

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Isabel Gallego Córcoles

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

«El día señalado se presentaron tres sociedades, cada una con diecinueve miembros, dispuestas a licitar los contratos. Insistieron en dos condiciones: una era que deberían quedar exentos del servicio militar mientras estuvieran ocupados en esta empresa pública, y la otra que los envíos que remitieran deberían quedar asegurados por el gobierno contra tormentas o capturas. Ambas demandas fueron concedidas, y la administración de la república se practicó con dinero privado. ¡Tal era la condición moral y el elevado patriotismo que impregnaba todos los rangos de la sociedad! Como los contratos se habían firmado a partir de un espíritu generoso y noble, fueron ejecutados con la máxima escrupulosidad; los soldados recibieron suministros tan abundantes como los que les entregaba con anterioridad un Tesoro abundante» [Tito Livio, *Ab urbe condita* 23.49].

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN: LA TRASCENDENCIA DE LA REGULACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	2
II. IUS VARIANDI Y RIESGO IMPREVISIBLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE	4
1. La aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la fase de ejecución contractual y sus consecuencias.....	4
2. ¿Cuándo una concreta modificación del contrato afecta a las condiciones esenciales del contrato?	8
2.1 Modificaciones relativas al precio y a la ampliación del objeto del contrato	8
2.2 Modificaciones de la duración del contrato	13
2.3 Sustitución del contratista o del subcontratista.....	15
3. La regulación del «riesgo imprevisible» en la Directiva 2004/18/CE: la adjudicación directa al contratista original de las prestaciones complementarias.....	17
4. Conclusiones.....	20
II. ¿ERA PREDECIBLE LA MATIZACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LO IMPREVISIBLE?.....	21
III. LA DISCIPLINA DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. LAS MODIFICACIONES OBJETIVAS	25
1. Consideraciones generales.....	25
2. Supuestos de modificación del contrato.....	31
2.1 Modificaciones convencionales	31
2.2 Prestaciones adicionales	34
2.3 Circunstancias imprevisibles	38
2.4 Modificaciones que no alcanzan determinados umbrales mínimos.....	45
2.5 Modificaciones que carecen de carácter sustancial	47
IV. BREVE REFERENCIA A LAS MODIFICACIONES SUBJETIVAS.....	50
V. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO Y MECANISMOS DE CONTROL.....	53
VI. CONCLUSIONES FINALES	56

I.INTRODUCCIÓN: LA TRASCENDENCIA DE LA REGULACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La nueva disciplina de las modificaciones contractuales merece un ser objeto de un detenido análisis por diversos motivos.

Por un lado, la modificación de los contratos públicos se ha explicado como la respuesta a la tensión que surge entre el principio de eficacia en el servicio al interés público y el principio de libre concurrencia. El primero demandaría la continuidad del contrato ante las diversas circunstancias que surgen en su ejecución. El segundo, que se respete contenido de lo licitado¹. El Derecho español ha dado tradicionalmente una preponderancia casi absoluta al primero de los principios, mientras que el Derecho europeo se inclina decididamente a favor del segundo². De esta forma, aunque la existencia de poderes exorbitantes ha sido uno de los elementos que tradicionalmente se han empleado para caracterizar a los contratos administrativos³, el nuevo Derecho de la contratación pública europeizado ya no se define en función de las prerrogativas de la Administración, sino del respeto a los principios generales⁴. En este punto, el estudio del poder de modificación unilateral del contrato reviste un indudable interés dogmático.

Por otro lado, son sobradamente conocidas las disfunciones que ha generado el ejercicio del *ius variandi*. Resultaría abrumadora la cita puntual a todos los pasajes de la doctrina científica, a todos los dictámenes del Consejo de Estado o a todos los informes del Tribunal de Cuentas que alertan de un uso inapropiado de la prerrogativa. Baste así simplemente destacar que el informe de la Comisión de Expertos para la

¹ Explicaba BOQUERA OLIVER J.M. (*Poder administrativo y contrato*, Escuela de Administración Pública, 1970, p. 80) que el principio de inalterabilidad de los contratos de la Administración es una ineludible consecuencia de la existencia de los procedimientos previos de selección de contratistas. Justificaba no obstante, el *ius variandi* en un poder de la Administración.

