede ser interesante reflexionar sobre la referencia a la diligencia propia del buen padre de familia que impone el artículo 1.104 del Código Civil, o

incluso que exceda de ella, con la exigida en la situación concreta a persona razonable y sensata correspondiente al sector del tráfico o de la vida social cualificados por la clase de actividad a enjuiciar (25). Los dictámenes del Consejo de Estado Núms. 1834/1995, 454/1996 o 3371/1996 aceptaron la continuación del contrato mediando error, pero justificando ello no tanto en la existencia de circunstancias imprevistas sino en el interés público subyacente en el contrato y en los perjuicios que el aumento del coste o la interrupción de los trabajo podría suponer, algo más que cuestionable. Sin perjuicio de lo anterior, parte de la doctrina, como es el caso de JIMENEZ APARICIO (26), consideran que las deficiencias del proyecto pueden incluirse dentro del concepto de causa imprevista, lo que ahora plasma la Ley de Economía Sostenible. El Consejo de Estado ha afirmado de estas causas en el informe antes aludido que si bien ambas hacen referencia a situaciones en las que la modificación se justifica por las deficiencias del proyecto o de las especificaciones técnicas, en el primer caso, basta la existencia de errores u omisiones, en tanto que, en el segundo, la inadecuación de tales documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida en atención a una buena práctica profesional. Llegando a afirmar que *«se pretende dar un tratamiento diferente en función de si el contratista fue o no el autor del proyecto o intervino en la redacción de las especificaciones técnicas: en caso negativo, cualquier error u omisión, que no le sería en ningún caso imputable, justifica la modificación contractual no prevista en los documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que el error u omisión haga posible dicha modificación, es preciso que no fuera previsible con la diligencia de un buen profesional.»* A nuestro juicio, esta matización debe relativizarse pese a que guarda lógica que sea exigible un mayor control si el contratista es el redactor del proyecto, de modo que incluso no todo error u omisión del proyecto deba llevar a una modificación del proyecto deba aprobarse, o incluso, si se aprobare no deba cargar el órgano de contratación con los mayores costes que las soluciones conlleven, en otro caso, el contratista erraría y buscaría justificación para alterar su contrato al alza, lo que no es admisible.

La tercera circunstancia con la que el Proyecto de Ley de Economía Sostenible intenta delimitar el concepto de imprevisibilidad es la existencia

---

(25) BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, 1ª Ed., Junio de 2007, p. 100.

(26) op. cit. pp. 932-933.

de *«fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos»*. Al respecto, si el anterior supuesto pudiese llegar a ser trasunto de lo que se conoce como causa imprevisible por «razones humanas», este supuesto, contiene la definición más tradicional del concepto de imprevisibilidad, aquella que procede de la fuerza mayor. La fuerza mayor podría definirse como un hecho que no se puede evitar y tampoco se puede prever, en cambio un caso fortuito es un evento que, a pesar de que se pudo prever, no se podía evitar. El caso fortuito es el escalón posterior a la fuerza mayor, que es aquel evento que ni pudo ser previsto ni, de haberlo sido, podría haberse evitado. Habitualmente se les da un tratamiento similar, e incluso a veces se confunden ambos casos, pero como vemos existen diferencias, sin perjuicio de que en uno u otro caso siempre que no exista alteración sustancial de las condiciones esenciales del contrato no parecen existir obstáculos para modificar el contrato por estas causas.

La cuarta circunstancia que se contempla es la *«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 y la necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato»*. Al respecto de los avances técnicos que pudieran sucederse debe mencionarse en primer lugar que éstos y su relación con los modificados nacieron en el seno de los contratos de gestión de servicios públicos cuya duración era en muchos casos excesiva con ocasión de incorporar los avances técnicos que supusieran una mejora en su gestión. Es frecuente, no obstante, que los pliegos de condiciones incorporen la llamada «cláusula de progreso» (27), en virtud de la cual se obliga al contratista a realizar las labores propias del contrato, de conformidad con lo que, en cada momento, y según el progreso de la ciencia, disponga, por ejemplo, la normativa técnica, medioambiental y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación. Ello viene determinando no ya la instrucción de un procedimiento de modificación sino simplemente la implantación de oficio por la empresa o

---

(27) QUINTANA LÓPEZ, 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. 421-444.

previa exigencia del poder adjudicador y la consecuente compensación de los costes. En este sentido, el artículo 230.4 de la LCSP establece la obligación del concesionario de obra pública de mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación, sin perjuicio de lo anterior, debe restringirse este concepto a lo realmente imprevisible pues en otro caso estaríamos más ante una necesidad nueva, ahora proscrita por la LCSP.

