

JORNADA MODIFICACIONES DE CONTRATOS PUBLICOS

Mallorca

31 MARZO 2016

FUNDACION AEDIFICAT

Ponente.

Francisco Javier Vázquez Matilla

Vocal del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra
Miembro grupo de expertos en contratación pública de la Comisión Europea
Letrado del Ayuntamiento de Pamplona

RÉGIMEN DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

I.- El inicio de la ejecución. Actas de inicio y recepción. La terminación normal del contrato.

Tras la adjudicación del contrato procede la formalización del mismo. Es la formalización del contrato lo que conlleva la perfección del contrato (art. 27 TRLCSP). Con los efectos que conlleva.

El motivo del cambio de la doctrina y legislación tradicional provino de la STJUE de 3 de abril de 2008 relativa, a la no previsión de un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración¹.

La formalización tiene que tener lugar en documento administrativo.

Cabría preguntarse si el contrato como documento en sí tiene una importancia radical o incluso si su alcance no es el de una mera solemnidad. Es con esta segunda característica con la que nos debemos quedar.

Se trata de una formalidad que debe revestir carácter administrativo salvo que se solicite por el contratista la elevación a escritura pública, corriendo este con los gastos que ello supondría.

Lo relevante sí puede ser incluir en el contrato las mejoras o las cuestiones relevantes de la oferta o aquellas que pudieran dar lugar a dudas.

Todo ello se regula en el artículo 156 del TRLCSP.

Los contratos menores no requieren formalización.

Se establece un plazo suspensivo para la formalización de quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos, en los casos en que cabe recurso especial.

El órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma procederá cuando el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión.

En los restantes casos, la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista

¹ VAZQUEZ 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, junio, de 2008.
http://www.navarra.es/home_es/Gobierno+de+Navarra/Organigrama/Los+departamentos/Presidencia+justicia+e+interior/Publicaciones/Revistas/Revista+Juridica+de+Navarra/Sumarios/sumario45.htm#!

en el artículo 151.4.

Independientemente de su cuantía, en el caso de contratos derivados de acuerdos marco (art. 198.5 TRLCSP) o de sistemas dinámicos de contratación podrá formalizarse el contrato sin necesidad de observar el plazo de espera (art. 202.6 TRLCSP).

La interposición de un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación produce como efecto automático la suspensión de la tramitación del expediente (art. 45 TRLCSP), de forma que el contrato no podrá ser formalizado.

Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido.

Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los casos previstos en el artículo 113 de esta Ley. En la práctica el incumplimiento de este formalismo siempre que hubiera transcurrido el plazo de recurso especial no genera problemas.

Es importante que si el contratista demuestra su voluntad de formalizar y ejecutar el contrato y no aporta toda la documentación debe otorgarse un trámite de ampliación de plazo.

Téngase en cuenta en los supuestos en que concurren UTE's, la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 215/2013 de 12 de junio de 2013 ha aclarado que el desistimiento de uno de los integrantes de una UTE que haya concurrido a una licitación no es, en principio y con abstracción de otras consideraciones, óbice insalvable para que pueda realizarse la adjudicación en favor de los restantes componentes si ostentan la clasificación o la solvencia económica, financiera y técnica exigida en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares y cumplen con el resto de los requisitos previstos para los adjudicatarios, siempre que ello no implique una modificación sobrevenida de la oferta en su momento presentada por la UTE, lo cual sería contrario a los principios de igualdad y no discriminación consagrados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

Una vez formalizado el contrato el efecto principal del contrato surte su principal efecto. No es otro que la vinculación de los sujetos que lo han celebrado al cumplimiento exacto del mismo. El contratista hará o ejecutará la prestación contratada y el poder adjudicador abonará la cantidad convenida por el cumplimiento.

Es relevante la necesidad de cumplimiento en plazo del contrato. Para ello tienen especial relevancia las actas de inicio de obra y recepción del contrato.

En el acta de inicio se debe plasmar la fecha en que se da inicio el contrato. En algunos contratos donde la fecha viene definida por el condicionado no es obligada su suscripción pero sí es muy conveniente pues supone la plasmación de la realidad del contrato en una concreta fecha. Luego será esencial a efectos probatorios. Si hubiera alguna circunstancia que reseñar es ahora el momento de hacerlo o de plasmar que todo es idoneo de cara a ejecutar el contrato.

Durante la ejecución del contrato rige el principio de riesgo y ventura en virtud del cual la responsabilidad de los posibles riesgos que acaezcan en el contrato se desplaza al contratista.

Este principio hay que conectarlo con el ius variandi y el correlativo derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato en los contratos donde proceda.

En cuanto a la necesidad de realizar el acta de recepción del contrato si bien es frecuente que no falten en los contratos de obras, no ocurre lo mismo en contratos de servicios o suministros. Es necesario constatar la fecha y el grado de cumplimiento del contrato. ¿de qué sirve si no puntuar el plazo? ¿problemas en la liquidación: solución el acta de recepción?

Expondremos a lo largo del seminario las distintas posibilidades al tiempo de recepcionar un contrato:

Recepción normal

Recepción anormal – falta de cumplimiento – con otorgamiento de nuevo plazo

Recepción parcial

Actas de puesta en servicio o puesta en funcionamiento.

El final del contrato en la mayoría de contratos de suministros supone la necesidad de abonar el precio pactado. En el resto de contratos en función de la forma de pago deberá abonarse el precio en función de lo previsto en el pliego. Lo frecuente será realizar pagos con anterioridad a la finalización del contrato (por ejemplo pagos mensuales).

Al respecto es necesario poner de manifiesto la obligación de pago en 30 días naturales, consecuencia de la transposición de la Directiva sobre morosidad en su versión de 2011. Lo relevante es que transcurrido dicho plazo los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora.

Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro.

Téngase en cuenta que esta previsión puede ser ejercida sobre contratos anteriores al dictado de la normativa sobre morosidad pero posterior al plazo de transposición de la Directiva.

II.- Los modificados y su régimen jurídico en España.

La regulación de las modificaciones contractuales en España viene dada por los artículos 105 a 109 del TRLCSP.

TÍTULO V

MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Artículo 105. *Supuestos*

1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse

cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.

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

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

1. EL FUNDAMENTO DEL IUS VARIANDI.

Los principios de inmutabilidad del contrato y *pacta sunt servanda* conllevan que una vez que un contrato se perfecciona mediante el acuerdo de voluntades entre contratante y contratista no pueda modificarse. El principio de inmutabilidad del contrato es la regla general para los contratos privados, donde las partes se encuentran en pie de igualdad. Para tales casos rigen, entre otros, los artículos 1091 y 1256 del Código según los cuales las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, sin que quepa así su variación durante el desarrollo del contrato por las partes, y menos aún, que una imponga a otra dichas variaciones sobre la voluntad de la otra.

De este modo, a través de los pactos que integran el contrato se genera una auténtica fuerza obligatoria de trascendencia similar a la que cualquier norma jurídica pueda establecer. Este término acuñado por ULPIANO en el Digesto tiene muchos matices en su aplicación a los contratos públicos, si bien tienen su trasunto en los artículos 25.1 y 115 del TRLCSP. Ello supone lo que se conoce como “congelación de la obligación ante el cambio de circunstancias”, que define GIL

RODRIGUEZ J.² en el sentido de que las partes solo se obligaron en la medida en que permanecieran inalteradas las circunstancias concurrentes en el momento de contratar. HORGUE BAENA define el término modificación del contrato, el acto en virtud del cual se produce una alteración formal de las condiciones mismas en que se perfeccionara el contrato³.

Frente al rigorismo del artículo 1256 del Código Civil que impide dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato, se ha venido entendiendo que el interés público perseguido por el contrato prevalece sobre la inalterabilidad el contrato. La potestad de modificación se justifica en última instancia por el elemento finalista de consecución del interés público que siempre acompaña a la Administración, si bien la propia jurisprudencia ha señalado motivaciones concretas. Y es que la Administración se halla al frente de la gestión de los intereses de los ciudadanos y su fin último es la satisfacción de dichos intereses generales, lo cual, podía decirse que es su fin institucional⁴. Véase la STS 21 -1-1992 (LA LEY 4607/1992):

«la realidad es que los contratos son, ordinariamente, acuerdos de larga duración y no exentos de complejidades a la hora de ejecutar lo convenido, por las circunstancias imprevisibles (de orden técnico o económico) que puedan aparecer: de ahí que el principio fundamental contractus lex inter partes venga afectado, en la contratación administrativa, por otro principio: el de mutabilidad del contrato administrativo».

Ello se relaciona con la creencia de que el inmovilismo contractual es incompatible con la función propia del contrato público, considerando a la modificación un mecanismo inherente a la vida de un contrato. Al respecto puede verse el Informe de la JCCA en su Informe 71/1999, de 11 de abril de 2000 (LA LEY 28/2000) que así lo ratifica.

Tradicionalmente, lo inmutable ha sido el fin. En este sentido se pronuncia la STS 11-10-1979:

«es evidente que, en principio, nada se puede objetar a la modificación contractual referida, puesto que la regla general de la

² PUIG I FERRIOL L., GETE –ALONSO Y CALERA M., GIL RODRIGUEZ J., HUALDE SÁNCHEZ J.J., *Manual de Derecho Civil, II, Derecho de obligaciones, responsabilidad civil, teoría general del contrato*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 641 - 642.

³ HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 32.

⁴ PAREJO ALFONSO L., JIMENEZ BLANCO A. y ORTEGA ÁLVAREZ L., *Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 1 (5ed.), Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1998, págs.605 -609. MUÑOZ MACHADO S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2004, pp. 510 – 602.

inmutabilidad del contrato, predominante, en el arrendamiento civil (*contractus lex*), ofrece en el administrativo la versión de la inmutabilidad del fin, o inmutabilidad del servicio, para lo cual se instrumenta una especial potestad, la *potestas variandi*, habilitada no por ministerio del contrato, sino por el de la ley, hasta el extremo que la doctrina científica ha destacado que esta potestad merece ser aplicada con un criterio extensivo en el campo administrativo, mientras que por el contrario, en el civil las facultades de modificación (*ius no potestas*), sólo deben ser reconocidas en los casos y con un criterio hermenéutico restrictivo».

El Consejo de Estado en su Memoria de 1990 defendía igualmente la necesidad de modificar un contrato público:

« a partir de un conocimiento ordinario de la realidad y de una valoración propia de su experiencia consultiva, el Consejo de Estado entiende, con sensibilidad, como de hecho se produce en el desarrollo de una relación contractual y como, a veces, cierto grado de ductibilidad puede servir al interés público mejor que un rigorismo capaz, en aras de una interpretación legal alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa».

2. LA NECESARIA LIMITACIÓN DEL IUS VARIANDI.

La tradición legislativa española ha amparado la modificación ilimitada de los contratos. Ello desde el Real Decreto de 10 de octubre de 1845 que aprueba la instrucción para promover y ejecutar obras públicas hasta la LCSP, en su versión original.

Hoy, desde la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LA LEY 3603/2011) no hay duda sobre que el *ius variandi* es una potestad reglada y excepcional (ver Dictamen del Consejo de Estado 1281/2005). Antes si el contratista no se oponía no había límite a la modificación del contrato.

Ahora, ha habido un giro copernicano. No solo debe protegerse al contratista de las modificaciones que se le pudieran imponer, sino sobre todo, a los principios generales de la contratación pública. De qué hubiera servido tramitar un procedimiento para seleccionar la mejor oferta si ahora con la modificación no cabe asegurar que quien está ejecutando el contrato sigue siendo realmente la mejor oferta que hubiéramos obtenido si hacemos pública su licitación. Es una «ruptura del efecto útil del procedimiento»⁵.

El Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública elaborado en el año 2004,

⁵ VAZQUEZ MATILLA F.J., «Transformación sustancial del régimen de modificación del contrato por la Ley de Economía Sostenible», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Nº. 114, 2011 , págs. 46-57.

apuntó que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y sus precios no son aquellos por los que se compitió. Además, afirmaba que la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que, en ocasiones, mediante ello puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja.

El Informe de la JCCA del Estado 54/2006 de 11 de diciembre de 2006 (LA LEY 189/2006) puso de relieve que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos:

« puesto que celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concedores de la modificación que ahora se produce».

En igual sentido, el Consejo de Estado reiteradamente propugnó que sólo excepcionalmente debe acudir a la ulterior modificación del contrato, «pues de lo contrario, prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habrían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación y por tanto nueva publicidad a los posibles sujetos interesados en la adjudicación», a la vista de los principios de igualdad de trato y transparencia que deben presidir las actuaciones de los poderes adjudicadores .

Tanto en su fondo como en su forma un modificado no es sino una nueva adjudicación directa al contratista originario. El procedimiento negociado sin publicidad se configura como un procedimiento excepcional por la Directiva 2004/18 (LA LEY 4245/2004) que en su artículo 31 relega el uso de esta posibilidad a unos supuestos tasados. Estas nuevas adjudicaciones se realizan prescindiendo totalmente sin publicidad, sin mediar cuanto menos tres ofertas ni una negociación sobre distintos aspectos sino que se pactan de forma directa con un único empresario.

Todo ello sin perjuicio, de que además del necesario respeto de los principios rectores de la contratación pública los modificados son una violación unilateral del principio de pacta sunt servanda, donde el contrato queda al arbitrio de una de las partes, la Administración Pública.

3. LA INFLUENCIA COMUNITARIA DIRECTA EN LA REGULACIÓN DEL TRLCSP.

Desde la entrada de España en la Unión Europea en el año 1986 la normativa de contratación pública se ha visto influenciada directamente por la normativa y jurisprudencia emanada de las instituciones europeas. La materia de modificaciones contractuales no es una excepción.