² Pero explicación expuesta adolece de cierto simplismo, ya que la realización de los principios del Derecho de la Unión Europea es una forma más de hacer valer el interés público, pues también estos tienen como objetivo el logro de una contratación más favorable para los intereses públicos. Vid. PARDO GARCÍA-VALDECASAS J.J., «El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual», en *La contratación Pública: problemas actuales*, Cano Campos/Bilbao Alexiades (coord.), Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, p. 154; MEILAN GIL J.L., «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», núm. 191, 2013, p. 38.

³ Vid. ARIÑO ORTIZ G., «El enigma del contrato administrativo», *RAP*, 172, 2007. p. 96.

⁴ MORENO MOLINA J.A./PLEITE GUADAMILLAS F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 2 ed. 2009, pp. 63 y ss.

situación y diagnóstico de la contratación pública⁵ advertía y 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 su precio no son aquellos por los que se compitió, además de generar un riesgo moral, dado que en ocasiones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que se había pujado excesivamente a la baja. O que, según los datos del primer *Informe de lucha contra la corrupción de la UE*⁶, un 69% de las empresas españolas manifestaron que una de las prácticas corruptas más extendidas en los procedimientos de contratación pública son las modificaciones de las condiciones contractuales después de la celebración de contrato. Es indudable así que el estudio de la modificación de los contratos está dotado de una innegable importancia práctica.

Finalmente, el estudio de las modificaciones contractuales en las nuevas Directivas resulta ineludible porque, *a priori*, introduce cierta innovación sobre la doctrina del TJUE en la materia⁷. Puede resultar paradójico, que culminado el colosal esfuerzo de adaptarnos en este ámbito a la Derecho de la Unión, lo que sólo conseguimos con la aprobación de la Ley 2/2011, de 11 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES)⁸, éste nos sorprenda ahora con una regulación mucho más posibilista.

⁵ *Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*. Ministerio de Hacienda, 2004, p. 118.

⁶ Bruselas, 3.2.2014 COM (2014) 38 final.

⁷ Vid. GIMENO FELIU J.M., «La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable», en *La contratación Pública: problemas actuales*, Cano Campos/Bilbao Alexiades (coord.), Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, p. 126. En el mismo sentido, advierte CODINA GARCÍA-ANDRADE X. («Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas Directivas», *REDA*, 163, 2014, pp. 297 y 298), que el régimen más flexible que el existente hasta ahora, que permite mayor margen de discreción a las entidades adjudicadoras. Para DIEZ SASTRE S. («La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública», *www.obpc.es*) la regulación de la propuesta de Directiva parece haberse planteado de forma generosa con la posibilidad de modificar los contratos. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la actitud de la Comisión –añade la autora– podría haberse esperado una regulación más restrictiva.

⁸ La aprobación de esta norma ha tenido como efecto inmediato que el cierre por parte de la Comisión Europea del procedimiento de infracción que ha había iniciado. Vid. nota de prensa de la Comisión europea de 6 de abril de 2011 (IP/11/430).

II. *IUS VARIANDI* Y RIESGO IMPREVISIBLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

1. La aplicación de los principios de igualdad y transparencia en la fase de ejecución contractual y sus consecuencias

Las normas sobre contratación europea tradicionalmente se han limitado a la fase de formación del contrato, así como a asegurar los recursos en caso de incumplimiento de las reglas relativas a esta etapa porque se entendía que solamente esta fase podía tener incidencia en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (art. 114 TFUE, art. 95 TCE). Sin embargo, el desarrollo de la jurisprudencia comunitaria sobre las reglas de la contratación pública⁹ ha tenido ocasión de demostrar que la fase de ejecución del contrato público también puede producir distorsiones en el funcionamiento del mercado interior, en la medida en que puede resultar idónea para favorecer a un competidor frente al resto, contraviniendo así los principios de igualdad de trato y transparencia en los que descansa el sistema de contratación público europeo. De nada sirve el respeto escrupuloso de estos principios en la fase de selección del adjudicatario si, una vez elegido éste, puede alterarse el contenido de lo licitado en su beneficio¹⁰.