Finalmente, la quinta circunstancia es la *«necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato»*, que se asimila en cierto modo a las dos primeras circunstancias señaladas, puesto que hacen inviable el proyecto según venía estando redactado por cuestiones externas al propio contrato. El inconveniente que puede llegar a generar es la introducción de modificaciones del contrato muy diversas motivadas por estas circunstancias, con lo que sería recomendable que se añadiera el matiz de que la modificación fuera estrictamente necesaria, puesto que si la nueva normativa no obliga a la adaptación por ejemplo de una concreta modalidad de edificio construido con anterioridad a su entrada en vigor no parece que sea conveniente que sea obligada la adaptación y en consecuencia la modificación del contrato.

En resumen, la pretendida definición se excede del concepto de circunstancia imprevista, el cual, reiteramos, no es susceptible de diseño ex novo, si no que constituye un concepto jurídico indeterminado que simplemente debe precisarse en cada caso concreto. Estaríamos ante la primera norma que *«intentase»* delimitar dicho concepto, existiendo no solo el riesgo mentado por exceso sino también por defecto; y es que el legislador ha definido un listado que a todas luces se entiende como *numerus clausus* (al señalar que solo puede modificarse el contrato cuando concurra *«alguna de las siguientes circunstancias»*) considerando que según lo dicho no puede ser de este modo.



## **E) La no alteración de las condiciones esenciales del contrato**

El Proyecto de Ley de Economía Sostenible afirma que para los supuestos de modificaciones no previstas en los pliegos de condiciones no se 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. Para comprender el alcance de esta cuestión es importante conocer concepto que de condiciones esenciales mantiene el derecho comunitario (28), que ayudará a interpretar la voluntad del legislador en la normativa objeto de análisis en el presente trabajo. La primera cuestión a tener presente es que cuando se produce la alteración de una condición esencial es necesario proceder a realizar un nuevo procedimiento de adjudicación. Ello tiene por causa que la alteración suponga un falseamiento de la competencia dando preferencia al adjudicatario respecto de otros licitadores. Como señaló la Abogada General Kokott en su conclusiones en el Asunto *Pressetext*, «*Debe presumirse la existencia de una modificación esencial siempre que no quepa excluir que las condiciones originales, menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación por un contrato público, o que, a la vista de las nuevas condiciones contractuales podrían estar ahora interesados en la licitación, o que con las nuevas condiciones podría haberse hecho con el contrato un licitante que en su día no lo consiguió*» (29). Por otra parte, el TJCE tuvo la ocasión de precisar en su Sentencia CAS *Succhi di Frutta Spa* que si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio durante la fase de ejecución del contrato las propias condiciones de licitación sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados, afirmando que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación cuando presentan características

---

(28) Podemos indicar algunos ejemplos de alteración sustancial recogidos en el Libro Verde: *La Contratación Pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro* (elaborado por la Comisión Europea y comunicado el 27 de noviembre de 1996), donde se señalaba cómo se cambió el emplazamiento de la obra durante el curso del procedimiento, se suprimió una parte importante de las obras inicialmente previstas, o se modificaron las condiciones de financiación.

(29) Apartados 48 y 49 de Conclusiones del abogado general Sra. Kokott presentadas el 13 de marzo de 2008.

sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. En este sentido, es concluyente la STJCE de 19 de junio de 2008, Presstext Nachrichtenagentur C-454/06, que mantiene que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación *«cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial, y por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato»* (30). En concreto, se ha señalado que las condiciones esenciales deben versar o comprender como mínimo, aunque no limitarse a ello, el objeto de la licitación, los criterios de selección y adjudicación, y cualquier otra cláusula que de haberse incluido en el procedimiento de licitación habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o habría permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos (31).