Lo pretendido por la jurisprudencia ha sido proteger los principios fundamentales del Tratado de la Unión Europea (LA LEY 109/1994) dando preferencia a éstos frente al interés particular que se pretende seguir con cada contrato individual. Estos principios son los de libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la 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 transparencia⁶. Éstos últimos conocidos como principios generales de la contratación pública, pues tienen un carácter transversal, por cuanto deben inspirar todas las fases de un contrato público y resultan de aplicación tanto a los contratos sujetos a las prescripciones de las Directivas comunitarias como aquellos que por razón de su cuantía no alcanzan la relevancia comunitaria⁷.

Respecto al principio de igualdad de trato, puede indicarse que está considerado como el fundamental principio a tener presente en la contratación pública⁸, en virtud del cual se exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente y que no se trate de manera idéntica situaciones diferentes⁹. Se 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 competidores¹⁰.

⁶ Vid MORENO MOLINA, J.A, “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Navarra*. Nº 45, Enero – junio 2008, pp. 45 -77. ORDOÑEZ SOLIS, D., *La contratación pública en Europa*, Editorial Aranzadi S.A., 2002, pp. 36-51

⁷ Vid Auto del TJUE de 3 de diciembre de 2001 (As. C-59-00 Bent Moustén Vestmgaard, Considerando 20).

⁸ Vid MORENO MOLINA, J.A, *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 33 – 43.

⁹ Vid entre otras las SSTJUE de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, y de 20 de diciembre de 2005, Comisión/Francia. C-264/03.

¹⁰ Apartado 110 STJUE CAS Succhi di Frutta/Comisión SpA.

Ligados al principio de igualdad están los principios de publicidad, transparencia y concurrencia. Mediante el principio de publicidad se pretende lograr la libre circulación de mercancías, personas y bienes, en suma, la apertura de las contrataciones de todos los poderes adjudicadores de la Unión Europea, favoreciendo la concurrencia de todos los interesados en las licitaciones y consiguiendo así las mejores proposiciones posibles.

Por transparencia puede entenderse, a su vez, siguiendo a MARTIN-GIL GARCIA, M.D.¹¹, la claridad o falta de ambigüedad en el ámbito de la contratación pública, manifestándose en todas las fases de ésta¹². La STJUE de 7 de diciembre de 2000, Telaustria C-324/98 (LA LEY 223646/2000), tuvo la ocasión de manifestar que este principio implica, en particular, no ya un derecho para el poder adjudicador, sino una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que el mencionado principio es respetado¹³.

Este Tribunal, en su Sentencia de 13 de noviembre de 2005, Parking Brixen, C-458/03 (LA LEY 199228/2005), afirmó que la obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

Por su parte, en la STJUE CAS Succhi di Frutta Spa, mantuvo que este principio tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora.

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

Las sentencias del TJUE han tenido pues una influencia determinante en la construcción de estas serias limitaciones a las modificaciones del contrato, o más específicamente a la utilización indiscriminada de la misma. En especial las sentencias del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta

¹¹ MARTIN-GIL GARCÍA, M.D., “*Las modificaciones de los contratos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*”, El Consultor de los Juzgados y los Ayuntamientos, N° 3, 2008, pp. 415.

¹² SSTJUE de 25 abril de 1996, Asunto 87-94, Bus Wallons, apartados 54, y de 18 de noviembre de 1999, Asunto C-275-98.

¹³ Vid STJUE de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S (C-275/98), apartado 31.

SpA, de 19 de junio de 2008 Priesstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich y otros (LA LEY 74235/2008), de 13 de abril de 2010 Wall AG contra La ville de Francfort-sur-le-Main y Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH y Otros (LA LEY 16300/2010), de 22 de abril de 2010 Comisión contra Reino de España (LA LEY 26640/2010), y del Tribunal General de 31 de enero de 2013, entre otras (de 13 de enero de 2005, Comisión contra España, de 13 de septiembre de 2007, Comisión contra Italia, de 15 de octubre de 2009 Acoset, de 29 de abril de 2010 Comisión contra Alemania,...).

Sin duda la sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA es la más relevante. En ella el TJUE determinó la necesidad de transversalidad de los principios generales de la contratación pública y en aras de ello exigió la previsión clara y precisa de las futuras modificaciones que se prevean realizar a fin de que el contrato no quede desnaturalizado: Definió los presupuestos de las modificaciones de contratos concluyendo que con carácter general la modificación de la forma de pago lesiona los principios de igualdad de trato y transparencia¹⁴.

Los antecedentes de esta sentencia se refieren a una licitación llevada a cabo por la Comisión Europea para fijar las condiciones más ventajosas 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 éstos previendo realizar el pago al adjudicatario en especie, y más concretamente, en dos frutas (manzanas y naranjas). La Comisión adoptó una decisión con posterioridad a la formalización del contrato, señalando que desde la adjudicación, las cantidades de los productos de que se trataban que habían sido retirados del mercado hasta el momento eran insignificantes en relación con las cantidades necesarias, a pesar de que la campaña de retirada prácticamente había finalizado, por lo que considero necesario permitir a las empresas adjudicatarias que lo desearan, aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos como nectarinas y melocotones, fijando ex novo un porcentaje de equivalencia.

La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 CAS Succhi di Frutta SpA / Comisión, estimó el recurso de Succhi di Frutta Spa, una empresa licitadora pero no adjudicataria que recurrió el modificado, manteniendo que se había producido una vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia. Tras el recurso de la Comisión frente a dicha sentencia el TJUE ratificó la sentencia recurrida. Ello sobre la base de que cuando una entidad contratante ha señalado

¹⁴ VAZQUEZ MATILLA F.J., «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.

prescripciones en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas, el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas, y asimismo que ese procedimiento de comparación debe respetar en todas sus fases no sólo el principio de igualdad, sino también el de transparencia, para que todos ellos dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas.

«que cuando una entidad contratante ha señalado prescripciones en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas, el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas, y asimismo que ese procedimiento de comparación debe respetar en todas sus fases no sólo el principio de igualdad, sino también el de transparencia, para que todos ellos dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas».

Como el anuncio de licitación no previó la sustitución de manzanas o de naranjas por melocotones en pago de los suministros de que se trata, y la fijación de los coeficientes de equivalencia entre estas frutas para los adjudicatarios, ello constituye una modificación importante de una condición esencial del anuncio de licitación. En concreto, las modalidades de pago de los productos que deben suministrarse.

El Tribunal subrayó al respecto que la Comisión determinó inicialmente las condiciones generales de licitación para el suministro de zumos de frutas y confituras destinados a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán y a continuación elaboró el anuncio de licitación, definiendo al mismo tiempo el objeto preciso y las modalidades concretas de este procedimiento de licitación, debiendo respetar los criterios que ella misma había establecido, no sólo durante el procedimiento de licitación propiamente dicho, que tiene por objeto la evaluación de las ofertas y la selección del adjudicatario, sino, más en general, hasta la finalización de la fase de ejecución del contrato de que se trata.

El Tribunal de Justicia afirmaba que si bien una oferta que no sea conforme a las condiciones estipuladas debe ser evidentemente descartada, la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

El Tribunal concluye así que la entidad adjudicadora no podía tras la adjudicación del contrato y además mediante una decisión cuyo contenido deroga las estipulaciones de los reglamentos adoptados con anterioridad, modificar una

condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago de los productos que han de suministrarse.

« 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 elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta. »

Por otra parte, en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente.

« 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, infringiendo los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores, puesto que la aplicación uniforme de las condiciones de licitación y la objetividad del procedimiento dejarían de estar garantizadas ».

El Tribunal reitera que de la propia redacción de dicha Sentencia se deduce claramente que, a falta de disposición expresa a tal efecto en el anuncio de licitación, se prohíbe a la entidad adjudicadora modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia.

De este modo, el hecho de que el TPI afirme que la Comisión podía haber previsto la posibilidad de alterar la forma de pago en determinadas circunstancias y que a falta de tal habilitación debió iniciar un nuevo procedimiento de licitación¹⁵, no se contradice en modo alguno, con las consideraciones antes realizadas, puesto que si bien la Comisión hubiera podido prever condiciones diferentes, no es menos verdad que estas últimas habrían sido aplicables de la misma forma a todos los licitadores, observándose también los principios de igualdad de trato y transparencia.

¹⁵ IJCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón 4/2012, de 1 de febrero.

Según esta sentencia, la previsión en los condicionados de la posibilidad de modificación debe realizarse no de forma genérica sino expresa, clara y precisa e inequívoca. El TJUE proscribió 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.

Además de la influencia indirecta comunitaria en la regulación de la normativa española sobre modificaciones contractuales, la reforma se asienta en el requerimiento de la Comisión Europea a España por la regulación de la LCSP. En particular, la Comisión – remitió a las autoridades españolas sendas cartas - con fechas 12 de diciembre de 2006 y 16 de abril de 2007 – en las que transmitía la preocupación en torno al anteproyecto de LCSP en lo referente a las modificaciones de los contratos adjudicados durante la fase de ejecución y su incompatibilidad con las normas de contratación pública de la Unión Europea. El 8 de mayo de 2008, la Comisión cursó una nueva carta de emplazamiento a las autoridades españolas, que fue respondida por éstas el 4 de julio de 2008 con argumentaciones que en nada satisficieron a la Comisión. Por ello, el 27 de noviembre de 2008 la Comisión formuló un dictamen motivado en el cual considera que el régimen previsto en la LCSP al respecto de la modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación no está en consonancia con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CEE del Parlamento 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 - y de los artículos 12, 43 y 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Además, sostenía que la LCSP otorgaba a los órganos de contratación un amplio poder para alterar las condiciones esenciales de los contratos públicos con posterioridad a su adjudicación, sin que las condiciones para su modificación hayan sido previstas en los documentos del contrato de manera clara, precisa e inequívoca. Asimismo, la Comisión considera que la LCSP permite al órgano de contratación recurrir a procedimientos negociados sin publicidad en circunstancias distintas de las establecidas en el artículo 31 de la Directiva 2004/18.

Tras la reforma llevada a cabo por la LES la Comisión anunció el 6 de abril de 2011 el cierre de este procedimiento de infracción.

« La norma limita la facultad de las entidades adjudicadoras para modificar los contratos públicos tras su adjudicación y permite disipar así la inquietud que había llevado a la Comisión a incoar el procedimiento de infracción. (...) La Ley de Economía Sostenible es una medida de la que cabe

congratularse, total compatibilidad de esta nueva Ley con las normas de la UE sobre modificación de los contratos y obras complementarias».

Sin perjuicio de ello, recientemente, como veremos al analizar el artículo 107 se ha dirigido a las autoridades españolas en ánimo de limitar el concepto de imprevisibilidad contenido en tal precepto, que se considera excesivo en alguno de los supuestos, y en particular, en lo que atañe a los errores de proyecto.

4. LA REGULACIÓN DE LAS MODIFICACIONES EN EL TÍTULO V. RESTRICCIÓN DE LAS MODIFICACIONES PARA TODO LOS PODERES ADJUDICADORES.

Es la primera ocasión que la normativa contractual española contempla un Título dedicado en exclusiva a las modificaciones. Ello por mandato de la LES. Además de la importancia de la creación del Título, lo relevante es que toda la regulación sobre modificados va a afectar no sólo a los contratos administrativos celebrados por las Administraciones Públicas, sino también a los perfeccionados por el resto de poderes adjudicadores, que hasta el momento escapaban de las limitaciones establecidas para ellos.

En esta línea la Memoria del análisis de impacto normativo de esta Ley 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».

Lo anterior conllevaba, como recuerda el profesor GIMENO FELIU¹⁶ que los poderes adjudicadores “no Administración Pública” entendían que no existían límites a la posibilidad de acordar modificados. Así, todo modificado llevado a efecto de mutuo acuerdo era siempre permitido y el propio condicionado podía establecer supuestos de modificación del contrato que llegaban a desnaturalizar el contrato inicial y en consecuencia dejaban sin efecto la licitación efectuada de acuerdo a las previsiones que sí debían aplicar en cuanto a la preparación y adjudicación del contrato.

Ello ha sido considerado por la doctrina como un acierto¹⁷, al tiempo que supone eliminar la práctica habitual de encargar ciertas prestaciones a otras entidades que no poseen la condición de Administraciones Públicas, pero que son poderes adjudicadores, para hacer inaplicables algunas normas de la contratación

¹⁶ GIMENO FELIU J.M., *Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, alcance y efectos prácticos*, Colección Cátedra de Derecho Local, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 118 – 119.

¹⁷ COLAS TENAS. J., «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público», *Boletín Derecho Local*, 1 de junio de 2011.

administrativa, entre ellas, las propias de las modificaciones de los contratos que se sometían al Derecho Civil y permitían incluso la modificación total del contrato originario¹⁸.

No obstante la bonanza de la medida el Consejo de Estado ha dictaminado la necesidad de modificar el artículo 20.2 de la TRLCSP 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 registrarán por la TRLCSP, o el artículo 21.2 de la TRLCSP para encomendar al orden jurisdiccional contencioso administrativo las cuestiones vinculadas a la modificación de los contratos privados.

5. LA OBLIGATORIEDAD DE LAS MODIFICACIONES DEL CONTRATO.

Todas las modificaciones son obligatorias para el contratista. No se plantea como causa de resolución la posibilidad de que el contratista decida por su propia voluntad no ejecutar las modificaciones que se le impongan.

Desde el Real Decreto de 10 de octubre de 1845, por el que se aprueba la instrucción para promover y ejecutar obras públicas y hasta la LES cabían dos efectos por la aprobación de las modificaciones. Modificaciones obligatorias o potestativas. Las diversas legislaciones hasta el momento mantenían esta dualidad de efectos obligando a la ejecución de los modificados consecuencia de la variación de mediciones respecto de las unidades originalmente definidas en el contrato mientras que ante cualquier modificación que conllevara la ejecución de nuevos trabajos de no existir acuerdo sobre su precio el contratista quedaba relevado de su ejecución.