La conquista del principio de igualdad¹¹ y de su corolario, el principio de transparencia, se ha ido realizando de forma gradual. Y aunque la Directiva 71/305, no mencionaba expresamente el principio de igualdad de trato de los licitadores, la STJUE del 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, afirmó con lucidez que « el deber de respetar el principio de igualdad responde a la esencia misma de la Directiva que [...] se propone, en particular, el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos públicos».

⁹ En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO M., «La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013.

¹⁰ Como subrayan RACCA G.M./ CAVALLO PERIN R. («Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From Violations of Competition to Symptoms of Corruption», *EPPPL*, núm. 4. 2013, p. 280) para que la eficiencia en la contratación deje de ser un concepto abstracto, la ejecución del contrato por parte del adjudicatario debe coincidir con lo que prometió en la fase competitiva.

¹¹ En relación con el principio de igualdad de trato como esencia de la normativa sobre contratación pública, vid. MORENO MOLINA J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones públicas*, Bomarzo, 2006, pp. 33 y ss.

La primera ocasión que el Tribunal de Justicia se pronunció de forma directa sobre los límites a la modificación del contrato público fue en la ya célebre STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99¹², que tuvo su origen en un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumos de frutas y confituras destinados a las poblaciones de terceros Estados. Según las condiciones iniciales de la contratación, el pago se haría en manzanas o naranjas según el lote del que se tratase. No obstante, una vez adjudicados los contratos, la Comisión permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos retirados del mercado.

Para concluir que esta decisión era contraria a Derecho, el Tribunal de Justicia sólo tuvo que extender al momento de la ejecución contractual su doctrina sobre la igualdad de trato¹³. Y es que la modificación del contrato afecta a las condiciones esenciales de la licitación se produciría:

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

Para llegar a tal conclusión, se parte de que:

«Por consiguiente, 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.

De ello resulta que, en una situación como la del caso de autos, 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. [...]

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

¹² Para un análisis exhaustivo de esta sentencia vid. VÁZQUEZ 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», *REDA*, 143, 2009.

¹³ Entre las implicaciones más elementales del principio de igualdad: no se puede admitir una proposición que no cumpla los requisitos del pliego de preinscripciones (STJUE del de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89); ni modificar durante la licitación los criterios de adjudicación sin respetar suficientemente las obligaciones de transparencia (STJUE 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94); ni eludir la aplicación de los requisitos técnicos, aunque se permita a todos los licitadores modular éstos (STJUE de 5 de diciembre 2013, Comisión/Estonia, C-561/12).

contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente.

En efecto, 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».

Como ya hemos señalado, la aplicación de los principios de igualdad y transparencia no cesa con la adjudicación del contrato, sino que su vigencia se extiende a todo el ciclo contractual. En definitiva,

«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».

Posteriormente, en la sentencia de 19 de junio de 2008, *Presstext*, C- 454/06¹⁴, el Tribunal de Justicia tiene ocasión de aclarar y sistematizar cuándo una modificación contractual contraviene el Derecho de la Unión Europea. En efecto, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante su vigencia 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C 337/98, Rec. p. I 8377, apartados 44 y 46)».

Y en la propia sentencia se ejemplifican supuestos en los que existe una modificación sustancial del contrato. En primer lugar,

«La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada».

De esta forma, puede entenderse que constituye una alteración de los elementos esenciales de la contratación la modificación de las condiciones de

¹⁴ En relación con esta sentencia, vid. BROWN A., «When do changes do an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of EU Procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06», *PPLR*, 6, 2008.

solvencia o de los criterios que hubieran sido determinantes para la elección del adjudicatario (por ejemplo precio, plazo de ejecución, etc.).

En segundo lugar, de una interpretación sistemática de las Directivas se desprende que la ampliación del contrato «en gran medida», constituye una nueva adjudicación ya que, en estos supuestos y, en estrictas circunstancias, se permite emplear el procedimiento negociado sin publicidad. En los términos de esta sentencia:

«Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. Esta última interpretación queda confirmada en el artículo 11, apartado 3, letras e) y f), de la Directiva 92/50, que impone, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo I A de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial».