Por su parte, el Consejo de Estado en su Dictamen Núm. 44.793 de 2 de diciembre de 1982 señaló, que *«cuando no se aspira a dar un nuevo modo de ser a las relaciones existentes entre las partes, sino a establecer un tipo distinto de relaciones, se desbordan los límites de la modificación contractual, tratándose, en realidad, de un pacto nuevo»*, y mediante Dictamen de 19 de mayo de 1983 sostenía que *«La modificación del contrato administrativo tiene, por su propia naturaleza y por sus normas imperativas, una delimitación razonable y congruente con sus fines y planteamientos, así como con su objeto, que abarcan desde el mismo momento en que se preparan y concatenan los proyectos quedando el objeto delimitado en la adjudicación.»* Asimismo, se afirmaba que los principios generales de la contratación administrativa, exigen que la facultad de variación de

---

(30) Vid STJCE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98 apartados 44 y 46.

(31) La STJCE de 19 de junio de 2008, Presstext Nachrichtenagentur C-454/06, declara que una modificación puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial o cuando se amplían en gran medida los servicios inicialmente no contratados; y en cambio, no conlleva el deber de efectuar una nueva adjudicación cuando todos los servicios prestados por el adjudicatario se transfieren a una sociedad de capital donde éste es el único accionista; o por la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en una moneda nacional; o finalmente, cuando una entidad adjudicadora 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 particular.

los proyectos que tiene la Administración en los contratos por la misma celebrados, se ejerza dentro de un límite prudencial que no desnaturalice el objeto de la contrata. Del mismo modo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de enero de 1994 ha expresado que *«la modificación unilateral del contrato por la Administración no puede afectar a las estipulaciones esenciales»*.

Dicho esto, podemos afirmar que la LCSP en su actual redacción ya configura dos tipos de alteración sustancial, distinguiéndolas desde una perspectiva cualitativa y cuantitativa. Desde un punto de vista cualitativo constituirán modificaciones sustanciales aquellas que supongan una alteración sustancial del objeto o proyecto inicial. Así, para el contrato de obras, el artículo 221.1 LCSP especifica como causas de alteración sustancial *«entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial (32)»*. Desde un punto de vista cuantitativo, para el contrato de obras, como hemos visto, la LCSP ya fija en el artículo 221 un límite del 30% en el precio del contrato en lo referente a sustitución de unidades de obra que afecten al precio al menos en ese porcentaje. Sin embargo, ahora el Proyecto de Ley de Economía Sostenible pretende definir qué se entiende por alteración sustancial del contrato, lo cual sin dejar de ser un loable ejercicio que constituiría, al igual que ocurre con la delimitación de las circunstancias imprevistas, la primera ocasión en que una norma de este carácter presentaría tal grado de definición, corriendo nuevamente el riesgo de extralimitarse por exceso o defecto en el elenco de supuestos contemplados. Como ya hemos visto que ocurre al delimitar los relativos a las modificaciones no previstos en los condicionados.

El Proyecto de Ley contempla en primer lugar un supuesto claro de alteración sustancial que, como hemos señalado, ya aparecía contemplado para los contratos de obras, y que pretende recoger los supuestos en que *«la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada»* como hemos mencionado. Asimismo, afirma que se producirá alteración sustancial 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»*, en analogía a lo aludido en la STJCE de 19 de junio de 2008,

---

(32) Un ejemplo patente de alteración sustancial cualitativa viene informado en el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de junio de 1967 en que estando prevista la construcción de un ferrocarril se transformó el objeto del contrato pasando a edificar una carretera.

Pressetext Nachrichtenagentur C-454/06, que también hemos citado. Por otra parte, señala que *«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»*, de lo que podemos concluir que si los supuestos mencionados hasta el momento atendían fundamentalmente a alteraciones en el objeto que lo hacen sustancialmente diferente al inicialmente contrato, se pretende apuntar ahora al sujeto, y en última instancia, como común denominador de las mencionadas a la presentación no ya de una oferta distinta sino de licitadores distintos a los inicialmente concurrentes que ahora sí tendrían interés en participar en la licitación.