Ahora esto ya no es así. De ninguno de los preceptos de la TRCSP puede desprenderse otra conclusión que la obligatoriedad de los modificados acordados conforme éste. Quizás la explicación se encuentre en el reducido margen económico de desviación que establece el TRLCSP para los modificados imprevistos y al conocimiento previo que sobre los modificados previstos tiene el contratista.

6. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL.

¹⁸ VAZQUEZ MATILLA F.J., «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: proyecto de ley de economía sostenible», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, pág. 330.

6.1. Prerrogativa reglada y excepcional

El *ius variandi* es una prerrogativa excepcional y reglada. Ni es discrecional ni es ilimitada. Ahora el fin del contrato no justifica toda modificación contractual. Los supuestos en que puede procederse a modificar un contrato exigen la conjunción de una multiplicidad de elementos que deben ser interpretados caso por caso por cada poder adjudicador atendiendo a los intereses de la sociedad en cada momento, pero ello no conlleva una libertad de actuación.

GRIS GONZÁLEZ, afirma que el principio de legalidad positiva, derivado del artículo 103.1 de la Constitución, tutela el régimen de modificación de los contratos del sector público, lo cual conlleva que el poder adjudicador está imposibilitado para acudir a otros supuestos distintos de los tasados en los pliegos, en el anuncio de licitación o en el TRLCSP¹⁹.

6.2. Ius variandi, prerrogativa exclusiva de la Administración Pública

Pese a la ubicación del Título V, no quiere decir que exista una extensión a los contratos sujetos por poderes adjudicadores no Administración Pública de la prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato. Esta prerrogativa es únicamente atribuible a la Administración Pública.

Pese a ello, con excesiva frecuencia las modificaciones son sugeridas y solicitadas por el propio contratista²⁰. Al efecto considero que no es posible modificar un contrato por mutuo acuerdo de las partes si nos encontramos en un contrato administrativo por la existencia de las reglas propias de la licitación del contrato²¹. Tras la LES tampoco será posible tal acuerdo en un contrato privado.

Ello en contra que se había mantenido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 48/1995, de 21 de diciembre de 1995. En él se afirmaba que cabe la modificación consensuada o bilateral tanto para los contratos de naturaleza pública como privada.

No obstante lo anterior, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 14/2009 de 30 de septiembre consideraba posible prever en un contrato privado de seguros esta prerrogativa, considerando que el

19 GRIS GONZALEZ J. C., «La modificación de los contratos del Sector Público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 28, septiembre de 2012, pág. 11.

²⁰ COSCULLUELA MONTANER, op. cit., pág. 413. Cuestiona la habitualidad de los intentos de modificación por el contratista de los contratos públicos.

²¹ BOQUERA OLIVER J.M., *Poder administrativo y contrato*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, pág. 81.

principio de libertad de pactos no impide prever en los pliegos estas facultades. Se argumentaba, sobre tal base, que no siendo contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración, y no versen sobre materias de *ius cogens* y esté expresamente justificada su necesidad concreta para garantizar la salvaguarda del interés público, que se persigue garantizar con el contrato privado no existe obstáculo para ello, siempre que se garantiza el equilibrio o equivalencia de prestaciones entre las partes.²²

6.3. Sólo pueden modificarse contratos existentes

Tan solo si un contrato se ha perfeccionado – mediante la formalización –y aún está vigente – no se ha extinguido por cumplimiento o resolución – puede ser modificado (Véanse STS de 4 julio 1984 (LA LEY 8956-JF/0000) y el Informe de la JCCA del Estado 71/1999 de 11 de abril de 2000 (LA LEY 28/2000)). Ello tiene que ver con que antes de la perfección no han entrado en juego el concurso de voluntades, mientras que extinguido el contrato éstas han desaparecido.

6.4. La exigencia de interés público

El interés público se configura como el fundamento y la justificación primordial de todo modificado, pero también, como límite. Un modificado donde no pueda acreditarse de forma clara, patente e indubitada la existencia de motivos de interés público que lo justifican debe ser rechazado (Dictámenes del Consejo de Estado 55586/1990 de 10 de enero de 1991 y 3062/1998 de 10 de septiembre de 1998).

El interés público se configura como el fundamento y la justificación primordial de todo modificado, pero también, como límite. La Administración no puede crearse una zona de inmunidad que le permita modificar sin causa justa un contrato con la simple invocación formal del interés general²³.

²² MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J.M., «Ejecución de los Planes de Ajuste y gestión del patrimonio municipal». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 11, Junio 2012, pág. 1413.

²³. Por obvio que sea la necesidad de justificar la existencia de causa e interés público en la modificación no es infrecuente que ello no ocurra. Cuenta de ello dan el Informe de Fiscalización de los sectores públicos autonómico y Local de 2004 y 2005 aprobados por el Tribunal de Cuentas en su sesión de 30 de noviembre de 2010.

Un modificado donde no pueda acreditarse de forma clara, patente e indubitada la existencia de motivos de interés público que lo justifican debe ser rechazado²⁴.

6.5. Modificados previstos e imprevistos (imprevisibles) en el condicionado

El artículo 105 prevé en su apartado segundo que solo pueden ser objeto de modificación los contratos en que así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107. Ello será objeto de estudio al analizar los preceptos 106 – para los modificados previstos – y 107 – para los imprevistos -.

El precepto resuelve con ello uno de los problemas planteados por la redacción originaria de la LCSP, como es la posibilidad de modificar el contrato si no existe previsión en el condicionado. Como veremos en el comentario al artículo 107 TRLCSP ahora no será estrictamente necesario prever la modificación del contrato para poder materializarla, pese a las restricciones impuestas por tal precepto.

Y es que cabe recordar que el artículo 202.2 LCSP afirmaba que «la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual ». De la lectura de esta redacción ofrecida por la Ley de Contratos del Sector Público parecía desprenderse el carácter contractual y no extracontractual de las modificaciones contractuales. Ello conllevó la existencia de dos posturas doctrinales claras, en función de que se defendiera la innecesidad de previsión habilitante para modificar un contrato o no.

El precepto aludido causaba un doble efecto pernicioso pues por un lado, daba la impresión de que si no hay previsión en el condicionado de la posibilidad de modificación del contrato, éste es inmodificable; y de otro, llamaba la atención que no se establezca el alcance o precisión que esa previsión debe contener.

Ante la falta de previsión de la posibilidad de modificación, cabría preguntarse 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.

²⁴ Dictámenes del Consejo de Estado 42179/1979 de 17 de mayo de 1979, 55586/1990 de 10 de enero de 1991 y 3062/1998 de 10 de septiembre de 1998.

En apoyo de esta tesis se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tuvo que pronunciarse ante las dudas generadas y en su informe 43/2008 de 28 de julio de 2008 (LA LEY 648/2008): 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»:

«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 consecuencia, afirmamos que el artículo 202 de la LCSP (en su redacción original) no era un obstáculo para que en caso de acontecer una circunstancia imprevista bien por ser imprevisible o porque para un poder adjudicador diligente sea claramente un imprevisto (se contemple o no ello en los pliegos de condiciones), deberá contar con carácter general con el acuerdo que favorezca la continuación normal del contrato, siempre que ello no afecte a alguna de sus condiciones esenciales; o bien si aún afectando a cualquiera de ellas, el Pliego prevea expresamente y de forma precisa e inequívoca una de esas situaciones enunciando no sólo qué puede ser objeto de modificación, sino también cuándo y cómo.

En el mismo sentido se pronunció VICENTE IGLESIAS, que calificó de obvio, que si el contrato sólo puede ser modificado por la aparición de causas imprevistas, las situaciones en que pueden producirse esas modificaciones no pueden detallarse por anticipado en los documentos contractuales, pues en la mayoría de supuestos no es posible conocerlas con anterioridad a que concurran²⁵.

Sin embargo, la postura contraria, defendía la imposibilidad absoluta de modificar el contrato si no existía una previsión de las condiciones en que debía producirse tal modificación en el condicionado. Entre sus máximas defensores se encontraba GIMENO FELIU JM²⁶ que tildó la postura antes mencionada como excesivamente posibilista, alertando de que esta tesis contravendría la doctrina

²⁵ VICENTE IGLESIAS J.L., *Comentarios a la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de contratos del sector Público*. Wolters Kluwers España S.A., Madrid, 2008, pág. 471. Este autor entiende que tal prevención supone una mejora de la seguridad jurídica para el futuro contratista, «pues a partir de la entrada en vigor de la LCSP no caben ya los modificados cuando tal posibilidad no haya sido prevista en los pliegos y en el contrato. »

²⁶ 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), pág. 256.

comunitaria. En apoyo de esta tesis, el Informe 3/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón alude expresamente a la imposible modificación del contrato si no hay previsión al respecto.

7. LA NECESIDAD DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO CUANDO NO SEA POSIBLE MODIFICARLO.

Cuando no se den los requisitos que contempla el TRLCSP para modificar el contrato éste debe ser resuelto ante la aparición de hechos que imposibiliten continuar con su ejecución como estaba prevista. El nuevo contrato debe adjudicarse conforme con lo previsto en el Libro III, con lo que no cabe, el empleo del procedimiento negociado sin publicidad, como ahora ocurre con los modificados donde se introducen unidades nuevas.

Esta circunstancia ha dado lugar a la aparición de una nueva causa de resolución prevista en el artículo 223 del TRLCSP y a la aplicación de los efectos recogidos en el artículo 225 del TRLCSP, que se resumen en la indemnización del 3 por ciento de la prestación dejada de realizar.

8. DISTINCIÓN DE LA MODIFICACIÓN CON RESPECTO A OTRAS FIGURAS AFINES. ESPECIAL REFERENCIA A LA CESIÓN DEL CONTRATO.

Tanto el apartado 1 como el 2 se dedican a deslindar el concepto de modificación del contrato de otras figuras. En particular, alude a los supuestos de “modificación subjetiva”, donde existe una variación del contratista y a la variación del precio y prórroga del plazo.

8.1 Fusión, absorción, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas

El apartado primero se refiere a los supuestos de sucesión en la persona del contratista para clarificar que no constituyen modificaciones contractuales.

La LCSP regulaba en el artículo 202.4 la continuación del contrato en este tipo de situaciones. Ahora se aclara la cuestión. Lo relevante es que hay una continuidad del contratista inicial.

El artículo 149 del TRLCSP regula la misma cuestión cuando la personalidad jurídica del licitador se extingue durante el proceso por fusión, escisión o por la transmisión de su patrimonio empresarial y declara que existirá una sucesión en el procedimiento de las sociedades correspondientes:

«...le sucederá en su posición en el procedimiento las sociedades absorbentes, las resultantes de la fusión, las beneficiarias de la escisión o las adquirentes del patrimonio o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibiciones de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación».

Por su parte, tras contemplar el artículo 269 la extinción de la personalidad jurídica del contratista como causa de resolución, los apartados 5 y 6 del artículo 270 prevén la sucesión de empresas en los mismos términos que el precepto examinado.

A diferencia de la cesión no será necesaria autorización por parte del poder adjudicador, sin perjuicio del Acuerdo que regularice la situación jurídica. En particular, será necesario la sustitución de la garantía definitiva del contratista original por otra de la nueva mercantil.

Es oportuno diferenciar estas figuras de la cesión contractual. Ello porque como luego veremos su compatibilidad con los principios rectores de la contratación pública son muy cuestionables. En la cesión del contrato hay una traslación del contrato, una “venta del contrato”, mientras que las operaciones ahora mentadas son operaciones societarias estructurales.

La regulación de estas operaciones se encuentra en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles²⁷. El artículo 22 de la misma entiende por fusión el conjunto de operaciones societarias en virtud de las cuales dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.

Por su parte, el artículo 68 regula la escisión. Las modalidades que prevé son escisión total, escisión parcial y segregación. La aportación de rama de empresa o actividad sería equiparable a la segregación²⁸.

Por escisión total, entiende el artículo 69 la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es

²⁷ PEREZ GURREA, R., «Las modificaciones estructurales de sociedades mercantiles a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril», *Diario La Ley*, N.º 7425, Año XXXI, 16 Jun. 2010, Ref. D-198, Editorial LA LEY

²⁸ ROJÍ BUQUERAS J.M., «Reestructuraciones empresariales y contratación pública», *Revista de la contratación administrativa y de los contratistas.*, N.º 43, Sección Reflexiones, Junio 2005, pág. 35, Editorial LA LEY, LA LEY 1367/2005. Ver Dictamen del Consejo de Estado de 5 de marzo de 1998, número 5778/1998.

absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde.

El artículo 70 define la escisión parcial, como el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.

Y finalmente, el artículo 71 entiende por segregación, el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.

La aportación de rama de actividad o rama de empresa sería la transmisión del conjunto de elementos que constituyen una unidad económica y permiten desarrollar una explotación económica de forma autónoma del resto de actividades de la empresa. Al contrario, la cesión del contrato no implica que pueda dejar de desarrollarse la actividad relacionada con el contrato cedido.

Esta definición que proponemos tiene su punto de partida en la redacción del artículo 2.i) de la Directiva 90/434/CEE, de 23 julio 1990, relativa al régimen fiscal aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones y activos y canjes de acciones realizadas entre sociedades de diferentes Estados miembros, donde lo relevante es que en estas operaciones lo que se traslada no es un contrato es un bloque de una organización²⁹.

«el conjunto de elementos de activo y de pasivo de una división de una sociedad que constituyen desde el punto de vista de la organización una explotación autónoma, es decir, un conjunto capaz de funcionar por sus propios medios».