Como cláusula de cierre, constituye una modificación sustancial la alteración de cualquier elemento de la documentación contractual que hubiera hecho más atractiva la licitación¹⁵.

«Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial¹⁶».

Finalmente, supone igualmente el cambio de uno de los términos esenciales del contrato público la subrogación de una nueva parte contratante en el lugar de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato, a menos que esta subrogación estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, mediante una subcontrata.

En todo caso, dado que limitaciones al *ius variandi* proceden del Derecho originario, son aplicables a todos los contratos, y no sólo a los que son objeto de regulación por las Directivas sobre contratación pública. Así, la STJUE de 13 de abril de

¹⁵ Como señala la Abogado General Kokott en sus Conclusiones de 13 de marzo de 2008 hay que presumir 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.

¹⁶ Destaca con acierto ARROWSMITH S. (*The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet and Maxwell, 2005, p. 288) que es éste uno de los parámetros más relevantes para determinar si un cambio es o no esencial, pues la alteración del equilibrio económico a favor del contratista será un indicio de que se ha producido una distorsión en la competencia.

2010, Wall AG, C-91/08, tuvo ocasión de afirmar que las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial¹⁷.

2. ¿Cuándo una concreta modificación del contrato afecta a las condiciones esenciales del contrato?

Las condiciones esenciales de la contratación constituyen un concepto jurídico indeterminado que se define necesariamente en función de cada caso concreto. De esta forma, incluso en contratos de la misma naturaleza, unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato¹⁸.

Partiendo de esta premisa, resulta útil analizar la jurisprudencia del TJUE para tratar de encontrar cuáles son los criterios específicos que permiten determinar cuándo nos hallamos ante una modificación sustancial del contrato¹⁹.

2.1 Modificaciones relativas al precio y a la ampliación del objeto del contrato

No cabe duda alguna que el precio es una «condición importante» del contrato, como tuvo ocasión de afirmar el Tribunal de Justicia en las sentencias *Succhi di Frutta* y *Presstext*. Sin embargo no toda la alteración del mismo constituye una modificación

¹⁷ En este sentido, el Tribunal recuerda que «las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva».

¹⁸ Vid. Informe Consultiva Contratación Administrativa del Estado 43/2008, de 28 de julio.

¹⁹ En relación con el análisis y sistematización de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificaciones contractuales se puede consultar: GIMENO FELIU J.M., «La modificación de los contrato...», *op. Cit.*; GIMENO FELIU J. M., «El régimen de modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *REDA*, núm. 149, 2011; GARCÉS SANGUSTÍN M., «El nuevo régimen jurídico de los contratos públicos», en Parejo Alfonso y Palomar Olmeda, *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, 2012; GALLEGO CÓRCOLES I., «¿Qué es una modificación esencial de un contrato público?», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110, 2011; PUERTA SEGUIDO F./PUNZÓN MORALEDA J./RODRIGUEZ ALONSO A.P., «La nueva regulación en la Directiva de la fase de ejecución de los contratos y la repercusión de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificación de contratos», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 129, 2014. Vid. Igualmente MEDINA ARNÁIZ T., «Las principales novedades en la normativa contractual del sector público» en S. A. Bello Paredes (coord.), *Comentarios a la ley de economía sostenible*, La Ley, 2011.

sustancial. En la primera, el TJUE concluyó que el cambio en la modalidad de pago -al alterarse la especie inicialmente prevista- constituía un supuesto de alteración de una de las condiciones esenciales del contrato. En los términos de la sentencia,

«El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.

Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata».

En definitiva, los licitadores formularon su oferta desconociendo un elemento relevante de la licitación: la especie en la que serían remunerados. De esta forma, no conocieron todos los condicionantes que les permitirían formular una oferta seria, y no puede en absoluto descartarse que la nueva modalidad de pago hubiera podido hacer más atractiva la licitación para determinadas empresas²⁰. En la medida en la no puede descartarse que la modificación no haya producido una distorsión a la competencia, esta alteración del contenido obligacional del contrato está proscrita por el Derecho comunitario²¹.