Sin perjuicio de elogiar la razonabilidad de las anteriores circunstancias mencionadas, no puede decirse lo mismo, quizás por mera incredulidad o desconfianza práctica, sobre la previsión de que existirá alteración sustancial *«cuando las modificaciones del contrato igualen 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»*. Es aquí donde para las prácticas propias de la ejecución de los contratos, especialmente los de obras, va a acontecer una auténtica revolución normativa, a la vista de que es familiar recordar la previsión que hasta ahora hace el artículo 217 de la LCSP, al que precisamente el Proyecto de Ley de Economía Sostenible da nueva redacción, siguiendo con la posibilidad, como hacía la redacción originaria de la LCSP, de que puedan *«introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato»*, lo que en su día se justificaba por que había un porcentaje de aumento de mediciones que normalmente se sucede en muchas de las obras dada la evidente complejidad de plasmar ad initio cada una de las mediciones exactas sobre un plano o papel cuando se acude al terreno o realidad (33). Que más podría pedirse a una norma que solventara el problema del alto porcentaje de modificación (al alza) del precio final de los contratos —especialmente los de obras— pero parece que pasar de un extremo de la cuerda al otro puede hacer desgarrarlo. Es por ello que parece cuanto menos controver-

---

(33) HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.74-76.

tida esta nueva circunstancia, más aún cuando el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible fijaba este porcentaje en un 20% del precio de adjudicación del contrato y ahora el Proyecto reduce al 10% el porcentaje de modificaciones. Quizás la explicación puede encontrarse en una cuestión fundada pero ajena a las problemáticas de la ejecución de la contratación sobre la realidad y es que, si las consultas al Consejo de Estado se debían llevar a cabo cuando el contrato fuera superior a un 20% del precio primitivo del contrato, siendo éste igual o superior a 6.000.000 euros —conforme al artículo 195.3.b) LCSP— ahora limitándose en el Anteproyecto al 20% jamás podía conocerse un modificado por el Consejo de Estado, con lo que ahora se modifica también esa dicción y se haría conocer al Consejo de Estado cuando el modificado tuviera un aumento *«superior a un 10% del precio primitivo del contrato, siendo éste igual o superior a 6.000.000 euros»*. Es de hecho esta la fundamentación la que obra en el informe del Consejo de Estado al que venimos aludiendo que literalmente afirma que en otro caso *«se sustraerían de la consulta obligada a este Cuerpo Consultivo los casos potencialmente más conflictivos»*. Es por ello por lo que cabe preguntarse si no habría sido suficiente que la consulta se hubiera llevado a cabo cuando el modificado experimentase un aumento del 15% —p.e.— e incluso si se hubiera estimado conveniente reducir el importe de 6.000.000 de euros por otras cifras menores para dar cabida a la importante labor de ese Consejo. Otra justificación puede venir dada por la previsión que la STJCE de 13 de enero de 2005 efectuó al condenar a España por incluir dentro de los supuestos en que podía aplicarse el procedimiento negociado sin publicidad a aquellos procedimientos abiertos o restringidos que quedaban desierto y se licitaban nuevamente mediante el procedimiento aludido alzando un 10% su precio de partida. Pero es más cierto que, a mi juicio, lo que se predicaba por el TJCE era que se utilizaba un supuesto de procedimiento negociado no previsto por la Directiva y por tanto de imposible previsión, dada la naturaleza excepcional de este procedimiento. Tampoco tendría sentido, dado que si viene contemplado por la Directiva 2004/18 que el artículo 155 de la LCSP permite adjudicar mediante procedimiento negociado sin publicidad los contratos de obras complementarias al contratista principal hasta un importe que no supere el 50% del precio primitivo del contrato, que quizás sea la cifra o porcentaje que debiera haberse establecido ahora como máximo.

Finalmente, al contrario de lo que ocurre para las previsiones de circunstancias imprevistas se establece que 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 estaremos ante una alteración sustancial del contrato, al hilo de lo que señalaba la Sentencia CAS Succhi di Frutta Spa y por lo tanto, debe ser considerado un rotundo parabién, puesto que al contrario de lo que ocurre al definir las circunstancias imprevistas se dan ahora los elementos de juicio suficientes para delimitar el concepto de alteración sustancial.

Todo lo anterior supone la introducción de una 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—.