8.2 La cesión del contrato. Una modificación subjetiva.

La cesión del contrato no es una modificación subjetiva para el artículo 107.1 del TRLCSP. Sin embargo, ello no es lo que se desprende de la jurisprudencia europea. En particular, la Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2008 *Pressetext*

²⁹ CALVO VÉRGEZ J., «La regulación de las operaciones de escisión a la luz de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles», *Derecho de los Negocios*, Nº 246, Sección Artículos, Marzo 2011, Editorial LA LEY.

Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich y otros (LA LEY 74235/2008):

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

(...) Si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato.»

En los mismo términos, se pronunciaba la sentencia de 13 de abril de 2010 Wall AG contra La ville de Francfort-sur-le-Main y Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH y Otros (LA LEY 16300/2010), en que lo que había no era tanto como una cesión del contrato principal sino un cambio de un subcontratista.

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

Esta doctrina se ha puesto de manifiesto en las propuestas de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2011 relativas a contratación pública, contratación en sectores especiales y concesiones donde se suprime la posibilidad de cesión del contrato. Sin embargo, el artículo 226 del TRLCSP sigue permitiendo la cesión del contrato. Como hemos visto en el apartado anterior, si es posible conseguir el mismo resultado que la cesión – la alteración subjetiva del contrato – mediante operaciones societarias donde lo relevante es la transmisión en bloque de la sociedad o de su rama de actividad.

8.3 La revisión de precios y la prórroga del contrato

La actualización del precio, siempre se den los requisitos determinados a tal fin en el TRLCSP y permitido de forma expresa en el condicionado no constituye una modificación del contrato. Ciertamente existe una variación de un elemento sustancial, el precio, motivada por hechos imprevistos. En tanto que figura en los

condicionados desde el inicio, se debe a hechos ajenos al contrato variación de los precios de los bienes y servicios existentes en una economía medidos a través de la evolución de un índice de precios,.. -, y tiene como objetivo no variar las condiciones iniciales sino, al contrario, mantenerlas en pro de la equivalencia de las condiciones económicas inicialmente pactadas no constituye modificación contractual.

Igual ocurre con las prórrogas expresamente previstas en el condicionado, que no se someten a acontecimientos desconocidos e imprevistos futuros sino a la voluntad de las partes llevada a cabo conforme a los condicionantes del pliego.

8.4 Los contratos complementarios o de prestaciones independientes adicionales

El artículo 107.2 prohíbe modificar el contrato para adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. A tal fin, remite en su caso, a los contratos complementarios, cuya adjudicación directa al mismo contratista se prevé en los casos descritos en los artículos 171.b) y 174.b).

Ciertamente, muy a pesar, de que la Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013 considera que cabe considerar aplicable a las modificaciones contractuales el régimen previsto para los contratos complementarios en la Directiva ello es discutible. Al contrario, es necesario deslindar ambos conceptos. No obstante, si tienen en común como afirma el Tribunal que para apreciar su existencia, debe al igual que ocurre con los modificados, tener por causa circunstancias imprevistas para un poder adjudicador diligente.

En este sentido RAZQUIN LIZARRAGA M.M., considera obligado el deslinde de ambas figuras, puesto que ambas figuras no son intercambiables, sino que «obedecen a conceptos y supuestos diversos » pese a que el problema puede plantearse en algunos casos con la dificultad práctica de diferenciar cuándo se trata de un modificado o de una obra complementaria³⁰. Y es que el riesgo de utilizar indistintamente la figura de contratos complementarios para escapar del riguroso límite al modificado ha pasado ya de un plano teórico a uno práctico, pudiendo hablar de una extensión de uso de los mismos³¹.

³⁰ RAZQUIN LIZARRAGA M.M, op.cit., pág. 67.

³¹ Ello se ha visto aquietado si quiera en parte por el hecho de que muchos contratos se encuentran subvencionados y normalmente sólo es objeto de subvención las prestaciones que se integran ordinariamente o por la vía de modificado y no los contratos complementarios.

La distinción entre ambas figuras es muy relevante. No sólo por la prohibición aludida sino por el hecho de que se viene observando en estos últimos tiempos el uso abusivo de estas figuras para enmascarar como contratos complementarios modificaciones contractuales³².

Hasta el momento las Directivas sobre contratación no definían el concepto de modificación del contrato de forma expresa; en cambio, el artículo 31 de la Directiva 2004/18 sí clarifica qué se entiende por contrato complementario dentro del elenco de supuestos tasados en que procede emplear el procedimiento negociado sin publicidad.

«Con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio: cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o bien, cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento. No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del importe del contrato inicial».

Por prestaciones accesorias o complementarias podemos entender aquéllas que no pueden subsistir por sí solas (de modo que la extinción de la principal conlleva la de la accesoria) y que gozan de una independencia no absoluta, sino relativa, por derivar de un contrato principal. Además si las prestaciones son distintas y puede ser utilizadas separadamente (Dictamen del Consejo de Estado núm. 839/1993, de 15 de julio de 1993 y núm. 3357/2003, de 20 de noviembre de 2003), es obvio que como regla general éstas deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias.

Las prestaciones complementarias deberán poseer una especial dependencia de la principal (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3357/2003, de 20 de noviembre de 2003. STS de 7 de julio de 1998 - LA LEY 8191/1998 -) y en particular, deben poseer una interrelación física entre la obra complementaria y accesorias

³² VÁZQUEZ MATILLA F.J., «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*, N° 94, Febrero 2010.

(Dictamen del Consejo de Estado núm. 47.127 de 29 de diciembre de 1984) que determinará su especial vinculación.

Pero lo más importante es que se trate de prestaciones necesarias surgidas de necesidades nuevas pero no indispensables. Si fueran imprescindibles estaríamos ante un modificado no ante un contrato complementario (Informe de la JCCA 16/1999 de 30 de junio de 1999 - LA LEY 71/1999 -). Tratándose de obras, no deben figurar en el proyecto ni en el contrato ni poder integrarse en ellos. En definitiva una obra imprescindible es un modificado y no un contrato complementario.

Parece razonable que sea el mismo contratista que está efectuando en un emplazamiento determinado una obra, en el caso de las obras complementarias, quien acometa la ejecución de las obras complementarias que se encuentre en su ámbito de interacción más próximo. Lo anterior, está relacionado con la necesidad de que las obras complementarias comiencen durante la ejecución del contrato principal³³, pues en caso de que la ejecución no fuera simultánea no podría darse la adjudicación al contratista principal sin publicidad. En este sentido, la Junta Consultiva ha reiterado que si la obra complementaria se ejecutara una vez finalizada la principal se generaría una desnaturalización del carácter de complementario de las respectivas obras.

Desde otro punto de vista, es posible, incluso, más que probable, que por diversas razones (la principal que, como veremos, el precio de ejecución será equivalente al ofertado) que sea seguro que el contratista principal acepte el encargo de la nueva ejecución. Por ello, será conveniente, antes de comenzar con la tramitación del expediente de contratación a favor de éste, contar con su asentimiento por escrito de su continuación al frente de las obras³⁴.

De lo anterior se deriva de llevar a cabo la contratación de forma autónoma, tramitando un expediente de contratación al efecto. Deberá obrar en el expediente el informe de necesidad justificativo de la conveniencia de ejecutar las obras justificando especialmente las circunstancias que aconsejan la adjudicación como obras complementarias o accesorias.

En cuanto a las condiciones que regirán la contratación, será necesario la existencia de nuevos pliegos de condiciones autónomos, no siendo de aplicación automática los pliegos de la prestación principal, ya que obviamente las características jurídicas y técnicas de la prestación complementaria diferirán de la prestación principal³⁵.

³³ IJCCA 20/1998 de 30 de junio.

³⁴ Dictámenes del Consejo de Estado núms. 48034/1985 de 24 de julio de 1985, 51.278 de 4 de febrero de 1988 y número 1629/91 de 23 de enero de 1992.

³⁵ IJCCA 37/2007 de 29 de octubre. Dictamen del Consejo de Estado 2642/2003 de 30 de octubre de 2003

Sin perjuicio de ello, podrá existir una remisión a la mayor parte de las cláusulas del condicionado de la obra principal, regulándose las cuestiones divergentes o específicas de las obras complementarias y remitiéndose al pliego que rige las obras principales.

De otro lado, deberá existir el correspondiente certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización previa de la intervención, la justificación jurídica de la elección del procedimiento negociado sin publicidad, el acuerdo de aprobación del contrato y de adjudicación del contrato, así como una nueva formalización del contrato a la que habrá precedido las oportunas garantías para la licitación y para el cumplimiento de las obligaciones distintas que las prestadas para el contrato principal.

Obviamente, deberá existir un nuevo proyecto de obras, sin que sea ya necesario que las unidades de obra de este proyecto complementario estén formadas, al menos, en un 50% del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal.

El proyecto deberá contener el replanteo y acreditar igualmente la disponibilidad del proyecto previa su aprobación.

En lo referente a la ejecución de las obras el acta de inicio de obras deberá redactarse nuevamente con ocasión del inicio del contrato complementario, siendo también independientes las certificaciones de obra que se expidan para la obra complementaria respecto de la obra principal, así como el plazo de garantía de las mismas.

El precio de los contratos complementarios será el que rija para el contrato primitivo o en el caso de que se trate de unidades nuevas serán fijados contradictoriamente. Ello supone que los precios serán los que rigieron para la adjudicación del contrato.

Lo anterior supone, por ejemplo, que las unidades de obra comunes al proyecto principal participarán del mismo precio que conste en aquel y que llevarán aplicado el coeficiente de adjudicación o de baja que el contratista efectuó en la licitación³⁶.

Respecto de las nuevas unidades no incluidas en el proyecto principal se fijarán contradictoriamente como si de un modificado se tratarán y también llevarán aplicado el coeficiente de adjudicación, sin que quepa hacer uso mecanismos indebidos como la aplicación de la “contrabaja” – mecanismo prohibido también para los modificados y que consiste en adicionar la baja de la licitación al precio contradictorio obtenido del mercado al que se aplicó previamente la baja de licitación, anulando dicho efecto –.

³⁶ STS 5 de junio de 1992.

Artículo 106. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación.

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.

COMENTARIO

En clara incorporación de la doctrina fijada por la STJUE Cas Succhi di Frutta Spa, el TRLCSP permite las modificaciones cuando vinieren previstas en el condicionado. Sobre la base de que ante la falta de previsión de las modificaciones se violó el principio de transparencia e igualdad de trato. El objetivo de esta previsión, como apunta el párrafo segundo de este precepto es que los licitadores estén suficientemente informados de las consecuencias que el órgano de contratación prevé pudieren ocurrir y las consecuencias que de ello se deriven. Sobre la base de tal conocimiento preparan su oferta.

La previsión debe ser expresa, y debe estar detallada de forma clara, precisa e inequívoca con referencia a las situaciones que pudieren acaecer que deberán poder verificarse de forma objetiva.

El precepto exige que se defina el porcentaje que éstas pueden alcanzar. Especialmente deberá determinarse el alcance económico de las posibles modificaciones y que todo ello se tome en cuenta dentro del valor estimado del contrato. Con ello se está persiguiendo que el procedimiento escogido sea el adecuado no solo a la cuantía y naturaleza originaria del contrato sino de las posibles modificaciones previstas. Es notorio que a menudo se empleaban procedimientos de inferior tramitación, especialmente contratos menores o procedimientos negociados sin publicidad, que tras las modificaciones experimentadas en su ejecución daban lugar a un contrato que habría tenido un

procedimiento, y sobre todo una publicidad diferente, más amplia. Véase en relación con ello el artículo 88.1 del TRLCSP.

En consecuencia, como con acierto señala el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 27/2011, de 23 de noviembre

« el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. En el supuesto concreto, en cuanto la previsión del modificado no figuraba en el pliego, no es posible al alterarse si no el objeto del contrato. Lo contrario supondría una contravención del principio de publicidad y de igualdad de trato, y equivaldría a una adjudicación ilegal. »

No es obligatorio prever siempre posibles modificaciones de contrato con carácter previo. Mejor dicho, no es siempre posible. Deben convencerse de que un contrato no tiene por qué ser siempre objeto de modificación. Predecir el futuro es un don que no muchos poderes adjudicadores poseen. No debe olvidarse que se trata de prever lo imprevisible, que será la causa de modificación.

En este sentido, hay que diferenciar esta previsión de las obligaciones condicionadas a un tiempo (las más frecuentes la incorporación, por ejemplo, de nuevos edificios en un contrato de servicios de limpieza cuando se conoce aproximadamente la fecha de puesta en servicio de los mismos). Y es que es frecuente que los gestores se pregunten si se puede establecer, por ejemplo, en los pliegos de un contrato para el mantenimiento de las instalaciones, que será modificado en caso de la puesta en marcha de nuevos edificios municipales (LA LEY 1755/2011). Puede verse al respecto el Informe de la JCCA 18/2006, de 20 de junio de 2006 (LA LEY 165/2006), que versa, precisamente sobre la celebración de nuevo contrato o modificación del vigente por ampliación del objeto del contrato en un contrato de gestión de servicio público relativo al estacionamiento regulado en superficie (ORA). En estos casos, lo que surgen son nuevas necesidades que deben de contratarse de forma independiente, salvo que exista previsión expresa o concurren los presupuestos para entender que se trata de un contrato complementario que justifique la adjudicación al mismo contratista, algo que parece muy discutible, salvo que se justifique de forma tajante que debe ser éste quien lo ejecute y se constate la existencia de circunstancias imprevisibles. Además es notorio, en el ejemplo, que el mantenimiento de un edificio es separable perfectamente técnica y económicamente del mantenimiento de otro, por lo que, aplicando el precepto, no cabría.