²⁰ Vid. Conclusiones del Abogado General de 24 de octubre de 2002, apartado 74. El Abogado General concluye que se trataba de un cambio en las prestaciones principales del contrato, de modo que no cabe duda de que se trataba de una modificación sustancial de las condiciones de licitación. Y es que «para unos los melocotones tienen un mayor interés que las manzanas, pero para otros no tienen ningún interés. En el caso de las manzanas y de los melocotones, no se trata de productos directamente intercambiables».

Vid. igualmente IJCCA Aragón 4/2012, de 1 de febrero, sobre la posibilidad de modificar la forma de pago del contrato. Habiéndose pactado una parte del pago en especie, se pretende que pase a ser abonada en efectivo. Como concluye la Junta Consultiva, las propias circunstancias del contrato pactado revelan que la forma de pago fue un aspecto decisivo en la licitación, ya que cualquier empresario interesado en ella debió valorar que la financiación de una gran parte de la obra la asumía directamente, quedando a expensas de la transmisión del inmueble municipal por parte del Ayuntamiento y a su posterior venta o puesta en valor para resarcirse de la inversión.

²¹ Destaca en este punto VÁZQUEZ MATILLA J. («La modificación de los contratos...», *op. cit.* p. 543) 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.

Así, la disminución de la retribución del contratista no afecta negativamente a la competencia. Por ello la sentencia *Presstext*, concluyó que no constituye una modificación esencial del contrato. Según los apartados 81 y ss. de la citada sentencia,

«Por otro lado, el mero hecho de que la entidad adjudicadora obtenga un descuento más elevado sobre una parte de las prestaciones que son objeto del contrato no puede suponer una distorsión de la competencia en detrimento de licitadores potenciales».

De esta forma, no debe considerarse que el hecho de fijar, en un acuerdo adicional, descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular constituya una modificación sustancial del contrato y, por tanto, no implica una nueva adjudicación de contrato.

En todo caso, ni siquiera puede señalarse que, en términos absolutos, toda reducción del precio de un contrato público implique una modificación no sustancial, pues pueden existir supuestos –por ejemplo, si la reducción de la remuneración se ofrece a cambio de una prórroga del contrato, aunque estuviera prevista en el contrato- que favorezca al adjudicatario frente al resto de licitadores²².

De esta forma, una vez aclarado que el precio de un contrato es una condición sustancial, pero que las alteraciones a la baja, en principio, no distorsionan la competencia, cabe plantearse si cualquier tipo de modificación al alza, independientemente de su entidad, implica la necesidad de proceder a una nueva adjudicación del contrato. Y lo cierto es que el TJUE ha dado una respuesta diferente a esta pregunta en atención a las circunstancias de cada caso.

En primer lugar, la STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión/ Francia As. C-337/98, trataba de dilucidar si la aplicación de las disposiciones de la Directiva 93/38 pudiera estar justificada *ratione temporis*²³. Y aunque no analiza un supuesto relativo a

²² Vid. Conclusiones de la Abogado General Kokott de 13 de marzo de 2008. Según las mismas, «sin embargo, no se puede descartar *a priori* que el pacto de una retribución inferior tenga en algún caso efectos de falseamiento de la competencia. [...] Lo importante es, en cualquier caso, qué condiciones hubiera podido obtener en el mercado el adjudicador público *en el momento de la modificación contractual*. Por ejemplo, si los precios de los servicios objeto del contrato se redujeron en el mercado desde la adjudicación inicial del contrato público, el simple acuerdo de una retribución inferior a la de entonces no representa ninguna garantía de respeto del principio de competencia y del principio coste-eficacia. Antes bien, procede examinar si en el momento de la modificación del contrato otros posibles prestadores de servicios hubieran podido ofrecer a la entidad adjudicadora el servicio deseado a un precio aún más favorable que el del actual contratista» (apartados 89 a 91).