## **F) El procedimiento de modificación del contrato**

Si antes la LCSP sólo contemplaba un procedimiento de modificación del contrato para los contratos de obras en el supuesto de que se pretendiera incluir unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, ahora el Proyecto de Ley de Economía Sostenible contempla en su artículo 92 quinquies un procedimiento de modificación de los contratos con carácter general. Por un lado, remite para los supuestos en que se hubiere previsto la posibilidad de modificación del contrato en el Pliego de Condiciones al procedimiento que allí se hubiere establecido; mientras que para el caso de que se trate de los supuestos en que ello no esté previsto y por ende se den alguno de los supuestos del artículo 92 quater, se exige dar 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.

Todo ello sin perjuicio del preceptivo informe del Consejo de Estado u organismo consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma para los

supuestos en que la modificación del contrato supere el 10% de los contratos administrativos y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros —que no modificaron en el anteproyecto donde se mantenía el informe a partir del 20% de aumento del precio, lo que justificaría el tenor del dictamen del Consejo de Estado aludido al tratar las restricciones que ahora señala la Ley de Economía Sostenible a los modificados con aumento del 10% del precio—.

Finalmente, el Proyecto de Ley de Economía Sostenible da también nueva redacción a la regulación del procedimiento simplificado para los supuestos en que la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, perdurando la posibilidad que ya existía en la redacción originaria de la LCSP de continuar provisionalmente el procedimiento tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabora la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto, no supere el 10% del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.

## **V. CONCLUSIONES**

La Ley de Economía Sostenible se concibe por el Gobierno como una norma que pretende contribuir a la mejora del modelo de desarrollo económico, social y ambiental de España y aunque no se afirme expresamente, no cabe duda de que se incardina dentro de los instrumentos de los que el Ejecutivo pretende hacer uso con la intención de combatir la crisis económica actual. Partiendo de dicho afán la Ley de Economía Sostenible contempla la modificación de un gran conjunto de normas, incorporando reformas de la LCSP, destacando el presente trabajo la profunda modificación del sistema de modificación de los contratos públicos tal y como la conocíamos hasta el momento. Al respecto, si bien debe cuestionarse el hecho de que esta regulación se encuadre en la Ley de Economía Sostenible y no en una norma específica y que aglutine el total de proyectos de normas que existen como si de una Ley Ómnibus se tratara, se considera acertada la pretensión de dotar de una regulación completa a las modificaciones de los contratos para diseñar un nuevo régimen de modificaciones de los contratos que frenara las tan habituales prácticas restrictivas de los principios más básicos de la contratación pública.

En cuanto al fondo de la regulación pese a sorprender ad initio, parece adecuada la extensión del régimen de modificaciones a los contratos celebrados por todos los poderes adjudicadores sujetos de una u otra forma a la LCSP, erigiéndose en una de las pocas previsiones que para este tipo de contratos existen en la LCSP en lo que a la ejecución del contrato se refiere, y conllevando a priori una restricción de los encargos que se efectúan a estas sociedades con el fin de huir del derecho administrativo siendo un mecanismo para evitar incluso la proliferación innecesaria de las mismas y eliminando el carácter atractivo que el sometimiento al derecho civil en la ejecución de dichos contratos tenía. Pero más que a esta cuestión que supone sin duda una novedad importante, es trascendente el cambio para la ejecución de los contratos va a suponer la nueva norma en cuanto a los modificados de los contratos se refiere.

Ahora el Proyecto de Ley clarifica que un contrato puede modificarse, una vez formalizado cuando el pliego de condiciones lo disponga o cuando aún no haciéndolo concurren ciertas causas que la norma recoge, con el ánimo de delimitar, sin éxito, el concepto jurídico indeterminado de circunstancia imprevista, a la vista de que lejos de ofrecer las pautas necesarias para conocer qué debemos entender por este concepto, efectúa una regulación de causas tasadas que unas veces se exceden y con frecuencia, dada la riqueza de la práctica y la incuestionable complejidad de la contratación pública, no sean necesarias para aglutinar todo lo que pueda acontecer, dando como resultado que si la causa no está prevista en el pliego o en el artículo que contempla ahora esta regulación no podrá modificarse el contrato. Esta nueva regulación tiene, no obstante, dos grandes cuestiones muy positivas, en cuanto a que pretende acercar al gestor cuándo puede modificarse un contrato (toda vez que se eliminó la posibilidad de modificar un contrato por necesidades nuevas, y ahora los gestores plantean dudas de qué es una circunstancia imprevista), y en segundo lugar que se reconoce en un texto legal que pese a que el contrato no prevea en sus pliegos las causas de modificación éste, llegado el caso, sí puede modificarse, como habíamos mantenido. Ello no es obstáculo para reconocer que la Ley de Economía Sostenible se extralimita, en el contenido que ofrece del concepto de imprevisibilidad que ha definido la jurisprudencia comunitaria, y que es un concepto jurídico indeterminado y por ende no puede tratarse como un concepto de nueva creación al que el legislador dote ex novo de un status diferente del que le corresponde por sí mismo.