Tampoco servirá una previsión genérica que intente compilar, como si prospecto farmacéutico se tratara, las cuestiones que pueden acontecer en el contrato. No cabe por esta vía dotar de carácter ilimitado al ejercicio de la potestad como si se tratara de un “cheque en blanco”. Más al contrario, una previsión

deficiente de las modificaciones conllevará la nulidad de pleno derecho de la modificación. Se considerará tanto como una nueva adjudicación sin publicidad con clara violación de las reglas procedimentales esenciales (artículo 62.e) LRJPAC).

De la redacción de la norma no parece existir límite cuantitativo sobre las modificaciones previstas. No obstante, si lo pretendido es evitar las modificaciones sustanciales, pues constituyen una nueva adjudicación se entiende que no cabe sobrepasar los límites cuantitativos o cualitativos que hagan de un modificado un nuevo contrato. Ello pese a que como digo en estricta puridad no parece existir límite. De entenderse aplicable algún límite debe ser el 10% del precio de licitación del contrato, en aplicación de la STJUE de 10 - 5- 2005 (LA LEY 982/2005) Comisión contra España y por analogía a lo señalado para los modificados previstos. Esta sentencia afirmaba que elevar el precio un 10% a las contrataciones declaradas desiertas para después aplicar un procedimiento negociado constituía una alteración sustancial de aquel. Sin perjuicio de que como luego se dirá en el comentario al artículo 107 a mi entender el límite debe entenderse mayor (el 50% de variación respecto del precio que es el que permite el actual artículo 31 de la Directiva 2004/18).

El precepto también alude al procedimiento a emplear para la aprobación de las futuras modificaciones. De este modo, con independencia de la existencia de un procedimiento general en el artículo 108 del TRLCSP, podrá preverse un procedimiento *ex contractu* para las concretas modificaciones. Con ello se está pensando en determinar a priori unas reglas de determinación del precio de la modificación.

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

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

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

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

diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COMENTARIO

1. CUESTIONES GENERALES.

El precepto, en su redacción actual, aclara la confusa redacción dada originariamente al artículo 202 LCSP por sus originales redactores. La forma de aclarar tal cuestión no es sino permitiendo sólo las modificaciones en que concurren un listado tasado de cláusulas. Llama la atención que si el contrato sólo puede ser modificado por la aparición de causas imprevistas, las situaciones en que pueden producirse esas modificaciones no pueden detallarse por anticipado en los documentos contractuales, pues en la mayoría de supuestos no es posible conocerlas con anterioridad a que concurren. El legislador con ello ha generado un grave problema por dos razones: la dificultad para prever en un texto legal supuestos en los que procede modificar un contrato es aún más compleja que quien lo prevea sea el propio gestor que conoce el contrato a licitar, y la segunda, porque el legislador español no tiene competencia para determinar los supuestos en que procede adjudicar de forma directa sin publicidad nuevas prestaciones – algo reservado al legislador comunitario –. Hubiera sido más apropiado como hace la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio de Contratos Públicos de Navarra al referirse a circunstancias imprevisibles para un poder adjudicador diligente.

2. EL CONCEPTO DE CAUSA O CIRCUNSTANCIA IMPREVISIBLE.

Partiendo de que modificar un contrato es en la práctica adjudicar sin publicidad un nuevo contrato, y de que la jurisprudencia europea ha vinculado la causa de adjudicación de contratos complementarios con los modificados solo cabrá modificar un contrato ante la aparición de circunstancias imprevisibles por más que concorra una de las causas previstas en el precepto analizado y que a continuación transcribiremos.

En este sentido, la 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 califica como tales aquellas «que no fuesen previsibles con anterioridad a la adjudicación del contrato» y en cuya producción no haya existido mala praxis de forma que se haya respetado la diligencia requerida con una buena práctica profesional³⁷.

La Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11) enjuicia un recurso del Reino de España quien pretendía la

³⁷ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J.M., « Breve comentario a las interpretaciones del TRLCSP por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa realizadas en las Recomendaciones de 1 de marzo de 2012», El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 10, Sección Actualidad, Quincena del 30 May. al 14 Jun. 2012, Ref. 1203/2012, pág. 1203, tomo 1, Editorial LA LEY, LA LEY 5697/2012.

anulación de la Decisión de la Comisión C 20111 – 1023 final de 18 de febrero de 2011 por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España. El tribunal consideraba aplicable el régimen de contrataciones complementarias a las modificaciones contractuales:

« cabe considerar que el artículo 20, apartado 2, letras e) y f), de la Directiva 93/38 se aplica a las modificaciones de contratos públicos acordadas durante su fase de ejecución.»

Hay que diferenciar el concepto de circunstancia imprevista respecto de otros. En particular, debe diferenciarse del concepto de necesidad nueva que sí se venía permitiendo hasta el año 2007 en que entró en vigor la LCSP. Son conceptos que se han tratado de forma indiferente puesto que poco importaba si nos encontrábamos ante uno u otro pues el resultado era el mismo. Todo imprevisto sobre el que existía acuerdo con el contratista generaba la posibilidad de modificación. Y es que como expresa la Comisión Nacional de la Competencia se ha efectuado una aplicación generalizada de esta causa incluso para abordar causas «de aparición reiterada»³⁸.

Por “necesidades nuevas” habría que entender 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. Se trataría de causas que nunca pudieron ser tenidos en cuenta y tampoco pudieron ser previstos³⁹. Por el contrario, por causas imprevistas, único presupuesto posible en el TRLCSP, entenderíamos aquellas causas que surgen no ya fuera del contrato sino dentro de él. Constituirían así causas imprevistas 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 circunstancias⁴⁰. Y es que el concepto de causa imprevista no puede ser un cajón

³⁸ Comisión Nacional de la Competencia. *Guía sobre Contratación Pública y Competencia.*, página 28. (http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/guia_contratacion_publica_competencia.pdf). Se señala también en esta que guía que «dado que las modificaciones sobrevenidas pueden ser consecuencia de una formulación deficiente de los pliegos o los proyectos, éstos se han de elaborar poniendo el máximo esfuerzo en minimizar el riesgo de tener que revisarlos posteriormente, evitando en particular que se traten como “imprevisibles” circunstancias que resultan perfectamente previsibles en el momento de la licitación».

³⁹ El Consejo de Estado ha dado varios ejemplos de lo que considera son necesidades nuevas. El Dictamen 863/1992 de 8 de octubre de 1992 cita la acción municipal mediante un plan especial y la acción autonómica ensanchando la autovía; o el Dictamen 257/1992 de 29 de julio de 1992, donde se el aumento del tráfico - necesidad nueva - aconsejaba desdoblarse una carretera y no solo en parte.

⁴⁰ En JIMENEZ APARICIO, E., *Comentarios...*, pp. 632-638. GOMEZ – FERRER MORANT R., y otros, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas Ediciones S.L., 2004, Madrid,

de sastré en que todo “imprevisto” tiene su cabida, por más que ahora el TRLCSP haya restringido el concepto de circunstancia imprevista⁴¹.

3. CAUSAS HABILITANTES PARA LAS MODIFICACIONES IMPREVISTAS.

Las causas en que el precepto habilita a la modificación en supuestos de imprevisión en el condicionado son:

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

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

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

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

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

pp. 589-590. SAINZ MORENO F. en PENDAS DIAZ BENIGNO (coord.), *Derecho de los contratos públicos: (estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas)*, Ciss Praxis, 1995 Madrid, pp. 423-424 resume la cuestión señalando que las causas imprevistas lo serían en un sentido estricto, mientras que las necesidades nuevas serían imprevistas. Véase también LOPEZ DE LERMA I LOPEZ J., SUBIRANA I DE LA CRUZ S., « La modificación de los contratos de prestación de servicios de recogida de residuos urbanos tras la nueva Ley de Economía Sostenible. El caso de la implantación del sistema de recogida selectiva», *Revista CEF LEGAL*, n °132, 2011, pp. 63 -114.

⁴¹ MARTINEZ FERNANDEZ J.M., en: “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* N° 3, quincena 15-27 de febrero de 2001, recuerda que parte de la doctrina considera que la expresión causas imprevistas comprende todos los supuestos de imprevisión como las de simple falta de toma en consideración.

3.1 El error como causa de modificación contractual

Las dos primeras circunstancias parten de considerar como circunstancia imprevisible el error en el proyecto. De lo dicho en el apartado anterior hay que entender que no todo error habilita a modificar un contrato. Sólo si el error no es achacable a la actuación del poder adjudicador y si se actuó conforme a la buena praxis cabrá modificar el contrato. La negligencia no habilita a modificar el contrato. No todo imprevisto (todo lo no previsto por error o sin él es un imprevisto) habilita para variar el contrato. Así lo ha interpretado la resolución de 28 de marzo de 2012 aludida.

Una posible clave para determinar la gravedad del error es confrontar el efecto que éste ha podido tener en la preparación de las ofertas por los licitadores concurrentes. Si conocido el error éstos lo hubieran presentado su oferta de otro modo sustancialmente diferente no cabrá modificar el contrato.

3.2 La fuerza mayor y el caso fortuito. Modificados y crisis económica

La tercera circunstancia introduce un concepto de fuerza mayor más amplio que el previsto en el TRLCSP para excepcionar el riesgo y ventura propio de las obras. Por fuerza mayor se entiende el hecho que no se puede evitar ni prever, mientras que y respecto del caso fortuito se trata de un evento previsible pero inevitable.

El análisis de este apartado es muy relevante pues del análisis de las posibilidades ofrecidas para definir el concepto de imprevisibilidad cabría entender que las reducciones de contrato con motivo de la crisis económica y la necesidad de ajuste a los objetivos de déficit tienen aquí cabida. Han existido varios ejemplos de configuración *ex lege* y *ad hoc* de supuestos en que procede modificar un contrato con esta finalidad⁴². Ejemplo de ello han sido diversas las disposiciones legales de varias comunidades autónomas⁴³.

⁴² CANTERA CUARTANGO J.M., «La renegociación de los contratos públicos en tiempos de crisis económica», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 19, Quincena del 15 al 29 Oct. 2012, pág. 2143, tomo 2. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J.M., «Ejecución de los Planes de Ajuste y contratación pública». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 11, Junio 2012, pág. 1376, tomo 1. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J.M., «Ejecución de los Planes de Ajuste y gestión del patrimonio municipal». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 11, Junio 2012, pág. 1413.

⁴³ Ley Foral 14/2011, de 27 de septiembre, de modificación de la Ley Foral 22/2010, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2011, y de la Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, la Ley 5/2012, del 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos de la Generalitat de Catalunya, el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de

Es necesario encontrar y adoptar las medidas necesarias para superar la grave situación económica existente. Pero no es menos cierto que las modificaciones contractuales no requieren únicamente de interés público sino que también exigen la presencia de circunstancias imprevistas para un poder adjudicador diligente. Con medidas de tal generalidad como las que prevén las diferentes normativas autonómicas dictadas al efecto se ampara las modificaciones en cualquier contrato con independencia incluso de su efecto sobre el objetivo de déficit y su carácter o no ventajoso para el contratante, al tiempo que se deja en situación de desprotección al adjudicatario, a quien no se indemniza por la pérdida del beneficio dejado de obtener.

Desde otro plano, ciertamente, debe señalarse que la STJUE de 18 de junio de 2008, asunto C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur/Republik Österreich (Bund)), trata una modificación a la baja de un contrato y no lo considera como alteración sustancial. En particular en un contrato en el que se modificaron unas tarifas a la baja (incremento del tipo de descuento de un 15% a un 25%), considera que «no debe considerarse que (...) constituya una modificación sustancial del contrato y, por tanto, no implica una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50» (párrafo 87).⁴⁴»

MARTINEZ FERNANDEZ J.M.⁴⁵ tras referirse a tal fundamento de la sentencia aludida defiende que como norma general una modificación a la baja no es sustancial.

«una modificación a la baja puede considerarse no sustancial como norma general, porque no parece en principio que ello pueda suponer un trato de favor para el adjudicatario, pues no parece presumible que de haberse conocido la posibilidad de una modificación a la baja se «hubiesen presentado ofertas sustancialmente diferente a las formuladas» (art. 107.3 TRLCSP). »

Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía o la Ley 7/2012, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2013 de La Rioja. Otras Comunidades Autónomas llevaron a cabo modificaciones de contratos a la baja sobre la base de los dictámenes de sus respectivos consejos consultivos autonómicos para diferentes contratos extendiendo su doctrina al resto de sus actuaciones. El Dictamen 6/2010 de 20 de enero Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, el Dictamen 146/2011, 23 de junio de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña o el Informe 6/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón son muestras de ello.

⁴⁴ GALLEGO CÓRCOLES I. «Modificación "a la baja" del contrato público», *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 121, 2012, pp. 110 – 116.

⁴⁵ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J.M., «Ejecución de los Planes de Ajuste y contratación pública». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 11, Junio 2012, Pág. 1376, tomo 1.

En cualquier caso, lo cierto es que fue una posibilidad del legislador español que no verificó en este sentido. Una alteración a la baja del 10% es sustancial conforme la legislación española.

Todo ello puede resultar conflictivo con la incidencia que la crisis económica está teniendo también en la otra parte contratante, el contratista, que está instando a la Administración a llevar a cabo el equilibrio económico de contratos en que se transfería el riesgo de demanda ante la caída de ésta. Es decir, si la situación económica constituye una causa válida para modificar libremente los contratos administrativos por parte de la Administración, cabe preguntarse por qué esta misma circunstancia no tiene repercusión cuando es el contratista quien puede hacer uso de la misma para solicitar una modificación de las condiciones de explotación. La única respuesta que se encuentra, por peregrina que pareciera, es que el conjunto de administraciones españolas debe cumplir con los objetivos de déficit que le vienen impuesto desde los órganos de gobierno de la Unión Europea, es decir de un agente externo al contrato. Mientras tanto, la fluctuación de la demanda sigue recayendo en el contratista que pudo, igualmente, contar con un alto porcentaje de beneficios en una época mientras que en otras tiene pérdidas,...