²³ Ello era relevante porque precisamente lo que se analizaba era si la adjudicación del concreto contrato a través del procedimiento negociado sin publicidad constituyó un incumplimiento de la

una modificación del contrato, la doctrina elaborada es fácilmente trasladable a este ámbito ya que se trataba de determinar si el incremento en un 10% del precio acordado en una primera fase de negociación, en el ámbito de un procedimiento negociado, ponía de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato –límite expreso a la posibilidad de modificar el contrato tal y como se desprende de la sentencia *Pressetext*-. Para el Tribunal de Luxemburgo la circunstancia descrita no implica una alteración de los elementos esenciales de la contratación, ya que:

«aun suponiendo que esta diferencia de precio haya sido superior a la inflación acumulada en el referido período, dicha situación tampoco demuestra que las negociaciones iniciadas con posterioridad a la revocación del acuerdo de 30 de marzo de 1993 hayan tenido por objeto volver a negociar un aspecto esencial del contrato. En efecto, tal como ha indicado el Gobierno francés, sin haber sido contradicho por la Comisión en este punto, la evolución del precio resulta de la aplicación rigurosa de la fórmula de revisión de precios contenida en el proyecto de contrato aprobado por las dos partes en 1993. Ahora bien, este hecho constituye más un indicio de la continuidad del procedimiento que un dato que pruebe que se ha renegociado un aspecto esencial del contrato».

Por su parte, la STJUE 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03²⁴, analiza si España había traspuesto de forma correcta las Directivas comunitarias entre otros aspectos en relación con los supuestos que permitían el empleo del procedimiento negociado²⁵. Y concluye que la alteración del 10% del precio del contrato implicaba la

Directiva 93/38. Dado que las negociaciones se llevaron a cabo en dos momentos temporales distintos, uno previo y otro posterior a la finalización del plazo de transposición de la Directiva, era preciso averiguar si la segunda etapa de la negociación era una reanudación de la anterior o una negociación distinta. Sobre esta sentencia, DISCHENDORFER M., «The Scope of Application of the E.C. Procurement Directives Rationae Temporis», *PPLR*, 2001, pp. 20 a 23; DI COMITE V., «Sull'applicabilità in el tempo delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, pp. 334 a 339.

²⁴ En relación con esta sentencia, vid. BERNAL BLAY M.A., «Acerca de la transposición de las Directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJCE de 13 de enero de 2005, As. C-84/03 (Comisión vs. Reino de España), y el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo», *RAP*, núm. 168, 2005 y DE FALCO V., «Gli Appalti pubblici in Spagna e le dissonanze con l'ordinamento comunitario alla luce del principio giurisprudenziale dell' effetto utile», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, pp. 829 a 833.

²⁵ Los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37 establecían que los poderes adjudicadores podrán adjudicar por el procedimiento negociado cuando se presenten ofertas irregulares en respuesta a un procedimiento abierto o restringido o cuando las ofertas resulten inaceptables, siempre que se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. Al trasponer estos preceptos, el legislador español añadió que podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando el contrato no haya podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en

modificación «condición esencial», por lo que no podía legitimarse para este caso la utilización de un procedimiento negociado tras el fracaso de un procedimiento ordinario²⁶.

Finalmente, la STJUE de 19 de junio de 2008, *Presstext*, introduce el elemento causal como parámetro de la valoración de la existencia de la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación. Y de la doctrina que se formula puede intuirse que reconoce la existencia de modificaciones de las condiciones esenciales de la licitación que no conllevan, sin embargo, la necesidad de proceder a una nueva adjudicación, siempre que así lo requieran los intereses concurrentes. Así, en la sentencia se discute si constituye una modificación del contrato la conversión del precio en euros de un modo que iba más allá del importe autorizado en la legislación aplicable y se concluye:

«Cuando el redondeo de los precios convertidos en euros sobrepasa el importe autorizado por las disposiciones pertinentes, se trata de una modificación del importe intrínseco de los precios previstos por el contrato inicial. Se plantea entonces la cuestión de si tal modificación de los precios constituye una nueva adjudicación de contrato.