Este ánimo de regulación conceptual lleva a la nueva norma a regular también qué se entiende por alteración sustancial del contrato y pese a que se observa cómo pretende incorporar a la misma la doctrina de la jurisprudencia comunitaria, es llamativo que incluya algunos supuestos como por ejemplo el límite cuantitativo para los modificados del contratos, del 10% de aumento del precio de adjudicación del contrato que a buen seguro supondrá una auténtica revolución de difícil asimilación por los participantes en la ejecución de todos los contratos públicos (recuérdese que afectará también a los contratos privados efectuados por poderes adjudicadores no Administración Pública). No obstante, esta inclusión parece encontrar justificación en la STJCE de 13 de enero de 2005, siendo criticable a este respecto que hasta la fecha las modificaciones, precisamente de hasta ese porcentaje no requirieran ni siquiera procedimiento alguno, siendo una práctica casualmente recurrente por las distintas Administraciones, así como que el motivo de la inclusión del que al menos se tiene constancia pública es la necesaria participación del Consejo de Estado como reconoce dicho organismo consultivo en el informe 215/2010 de 18 de marzo de 2010 donde dictamina sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible. Pese a todo lo anterior, debe concluirse que la nueva regulación es no sólo necesaria sino de urgente puesta en funcionamiento en la contratación pública y ello aunque antes de ver la luz ya es una norma que entendemos debiera reformarse, fundamentalmente, como decimos, por el exceso en la apreciación de los presupuestos para modificar un contrato.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAÑO LEÓN, J.M.: «La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, Núm. 151. Enero-abril 2000, pp. 11-37;
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, 1ª Edición, Junio de 2007, p. 100.
- 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.

- GARCÍA DE LA MATA, J.E, PIPAON PULIDO, J.G.: «Reflexión sobre la modificación de los contratos en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector público» *Diario La Ley*, Núm. 6983, 7 de julio de 2008, Editorial la Ley, (La Ley 36851/2008).
- GIMENO FELIU, J.M.: «*El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras*», *Revista de Administración Pública*, Núm. 176, 2008, pp. 9-54.
- *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos*. Thomson Reuters, 2010, Cizur Menor (Navarra), p. 256.
- «*Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica*», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 9, 2010 , pp. 50-55.
- HORGUE BAENA C.: *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.74-76.
- JIMENEZ APARICIO Y OTROS, *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Editorial Aranzadi S.A. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, Tomo III, pp. 112-113.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J.M.: «Las modificaciones contractuales. La potestad de modificación de los contratos administrativos y su regulación en el TRLCAP» *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* Núm. 3, 2001.
- MELLADO RUIZ, L.: «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 99, 2010, pp. 5868.
- MORENO MOLINA, J.A.: *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 33-43.
- ORDOÑEZ SOLIS, D.: *La contratación pública en Europa*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 36-51.
- QUINTANA LÓPEZ, 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. 421-444.

VÁZQUEZ MATILLA, F.J.: «Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de abril de 2008. La vulneración de la Directiva sobre Recursos y su incidencia en la normativa sobre contratación administrativa en Navarra» *Revista Jurídica de Navarra*, Núm. 45, enero-junio 2008, pp. 149-181.

- «La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJCE de 29 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público» *Revista Española de Derecho Administrativo*, Núm. 143, 2009, pp. 529-564.
- «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de Contratos del Sector Público» *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 94, 2010, pp. 54-63.