En relación con esta cuestión resulta de interés el Informe 18/2012 de 19 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón que concluye que «no es posible, con carácter general, entender que la crisis económica constituye uno de los supuestos que motivan la obligación del restablecimiento económico de la concesión». Para ello se apoya, entre otras consideraciones, en la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1999.

«no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias. Subsiste igualmente la necesidad de comprobar en el caso concreto si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente, pues la empresa contrata a riesgo y ventura y debe suponerse una mediana diligencia en los cálculos económicos efectuados al acordarse el precio de la retribución. En definitiva ello forma parte de uno de los elementos de juicio de que el empresario dispone para asumir el riesgo que todo negocio comporta».

3.3. Los avances o progresos técnicos causa de modificación

La cuarta circunstancia es la que justifica en los avances o progresos técnicos, debiendo mentarse al efecto que en el origen de los modificados figura esta causa, 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, además que los propios pliegos de condiciones incorporen la llamada “cláusula de progreso” 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.

3.4 Nuevas especificaciones técnicas que dan lugar a modificaciones contractuales

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. El alcance de la causa que ahora se plasma en el TRLCSP ha sido analizado por la jurisprudencia europea. En particular la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11) obliga a acreditar que se ha obrado con la diligencia adecuada en la preparación del contrato. En el asunto enjuiciado se motivaban varias modificaciones por la aprobación del planeamiento urbanístico por localidades que serían atravesadas por las líneas ferroviarias. Al respecto el Tribunal consideró que no existe imprevisibilidad cuando el poder adjudicador no se ha puesto en contacto con los municipios afectados para conocer sus intenciones futuras respecto en el planeamiento.

En la misma línea, la resolución de 28 de marzo de 2012 ha dictaminado que:

« En estos casos, cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que puedan afectar

a las especificaciones del contrato, los pliegos del contrato deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior de la ejecución del contrato. »

4. LA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO COMO LÍMITE.

El precepto combina, sólo para los modificados imprevistos, las causas de modificación con sus límites. En particular se impone la imposibilidad de alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, afirmando que el modificado debe limitarse «a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria». Con ello se pretende evitar el uso de los sinónimos atenuantes gratos al oído del término “por que” (ya que, puesto que, ...) en amparo de los cuales aprovechando una determinada circunstancia se suceden cambios que no gozan de la característica principal de todo modificado, su exigencia o necesidad para el buen fin del desarrollo del contrato.

Y es que cuando se produce la alteración de una condición esencial es necesario proceder a realizar un nuevo procedimiento de adjudicación⁴⁶. 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 sus conclusiones en el Asunto *Presstext*, aseveraban que «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». Por otra parte, el TJUE 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 sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. En este sentido, la STJCE de

⁴⁶ GALLEGO CÓRCOLES I., ¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 110 2011, pág. 59.

19 de junio de 2008, Presstext Nachrichtenagentur C-454/06 (LA LEY 74235/2008), 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». 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.

Pese a obrar en el apartado 2 de este precepto, dedicado a los modificados imprevistos, se debe considerar aplicable también a los supuestos de modificación prevista en el condicionado.

5. SUPUESTOS DE ALTERACION SUSTANCIAL DEL CONTRATO.

El apartado 3 contempla los supuestos en que ha de entenderse que un modificado imprevisto altera las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato. En particular, en los siguientes supuestos:

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

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

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

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

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

Los apartados a), b), c) consideran que una condición esencial del contrato son el fin, la relación entre objeto y precio o las cualidades básicas requeridas al contratista, estaremos ante una condición esencial. Hasta la LES todo el contrato se

consideraba inmutable salvo el fin. Respecto de la relación objeto – precio cabría preguntarse en qué porcentaje debe verse afectado al precio para entender que se trata de un contrato nuevo. No obstante ello, es aclarado por el propio precepto que fija tal límite en las variaciones en más o en menos el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato en el apartado d).

Es controvertida 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 el Proyecto redujo 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 antiguo 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 se modifica en la LES 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 sobre dicha norma que literalmente afirma que en otro caso «se sustraerían de la consulta obligada a este Cuerpo Consultivo los casos potencialmente más conflictivos».

La misma extrañeza puso de manifiesto, sin éxito, al Grupo Parlamentario Popular en fase de tramitación parlamentaria de la LES que con la enmienda número 825 consideró razonable mantener el porcentaje del 20% para la emisión del informe del Consejo de Estado «sin que se acierte a comprender las ganancias que se derivan de reducir ese porcentaje al 10 %. Con esta reducción, no se va a atajar el problema de las modificaciones de los contratos, generando, en cambio, mayor dilación en la tramitación de los expedientes. »

Como ya hemos señalado en el comentario al precepto anterior, esta justificación puede venir dada por la previsión que la STJUE 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 TJUE 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 la posibilidad de 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 – previa eliminación de los contratos complementarios -.

Es oportuno conectar este límite con el supuesto de variación del número de unidades de obra hasta en más o en menos un 10%– artículo 234.3 TRLCSP -, suministro – artículo 296 TRLCSP – y servicios – artículo 306 -. Y es que podría darse el caso de que hubiese modificaciones imprevistas por un 10% más otro 10% en variación por mediciones. Al respecto debe indicarse que la doctrina más autorizada⁴⁷ consideró en su día oportuno el límite del 10% con base en la sentencia arriba aludida que consideró el límite máximo en un 10%. Por ello, con independencia de que se hayan regulado en preceptos distintos al artículo 107 TRLCSP los supuestos que ahora tratamos entendemos que no cabe que el precio sea alterado en supuestos no previstos en más de un 10%. Y lo anterior sin tener en cuenta que en muchos supuestos la variación respecto del número de mediciones iniciales (imaginemos variación en el número de sillas a suministrar inicialmente) es fruto del error del contrato inicial error (causa que sí figura en el artículo 107.1.a) TRLCSP) y que unas veces es realmente imprevisible según la definición que ofrece el derecho europeo y otras, simplemente se debe a la falta de diligencia del redactor del proyecto o del propio poder adjudicador, y que en ocasiones, es objeto de prácticas colusorias con los principios que hemos tratado donde se pretende hacer constar como mediciones variaciones que no tienen tal carácter o incluso nunca existieron.

En opuesto sentido se han pronunciado respecto de esta cuestión la Juntas Consultivas de Contratación Administrativa de Aragón y Canarias. El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 23/2011, de 12 de septiembre que afirma que

«El supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP - alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras- es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 92 quarter LCSP. En concreto, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un

⁴⁷ GIMENO FELIU J.M., op. cit. Las reformas legales de la Ley 30/2007..., pág. 113 y GALLEGO CÓRCOLES I., ¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público?, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Núm. 110, 2011, pág. 59.

momento posterior, el de la medición final de la obra.” Todo ello sin perjuicio de estar de acuerdo en el argumento formal que se ofrece para permitir tal amplitud – el hecho de que el artículo 217.3 LCSP, ahora 234.4 TRLCSP, no aparezca citado en el artículo 107 TRLCSP -, pero no compartiendo tal conclusión debido a la necesidad de ajustar las interpretaciones que se formulen a la doctrina del Tribunal de Justicia»⁴⁸.

El informe 4/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias sostiene igualmente que

« 1ª.- Dentro del límite del 10% a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, las variaciones de medición de las unidades de obra realmente ejecutadas respecto a las inicialmente previstas en el proyecto, no producen en ningún caso una modificación sustancial del contrato por ser inherentes al mismo, y, por tanto, su importe no se puede considerar acumulable al importe de las modificaciones a que se refiere el artículo 92 quater, a efectos del cómputo del límite del 10% a que se refiere el apartado 3.d) del artículo 92 quater para determinar la incidencia de una modificación sustancial del contrato. 2ª.- El importe de las variaciones de medición a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, cuyo importe no supere el 10% fijado en dicho artículo y que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 160.2 del R.G., se recojan posteriormente en un proyecto modificado, no ha de computarse junto al importe de las modificaciones que han dado lugar al proyecto modificado, a efectos de considerar el límite del 10% que determina la alteración sustancial del contrato. En consecuencia, dichas variaciones de medición deberán reflejarse de forma diferenciada en el proyecto modificado, a fin de poder realizar el control diferenciado del cumplimiento de ambos límites. 3ª.- Si un pliego de cláusulas incluye expresamente la previsión de realizar posibles variaciones de medición de determinadas unidades de obra, detallando las condiciones, el alcance y los límites en que puedan realizarse, en los términos establecidos en el artículo 92 ter de la LCSP, tales variaciones no interfieren en la viabilidad ni en el límite establecido en el artículo 217.3 de dicha ley para aquellas otras variaciones en las mediciones que se realicen de acuerdo con lo previsto en este artículo.»

Finalmente el apartado e), incorpora la doctrina de la STJUE de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur C-454/06, siendo el común denominador

⁴⁸ Véase al respecto el comentario a dicho informe por BELTRAN GÓMEZ A.I., «A vueltas con la modificación de los contratos», en la web del *Observatorio de Contratación Pública* (www.obcp.es) (link directo: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.26/relcategoria.121/relmenu.3/chk.9ca7a2983c9212192e4f7062c858dae4>).

que todo ello llevaría a la presentación de una oferta distinta incluso proveniente de licitadores distintos a los inicialmente concurrentes que ahora sí tendrían interés en participar en la licitación.

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 223.h) TRLCSP – 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 225.6 TRLCSP -.

6. IMPOSIBILIDAD DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO ESPECIAL FRENTE A LAS MODIFICACIONES POR CIRCUNSTANCIAS IMPREVISTAS.

La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad limitó la interposición de recurso especial en materia de contratación frente a « los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.» Ello viene ahora regulado en el artículo 40.2 TRLCSP.

De haber existido regulación normativa al respecto de la revisión de esta clase de actos administrativos debió ser para extender el régimen del recurso especial frente a un acto que puede llegar a tener la consideración de adjudicación directa ilegal. Pero lo cierto, es que conforme al tenor literal no parece haber duda de la voluntad del legislador. Sin perjuicio de que tal precepto pueda ser tildado de contrario a la Directiva 89/665/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (LA LEY 4356/1989) por no permitir un recurso rápido y eficaz frente a esta clase de actuaciones que si bien post - contractuales no son sino nuevas adjudicaciones o adjudicaciones complementarias al mismo contratista inicial.

Con acierto, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón sí estimaba recurrible una modificación no prevista. No obstante, la razón de la admisibilidad de este recurso se llevó a cabo en apoyo del artículo 12 bis de la Ley

3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (introducido por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón) que permite a los licitadores admitidos interponer recurso frente al acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato. En el asunto enjuiciado se ponía de manifiesto que la modificación recurrida y que se suma a otras modificaciones del mismo suponen un 20,79% de reducción del importe contratado, superando el límite previsto en el artículo 107.3 TRLCSP del 10% del precio de adjudicación del contrato, produciéndose una modificación esencial del mismo que el adjudicatario no tiene obligación de soportar. El recurso fue inadmitido por entender el Tribunal que el adjudicatario no tenía legitimación adecuada para hacer uso de este recurso dirigido sólo a los licitadores no adjudicatarios. Véase también el informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Artículo 108 Procedimiento

1. En el caso previsto en el artículo 106 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos.

2. Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 211 para el caso de modificaciones que afecten a contratos administrativos.

COMENTARIO

Por primera vez la LES reguló en el que fuera el artículo 92 quinquies del LCSP la necesidad de existencia de un procedimiento de modificación de un contrato distinto del previsto para los modificados en contratos de obras.

El primero de los apartados, a diferencia de lo que se prevé para la alteración sustancial del contrato en el artículo 107 que solo atañe a los modificados imprevistos pretende que si existe un procedimiento específico para las modificaciones previstas en el condicionado se siga el mismo.

Sin embargo no existe una libertad absoluta para prever los trámites de modificación del contrato aun cuando ello se verifique en el propio condicionado.

En particular, las garantías más básicas de todo procedimiento administrativo deben respetarse. Ello por mandato del apartado 3 de este artículo 108 que obliga, sea cual sea la modalidad de modificación a estar a lo dispuesto en el artículo 211 TRLCSP. Esto es, como luego veremos para los modificados no previstos: audiencia del contratista, informe de los servicios jurídicos para la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales⁴⁹ e informe del Consejo de Estado o análogo en las Comunidades Autónomas.

El apartado dos contempla un procedimiento prototípico para los modificados previstos en que no se hubiese contemplado el procedimiento de modificación contractual y para los modificados imprevistos. En particular, exige que se dé 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. Con ello se pretende vincular al proyectista a sus soluciones constructivas. No aclara el precepto si la audiencia se efectúa además de cara a que justifique la imprevisibilidad del modificado o bien se trata de una audiencia previa a la exigencia de responsabilidades en la redacción del proyecto.

Nada se dice de la necesidad de audiencia al contratista en este precepto. Si bien ello resulta irrelevante pues ya lo exige el artículo 211.1 TRLCSP. Téngase en cuenta que todas las modificaciones son obligatorias. De ahí que no sea necesario la existencia de consentimiento por parte del adjudicatario, a diferencia de lo que se venía recomendando por el Consejo de Estado⁵⁰.

Igual que el informe jurídico, si bien el artículo 211.2 TRLCSP solo lo exige para los modificados tramitados por la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, donde se exige previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en el caso de reajuste de garantías a consecuencia del modificado previsto en el artículo 99 TRLCSP.

A estos trámites habrá que adicionar el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 % del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros, conforme exige el artículo 211.3 TRLCSP.

⁴⁹ Esta previsión no es básica (Disposición Final Segunda apartado 3 TRLCSP).

⁵⁰ Dictámenes del Consejo de Estado N° 51278 de 4 de febrero de 1988, 1629/1991 de 23 de enero de 1991, 1508/1993 de 20 de febrero de 1994.