No obstante, la conversión en euros de los precios de un contrato vigente puede acompañarse de un ajuste de su importe intrínseco sin que de ello resulte una nueva adjudicación de contrato, a condición de que tal ajuste sea mínimo y se justifique de manera objetiva, como ocurre en el caso de que pretenda facilitar la ejecución del contrato, por ejemplo, al simplificar las operaciones de facturación»²⁷.

En definitiva, puede concluirse que cualquier alteración del precio del contrato, por mínima que sea, siempre que no esté justificada, supone la alteración de una modificación de una condición esencial del contrato (STJUE 13 de enero de 2005). Sin embargo, la variación en el precio necesariamente no ha de conllevar la obligación convocar una nueva licitación si es limitada en su alcance y bien se justifica en el

más de un 10 %. Por ello, aunque este aspecto no se tiene en cuenta en la sentencia, puede advertirse fácilmente que en este caso, a través del procedimiento negociado sin publicidad, podía favorecerse fácilmente a un operador económico, al que se ofrecería un contrato en condiciones más ventajosas que en la licitación inicial.

²⁶ En los términos de la citada sentencia: «[...] los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido dotan precisamente a las citadas disposiciones de las Directivas 93/36 y 93/37 de una condición nueva que debilita tanto el alcance como el carácter excepcional de aquéllas. En efecto, una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato, como prevén, respectivamente, los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37».

²⁷ En todo caso, ha de reconocerse que en aquel supuesto el redondeo se había realizado a la baja, en perjuicio del contratista.

propio contrato (STJUE de 5 de octubre de 2000) o bien en causas objetivas (STJUE de 19 de junio de 2008).

Por otro lado, la ampliación del objeto contractual «en gran medida» constituye una modificación esencial del contrato, como ya adelantó el TJUE en la sentencia *Presstext*. Esta doctrina ha sido reiterada por la STJUE de 29 de abril de 2010, Comisión/Alemania, C-160/08, en la que se discutía si la ampliación del objeto de un contrato de servicios respetaba el Derecho de la Unión. El parámetro que utiliza el Tribunal de Justicia para determinar que la ampliación había desbordado los límites permitidos es que el valor del nuevo servicio es muy superior a los umbrales de la Directiva²⁸.

2.2 Modificaciones de la duración del contrato

El plazo es una condición de la licitación de la mayor relevancia. No sólo en el caso de los contratos de concesión, en los que tiene una vertiente económica, sino también las ofertas que se presenten a los contratos de obras, suministros y servicios están evidentemente condicionadas por el plazo de ejecución del contrato.

De la jurisprudencia del TJUE se desprende que no toda modificación del plazo del contrato constituye una alteración de una condición esencial del mismo, sino sólo aquellas modificaciones que refuerzan la posición jurídica del adjudicatario, distorsionando así la competencia.

Por ello, el acuerdo por el que las dos partes renuncian a desistir de un contrato indefinido por durante un periodo de tiempo determinado y proporcionado no constituye una modificación esencial del contrato. Así lo ha afirmado el Tribunal de nuevo en la sentencia *Presstext*, según la cual:

«La cláusula de la que se trata en el asunto principal formaliza la renuncia a toda resolución durante el período correspondiente a los años 2005 a 2008.

No obstante, es preciso señalar que, tras la expiración, el 31 de diciembre de 1999, de la cláusula de renuncia a la resolución contenida en el contrato marco, el contrato examinado en el asunto principal habría podido ser resuelto en cualquier momento respetando la exigencia de un preaviso. Sin embargo, permaneció en vigor durante el período correspondiente a los años 2000 a 2005 inclusive, dado que ni la entidad adjudicadora ni el prestador ejercieron su derecho a la resolución del contrato.

²⁸ Vid. Apartados 99 a 101. Aunque la modificación además supuso una ampliación de la zona de prestación de los servicios de aproximadamente el 25 % y un incremento del valor del contrato en un porcentaje no inferior al 15 %, el Tribunal no entra en estas consideraciones para concluir que la modificación ha sido sustancial.