Asimismo, deberán tenerse en cuenta las especialidades procedimentales previstas en el TRLCSP para cada una de las modalidades contractuales típicas. En particular, el artículo 234 TRLCSP para el contrato de obras, 243 y 250 para el contrato de concesión de obras públicas, 282 para los contratos de gestión de servicios públicos, 296 para el contrato de suministros, y 306 para los contratos de servicios.

Téngase presente la falta de necesidad de materializar procedimiento alguno para las modificaciones contractuales debidas a la variación de mediciones en las obras, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato, todo ello conforme lo previsto en el artículo 234.3 TRLCSP.

Deberá reajustarse, en su caso, la garantía prestada y el plazo de ejecución, conforme dispone el artículo 99.3 TRLCSP.

El modificado deberá formalizarse, conforme prevé el artículo 219.2 TRLCSP, con las exigencias del artículo 156 TRLCSP. Esto deberá llevarse a efecto tanto si se trata de un contrato público o un contrato privado y se encuentra el motivo de modificación previsto o no en el condicionado inicial.

Además al acuerdo de modificación del contrato, seguirá en algunas Comunidades Autónomas la notificación a los licitadores no adjudicatarios y la publicación. Esta medida venía recomendada por el Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública publicado en 2004. En particular, recogen esta exigencia la legislación de varias comunidades autónomas.

La Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, incluyó un nuevo artículo 12 bis a la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón:

«1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en todo caso, en el Boletín Oficial y perfil en que se publicó la adjudicación, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.

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

La Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears contempla en su artículo 17.2 que cada órgano de contratación, una vez adjudicado el contrato, publicará, en el espacio web destinado al efecto, es decir, en el Perfil del contratante, en formato reutilizable,

diferentes aspectos entre los que se encuentran «las modificaciones del contrato adjudicado que representen un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato». Previsión que nació ya proscrita por la LES que entró en vigor el 6 de marzo de ese año.

La Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura contempla en su artículo 40 se denomina «publicidad de contratos menores, modificaciones contractuales y contratos complementarios» y exige entre otras cuestiones la publicación en Internet de la publicación de las modificaciones contractuales que deberán ser inscritas en el Registro de Contratos de la Comunidad, con indicación además en este caso de los datos del contrato primitivo.

Finalmente, la Ley 3/2013 de 25 de febrero de modificación de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio de Contratos Públicos de Navarra exige en el nuevo artículo 97.5 que el acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato o adjudicar contratos accesorios o complementarios se publique, en todo caso en el Portal de Contratación de Navarra – sitio web en que se publican todas las licitaciones públicas en dicha Comunidad Autónoma -. Además exige que figuren en dicho anuncio las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.

Además exige que este acuerdo se notifique a todos los licitadores que fueron admitidos, incluyendo además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación, de no ajustarse a los requerimientos legales, en clara inspiración en la legislación aragonesa.

Finalmente, compele a los poderes adjudicadores a que extinguidos los contratos principal y complementarios, se publiquen en Internet, preferentemente en la Web de la entidad contratante, los siguientes datos: precio de licitación, plazo de ejecución contractual, número y nombre de los licitadores, nombre del adjudicatario, precio de adjudicación, porcentaje de baja respecto del precio de licitación, número de modificaciones del contrato y su importe, precio de liquidación final y porcentaje de desvío del precio de liquidación respecto del precio de licitación. Los mismos datos se exigen de los contratos complementarios.

También prevé la publicidad de las modificaciones contractuales, el artículo 7 del Proyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de julio de 2012.

En definitiva, con esta pública difusión se da la posibilidad a los licitadores iniciales de presentar recurso o incluso reclamación en materia de contratación pública si estimaren que se trata de una modificación ilegal.

En cualquier caso, aunque no se haya tramitado correctamente el procedimiento de modificación si esta se ha materializado realmente por parte del

contratista por orden de la Administración o de sus colaboradores, como puede ser la Dirección de Obra, habrá que abonarle al contratista lo que se le adeude. Todo ello sobre la base de la imposibilidad del poder adjudicador de enriquecerse injustamente. Sin perjuicio de ello, un modificado sin procedimiento es nulo de pleno derecho⁵¹.

⁵¹ IJCCA 57/2000 de 5 de marzo de 2001.

Diferencias entre modificaciones contractuales y otras figuras. Especial referencia a los contratos complementarios.

I.- Evolución de la regulación de las obras complementarias.

Los precedentes normativos de la vigente regulación de la institución de las obras complementarias vienen dados por el Reglamento General de Contratación del Estado – en adelante RGCE – (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre) y por el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RDlegislativo 2/2000 de 16 de junio) – en adelante TRLCAP – que trataban esta figura de forma similar.

El artículo 153 del RGCE establecía que las obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto que durante el curso de la obra principal la Administración estimara conveniente ejecutar, debían ser objeto de contrato independiente salvo aquéllas cuyo importe no excediera del 20% del precio del contrato, cuya ejecución podrá confiarse al contratista de la principal, y de acuerdo con los precios que rigieron el contrato principal y, en su caso, fijados contradictoriamente.

Por su parte, el artículo 141.d) del TRLCAP continuaba exigiendo que el importe de las obras complementarias no superará el límite del 20% del contrato para su adjudicación al contratista principal⁵² de acuerdo con los precios que rigieron el contrato primitivo y, en su caso, fijados contradictoriamente, y determinaba que éstas no debían figurar en el proyecto ni en el contrato principal, al tiempo que determinaba que sólo podían tener por causa circunstancias imprevistas. Además, condicionaba la contratación de estas obras a que no se separaran técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar inconvenientes mayores a la Administración o que, aunque se pudieran separar de la ejecución de dicho contrato, fueran estrictamente necesarias para su ejecución.

De otro lado, a modo de ilustración de la complementariedad, el TRLCAP determinaba, además, que las obras a ejecutar definidas en el correspondiente proyecto estuvieran formadas, al menos en un 50 % del presupuesto⁵³, por unidades de obra del contrato principal; añadiendo que en caso de que las obras no reunieran los requisitos exigidos aludidos habrían de ser objeto de contratación independiente.

Ahora el TRLCSP señala al respecto en su artículo 151 lo siguiente

⁵² STSJMadrid de 25 Abril 2001; MORENO MOLINA J.A, PLEITE GUADAMILLAS F., *Nuevo régimen de contratación administrativa*, La Ley – actualidad S.A., Madrid, 2009, pág. 595.

⁵³ NUÑEZ MUNAIZ, RODRIGO, *Comentarios al Texto Refundido y al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 500 –501.

b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato.

Para contratos de suministro se señala en el artículo 173 del TRLCSP que:

c) Cuando se trate de entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a tres años.

Para contratos de servicios el artículo 174 del TRLCSP:

b) Cuando se trate de servicios complementarios que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarios para ejecutar el servicio tal y como estaba descrito en el proyecto o en el contrato sin modificarlo, y cuya ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para éste o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que los servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento y que el importe acumulado de los servicios complementarios no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato.

II.- Características principales de las obras complementarias.

- *Obras complementarias o accesorias a la principal.*

En sentido literal, la palabra “accesorio” puede definirse como aquello “que depende de lo principal o se le une por accidente” o como “edificio contiguo a otro principal y dependiente de este”; definiéndose la palabra “complementario-a” como algo “que sirve para completar o perfeccionar algo.”

Desde un punto de vista jurídico podemos caracterizar a las obras principales como aquéllas que cuentan con una existencia propia, y son capaces de subsistir por sí solas, por ser independientes de otras obras, y por tanto de otros contratos⁵⁴.

Sensu contrario, por obras accesorias o complementarias podemos entender aquéllas que no pueden subsistir por sí solas (de modo que la extinción de la principal conlleva la de la accesorio) y que gozan de una independencia no absoluta, sino relativa, por derivar de una obra principal.

Si las obras son distintas y pueden ser utilizadas separadamente⁵⁵, es obvio que como regla general éstas deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en el caso de que se cumplan los requisitos que ahora se relacionaran, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias.

Sin perjuicio de ello, deberán poseer una especial dependencia de la principal, puesto que de lo contrario, nos encontraríamos ante un contrato cuya adjudicación al contratista principal perdería sentido siendo necesaria nueva y pública licitación⁵⁶.

Asimismo, la complementariedad viene determinada, según el Consejo de Estado, por la interrelación física entre la obra complementaria y accesorio⁵⁷ que determinará su especial vinculación.

Finalmente, se ha esgrimido como elemento determinante de la complementariedad la imposibilidad de segregar las obras nuevas de las ya construidas⁵⁸.

- *Obras necesarias pero no indispensables.*

⁵⁴ El Dictamen del Consejo de Estado núm. 48.473, de 16 de enero de 1986 aclara que los accesos a un puente no constituyen parte integrante de la obra completa del mismo, sino que deben calificarse como obras accesorias.

⁵⁵ Vid Dictámenes del Consejo de Estado núm. 839/1993, de 15 de julio de 1993 y núm. 3.357/2003 y de 20 de noviembre de 2003.

⁵⁶ Vid Dictamen del Consejo de Estado núm. 3.357/2003, de 20 de noviembre de 2003 y STS de 7 de julio de 1998.

⁵⁷ Vid Dictamen del Consejo de Estado núm. 47.127 de 29 de diciembre de 1984.

⁵⁸ Vid Dictamen del Consejo de Estado número 257/1992, de 29 de julio de 1992. JIMENEZ APARICIO y Otros, *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Tomo II, Editorial Aranzadi S.A. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, Aranzadi Civitas, pp. 112 y ss.

Para que las obras puedan considerarse como complementarias no debe tratarse de obras imprescindibles o esenciales pero sí deben ser estrictamente necesarias para el perfeccionamiento de los fines que satisfará la obra principal.

Más bien, podríamos decir que se trataría de obras que siendo necesarias para asegurar el cumplimiento de la finalidad inicialmente prevista para el contrato principal no suponen “añadidos esenciales”.

Si las obras fueran de ejecución esencial o imprescindible por resultar imposible su ejecución y entrega al uso público de la obra principal⁵⁹ en la forma inicialmente prevista⁶⁰, nos encontraríamos ante un modificado del proyecto de obra principal y no ante una obra complementaria.

- *Obras que no figuren en el proyecto ni en el contrato ni puedan integrarse en ellos.*

Relacionada con la característica anterior, se encuentra la prohibición que efectúa la LCSP de que las obras que figuren en el proyecto o en el contrato deban calificarse como obras complementarias.

En este sentido, si hubiera que modificar el contrato o proyecto⁶¹ nos encontraríamos ante un modificado.

De este modo, las obras complementarias requerirán, como luego veremos, un nuevo proyecto, independiente del principal.

- *Prestación de aprovechamiento independiente o dirigido a satisfacer finalidades nuevas.*

Cuando las obras consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigido a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, y siempre que se den todos los requisitos aludidos podremos acudir a la institución de las obras complementarias.

- *Obras debidas a circunstancias imprevistas.*

Para que las obras se consideren complementarias – en el sentido determinado por la Directiva 2004/18 y la LCSP– es necesario que vengan motivadas por la aparición de circunstancias imprevistas.

Por circunstancias imprevistas, concepto jurídico indeterminado donde los haya, pueden entenderse aquellas causas que surgen no ya fuera del contrato sino dentro de él. Deben tratarse de elementos que habiendo podido ser tenidos en

⁵⁹ MENENDEZ GÓMEZ, E. *Contratos del Sector Público. Contrato de Obras Públicas*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 398 – 411.

⁶⁰ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 16/1999 de 30 de junio de 1999.

⁶¹ Vid Dictamen del Consejo de Estado núm. 45.942, de 15 de diciembre de 1983.

cuenta, no lo fueron en el momento de la preparación y adjudicación del contrato dado el estado entonces vigente de las circunstancias.

Es necesario tener presente que no puede darse un alcance exagerado al concepto de imprevisión, como si de un cajón de sastre en que todo “imprevisto” tiene su cabida. En otro caso, todo aquello que no previmos al tiempo de redactar el proyecto de obras o adjudicar el contrato podría tener esa consideración.

El concepto deberá limitarse a agrupar a aquello realmente imprevisible (la fuerza mayor o las catástrofes naturales) y a aquellas circunstancias que un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto.

Este concepto es distinto del de necesidad nueva (permitido en la anterior legislación para la modificación de los contratos), que vendrían constituidas por 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.

- *Dificultad técnicas o económicas de adjudicación independiente. Adjudicación al contratista principal.*

De la dificultad técnica o económica de que las obras complementarias sean ejecutadas por contratistas distintos en un mismo emplazamiento, resulta la necesidad de que las obras sean adjudicadas al adjudicatario del contrato principal, de suerte que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración

Parece razonable que sea el mismo contratista que está efectuando en un emplazamiento determinado una obra, quien acometa la ejecución de las obras complementarias que se encuentren en su ámbito de interacción más próximo.

De igual modo, en aras de llevar a cabo un correcto control del gasto y una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, es apropiado que sea el mismo contratista que dispone de los medios humanos desplegados en la obra y sobre todo que posee los suministros necesarios para llevar a cabo la obra principal quien ejecute estas obras.

Lo anterior, está relacionado con la necesidad de que las obras complementarias comiencen durante la ejecución del contrato principal⁶², pues en caso de que la ejecución no fuera simultánea no podría darse la adjudicación al contratista principal sin publicidad.

⁶² Vid informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 20/1998 de 30 de junio y 16/1999 de 30 de junio de 1999.

En este sentido, la Junta Consultiva ha reiterado que si la obra complementaria se ejecutara una vez finalizada la principal se generaría una desnaturalización del carácter de complementario de las respectivas obras⁶³.

Desde otro punto de vista, es posible, incluso más que probable, que por diversas razones (entre otras que, como veremos, el precio de ejecución de la obra complementaria será equivalente al ofertado si las unidades de obra de ésta ya figuraban en el proyecto) que el contratista principal no acepte el encargo de la nueva ejecución; por lo que será conveniente que antes de comenzar con la tramitación del expediente de contratación a favor de éste contemos con su asentimiento por escrito de la continuación al frente de las obras⁶⁴.

- *Régimen jurídico.*

Aunque nos encontramos ante contratos jurídicamente distintos⁶⁵: por un lado, ante el contrato de las obras principales, y de otro, ante el contrato de las obras complementarias, debe considerarse que la contratación de las obras accesorias o complementarias es continuación del contrato principal con lo que participará de su régimen jurídico⁶⁶.

- *Expediente de contratación.*

De lo anterior se deriva la necesidad de llevar a cabo la contratación de forma autónoma, tramitando un expediente de contratación.

Así, deberá obrar en el expediente el informe de necesidad justificativo de la conveniencia de ejecutar las obras justificando especialmente las circunstancias que aconsejan la adjudicación como obras complementarias o accesorias.

En cuanto a las condiciones que regirán la contratación, será necesario la existencia de nuevos pliegos de condiciones autónomos, no siendo de aplicación automática los pliegos de la prestación principal, ya que obviamente las características jurídicas y técnicas de la prestación complementaria diferirán de la prestación principal⁶⁷.

Sin perjuicio de ello, podrá existir una remisión a la mayor parte de las cláusulas del condicionado de la obra principal, regulándose las cuestiones

⁶³ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 16/1999 de 30 de junio de 1999.

⁶⁴ Vid Dictámenes del Consejo de Estado núms. 48.034/1985 de 24 de julio de 1985, 51.278 de 4 de febrero de 1988 y 1.629/91 de 23 de enero de 1992.

⁶⁵ El hecho de tratarse de contratos distintos hace que el porcentaje que supongan las obras complementarias es independiente del porcentaje que experimenten las modificaciones del contrato a efectos de la resolución del contrato, como ha reconocido el Consejo de Estado con su Dictamen núm. 45.942, de 15 de diciembre de 1983.

⁶⁶ Vid Dictámenes del Consejo de Estado núms. 476/2002 de 15 de marzo de 2002 y 2413/2004 de 18 de noviembre de 2004. STSJMadrid 28 de enero de 2005.

⁶⁷ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 37/2007 de 29 de octubre. Dictamen del Consejo de Estado 2642/2003 de 30 de octubre de 2003

divergentes o específicas de las obras complementarias y remitiéndose al pliego que rige las obras principales.

De otro lado, deberá realizarse el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización previa de la intervención, la justificación jurídica de la elección del procedimiento negociado sin publicidad, el acuerdo de aprobación y de adjudicación del contrato, así como una nueva formalización del mismo a la que habrá precedido las oportunas garantías para la licitación y para el cumplimiento de las obligaciones distintas que las prestadas para el contrato principal.

Obviamente, deberá existir un nuevo proyecto de obras, sin que sea ya necesario que las unidades de obra de este proyecto complementario estén formadas, al menos, en un 50% del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal, como sí exigía el TRLCAP.

El proyecto deberá contener el replanteo y acreditar igualmente la disponibilidad del proyecto previa su aprobación.

En lo referente a la ejecución de las obras existirá un plazo de ejecución independiente del de la obra principal⁶⁸, el acta de inicio de obras deberá redactarse nuevamente con ocasión del inicio del contrato complementario, siendo también independientes las certificaciones de obra que se expidan para la obra complementaria respecto de la obra principal, así como el plazo de garantía de las mismas⁶⁹.

- *Importe de las obras complementarias. Especial referencia a la revisión de precios.*

El precio de las obras complementarias será el que rija para el contrato primitivo.

Así, los precios de éstas obras serán los que rigieron para la adjudicación del contrato.

Lo anterior supone que las unidades de obra comunes al proyecto principal participarán del mismo precio que conste en aquel y que llevarán aplicado el coeficiente de adjudicación o de baja que el contratista efectuó en la licitación⁷⁰.

Respecto de las nuevas unidades no incluidas en el proyecto principal se fijarán contradictoriamente como si de un modificado se tratarán y también llevarán aplicado el coeficiente de adjudicación, sin que quepa hacer uso mecanismos indebidos como la aplicación de la “contrabaja”.

⁶⁸ SAN de 12 Jun. 2009.

⁶⁹ Por SSTs de 31 de enero y 14 de julio de 2003 se determinaba que el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar el importe de las obras complementarias no se produce con la conclusión de las obras accesorias sino con la liquidación de la obra principal.

⁷⁰ STS de 5 de junio de 1992.

El concepto de precio primitivo, ha sido objeto de interpretación por los tribunales y por diversos órganos consultivos, en el sentido de que por precio primitivo debe entenderse el precio de adjudicación del contrato, pero, incrementado en su caso, con la revisión de precios en el momento de la adjudicación de las obras complementarias⁷¹.

El Consejo de Estado ha recordado⁷² que si ello no fuera de este modo el contratista había de ejecutar los trabajos de las obras complementarias a precios inferiores a los de la principal, lo que no resulta conforme a la naturaleza de las cosas, más cuando una y otras forman una unidad material.

No obstante lo anterior, es preciso subrayar que, será necesario que el Pliego original hubiera efectuado la previsión de revisión de precios a salvo de que se hubiese hecho constar la improcedencia de la misma.

Para que los precios sean objeto de revisión será necesario además que se cumpla con que el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiese transcurrido un año desde su adjudicación.

- *Las obras no superarán el 50% del precio primitivo del contrato.*

Se impone como límite que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50% del precio primitivo del contrato por cuanto en otro caso habrán de ser objeto de contratación independiente. Con ello eleva el límite del 20% del precio primitivo que fijaba el TRLCAP⁷³.

III.- Diferencias entre las modificaciones de contrato y las obras complementarias.

Como ha señalado el Dictamen del Consejo de Estado núm. 424, de 6 de abril de 1992, la diferencia entre obras complementarias y modificaciones de obras “no aparece tan clara en todos los casos”, siendo esta una cuestión presidida por un “lógico casuismo”⁷⁴.

Para diferenciar una u otra figura, deberemos tener presente, primeramente, los elementos comunes entre ambas, siendo el más destacable, la necesidad de que su necesaria ejecución obedezca a circunstancias imprevistas.

⁷¹ Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa núm. 7/90 de 28 de marzo de 1990, 20/1998 de 30 de junio de 1998, 11/2001, de 3 de julio de 2001 y 37/07, de 29 de octubre de 2007; STS 29 de abril de 2008; SSAN de 30 de marzo de 2007 y de 14 septiembre 2006. Vid Dictamen del Consejo de Estado núm.2643/2003 de 2 de noviembre de 2003.

⁷² Vid Dictamen del Consejo de Estado núm. 2642/2003 de 30 de octubre de 2003.

⁷³ LLAVADOR CISTERNES H., *Contratación Administrativa*, Editorial Aranzadi S.A, Cizur Menor, 2008,pp. 322 – 324; GARCÍA MACHO R., *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 784-785.

⁷⁴ ESTER CASAS, V., “La nueva regulación de los trabajos complementarios en la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, N° 90, 2009, pp. 57-61.

Como contraste entre ambas figuras, podemos enunciar que para no ser considerada una modificación del contrato, serán obras que no aparezcan contenidas en el proyecto de las obras principales y no puedan integrarse en el mismo mediante una ampliación de éste.

Asimismo, deberá tratarse de obras accesorias a la principal pero independientes de ella por ser susceptibles de utilización separada y que la complementen gozando de una interrelación física entre ambas.

Además, las obras no deberán suponer añadidos esenciales a las obras principales, de modo que no se trate de obras de ejecución esencial o imprescindible para la entrega de éstas al uso público.

La subcontratación.

El contratista puede concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario, o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario. El órgano de contratación puede imponer, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato. El contratista debe comunicar la intención de subcontratar y la aptitud del subcontratista de forma previa.

Con las últimas reformas es posible sancionar a los empresarios que no abonen el precio de las prestaciones subcontratadas a los subcontratistas.

No es posible el ejercicio de la acción directa del 1597 del Código Civil.

La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (que entrará en vigor el 3 de noviembre de 2011) ha modificado aspectos de gran relevancia práctica de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) mediante su Disposición Final Primera, y en particular, la prohibición del ejercicio de la acción directa por los subcontratistas que resulta del apartado octavo de la misma.

En concreto, se adicionaba un nuevo apartado 8 al artículo 210 de la LCSP. Este nuevo artículo 210.8 LCSP – ACTUAL ART. 227.8 TRLCPS - reza: «8. Los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. Lo dispuesto en el párrafo anterior será de aplicación también a las Entidades Públicas Empresariales de carácter estatal y a los organismos asimilados dependientes de las restantes Administraciones Públicas.»

Se evita la aplicación del artículo 1597 del Código Civil: «Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el

dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación»). Esta acción, cuyo antecedente es el artículo 1798 del código napoleónico, permitía que un subcontratista acudiera contra un poder adjudicador sujeto a la LCSP para exigir en su propio nombre y por su cuenta exclusiva las cantidades que el contratista principal le adeudara.

La doctrina y jurisprudencia civil y administrativa se enfrentaban en sus pronunciamientos desde la admisión (civil) a la improcedencia (contenciosa) hasta el punto de ser necesario, como aclara la Exposición de Motivos de la norma comentada pronunciarse: «excluyendo de forma expresa la acción directa del subcontratista frente al órgano de contratación para evitar las dudas suscitadas hasta este momento en la materia y obviar de este modo la posibilidad de que frente a la reclamación del subcontratista la Administración o el ente del sector público actuante tenga que tomar decisiones acerca de la procedencia del pago y de la cuantía del mismo, que corresponden más propiamente a la Jurisdicción ordinaria.»

Y es que la norma no innova, sino clarifica la cuestión, pues el artículo 210 apartado 4, en su redacción original, ya establecía la imposibilidad de ejercicio de esta acción, afirmando tajantemente que «los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.» y que «el conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal.» Ello determinaba la improcedencia de ejercicio de la acción directa para los contratos sometidos a la LCSP pues ante tal responsabilidad exclusiva del contratista principal ni la Administración podrá acudir a un subcontratista a exigir el correcto cumplimiento, ni en consecuencia tampoco el subcontratista puede acudir a la Administración a exigir el cumplimiento del contrato con el contratista principal, y mucho menos al orden civil, cuando nos encontramos ante una cuestión que se relaciona con un contrato administrativo entre contratista principal y poder adjudicador. Así lo mantuvieron el Informe de la JCCA del Ministerio de Economía 71/2009 de 23 de julio de 2010, y el Informe de la JCCA de Andalucía 13/2009 de 3 de noviembre, o las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 501/2006 de 9 de junio, de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2005 o

del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada de 17 de septiembre de 2001, todas del orden contencioso.

Contra lo anterior, la unanimidad de pronunciamientos judiciales, que venían mayormente de la jurisdicción civil, admitían sin miramientos el ejercicio de esta acción. Se motivaba dicha admisión en razones de equidad, para evitar el enriquecimiento injusto etc. sobre la base del principio de que «el deudor de mi deudor es también deudor mío» señalando como requisitos de esta acción a) que el tercero subcontratista haya realizado un suministro de material o un trabajo efectivo a la obra, con el consentimiento del contratista; b) que el contrato de obra entre la Administración y el adjudicatario sea un contrato a precio alzado, y c) que entre la Administración y el contratista perviva la deuda por importe suficiente para ser satisfecha al tiempo de instarse el cobro. (por todas STS de 29 de octubre de 1987). Todo ello siempre que el ejercicio de la acción hubiera sido previo a la declaración de concurso de acreedores.

Mientras, sin éxito, las entidades públicas demandadas alegaban sin éxito incompetencia de jurisdicción (por ventilarse cuestiones propias de la ejecución de contratos administrativos) o la falta de relación con el subcontratista (por la exclusiva relación con el contratista principal), mientras que estos tribunales no entendían apropiadas tales alegaciones y defendiendo la vis atractiva de la jurisdicción civil (por ser la acción directa y el contrato del subcontratista civiles – STS de 17 julio de 2007 -) no aplicaban la normativa propia de los contratos públicos sino que trataban los contratos del poder adjudicador como si de un contrato privado se tratara. Así, cuando el asunto recaía en el orden contencioso esta Jurisdicción reconocía su competencia por tratarse de un acto dictado por una Administración Pública, el cual además versa sobre relaciones jurídicas vinculadas a un contrato administrativo de obras (STSJ de Cataluña 501/2006 de 9 de junio) donde la única relación oponible a la Administración lo es con el contratista principal «no existiendo relación jurídica administrativa entre la Administración y la demandante» (SAN de 22 de noviembre de 2005. En el mismo sentido, la STSJ Andalucía de 17 de septiembre de 2001 dogmatizaba que «En una relación sinalagmática, como es la derivada del contrato de obras, si el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal (excluyendo a la Administración Pública) sólo a éste podrá exigir la satisfacción de sus derechos».

En suma, según el orden en que residiera el conocimiento de la acción el resultado era la admisión o inadmisión de su ejercicio. Ello ha sido tan palmario que, por fin, el asunto ha quedado resuelto por la Ley 24/2011 de 1 de agosto que pese a versar sobre la contratación del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad ha impedido a futuro y con carácter general, para cualquier modalidad de contrato del sector público, el ejercicio de esta acción.

El artículo 228 bis del TRLCSP señala en relación con la comprobación de los pagos a los subcontratistas o suministradores lo siguiente:

“Las Administraciones Públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 5, han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos.

En tal caso, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, cuando este lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarden una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar a solicitud del ente público contratante justificante de cumplimiento de los pagos a aquellos una vez terminada la prestación dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 228 y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, en lo que le sea de aplicación. Estas obligaciones, que se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones esenciales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos.”