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

En realidad, en este supuesto no se había alterado la duración del contrato, que era indefinido desde su origen. A lo único a lo que se obligaban las partes era a no resolverlo durante un periodo relativamente breve de tiempo, si se tienen en cuenta las circunstancias del caso, por lo que no se entendió que el nuevo pacto pudiera tener un efecto distorsionador de la competencia. Por ello, puede dudarse si la solución hubiera sido idéntica en la hipótesis de que el plazo durante el cual se eliminaba el derecho de renuncia hubiera sido más amplio.

Por el contrario, el otorgamiento de prórrogas no previstas en la documentación contractual supone una modificación esencial del contrato. Y es que dichas prórrogas, en realidad, suponen una adjudicación directa de un contrato público²⁹.

Pero además, la documentación contractual no sólo ha de establecer con claridad la duración del contrato y sus posibles prórrogas, sino también los supuestos en los que el poder adjudicador puede resolver el contrato ante un incumplimiento del contratista. En una normativa inspirada en la protección de los licitadores, y no de los contratistas, ello es así «para permitir a cualquier licitador potencial evaluar con certeza el riesgo de que se le apliquen tales sanciones, garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora y, por último, garantizar el respecto del principio de seguridad jurídica, es necesario que se formulen de manera clara, precisa e inequívoca las circunstancias en las que se aplicarán dichas

²⁹ Así, la STJUE de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, C-260/04.

En este sentido, en la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho comunitario de 29 de abril de 2000, la Comisión ya tuvo ocasión de afirmar que «cuando una concesión se termina, su renovación es asimilable a una nueva concesión». En la jurisprudencia española, vid. STS de 25 de mayo de 2006 y STS de 8 de marzo de 2011. Y en nuestra doctrina, resulta de especial interés AGUDO GONZALEZ, J. «El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y *potestas variandi* versus libre competencia», *Revista General Derecho Administrativo*, núm. 26, 2011.

sanciones»³⁰.

2.3 Sustitución del contratista o del subcontratista

La cesión de un contrato público permite que un operador económico que no ha participado en licitación, que no ha competido con otros licitantes y cuya elección tampoco se ha basado en una comparación, se convierta en contratista del poder adjudicador. De esta forma, como expuso la Abogado General en sus conclusiones en el asunto *Presstetext*, el cambio del contratista durante la vigencia del contrato comporta el riesgo de la elusión de la normativa sobre contratación pública y puede producir un falseamiento de la competencia en el mercado de que se trate, además de dar preferencia a los nuevos prestadores de servicios frente a otros posibles³¹.

Por ello no puede sorprender que la STJUE 19 de junio 2008, *Presstetext*, C-454/06, concluyese, que «en general» las novaciones subjetivas constituyen un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, «por ejemplo, como una subcontrata».

En el supuesto de hecho que resuelve la citada sentencia una parte del contrato fue cedida a una filial del contratista, manteniendo la adjudicataria el 100 % de las participaciones de la filial, aunque esta participación al 100 % no estaba garantizada para toda la vigencia del contrato. Para el Tribunal de Justicia tal acuerdo representa, en esencia, una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial. Ahora bien,

«Si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50.

Se aplicaría un razonamiento análogo si la cesión de las participaciones sociales de la filial a un tercero ya estuviera prevista en el momento de la transferencia a ésta de las actividades de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartados 38 a 42)».

³⁰ Vid. STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados *Marcello Costa* (C-72/10) y *Ugo Cifone* (C-77/10).

³¹ Conclusiones de 13 de marzo de 2008 de la Abogado General Kokott, apartado 54.

Por otro lado, con carácter general, un cambio en el subcontratista no se considera una modificación esencial. Antes de la entrada en vigor de la Directiva 2014/18/CE, las Directivas sobre contratación pública se limitaban a prever que en el pliego de condiciones, la entidad adjudicadora pudiera solicitar al licitador que, en su caso, mencionase en la oferta la parte del contrato que se proponía subcontratar, por lo que en principio, la persona del contratista era irrelevante³². Sin embargo, el art. 25 de la Directiva 2014/18/CE añade a esa previsión que puede exigirse la mención de los «subcontratistas propuestos», de forma que, en este caso, dichos subcontratistas pasan ya a formar parte de la oferta y su sustitución puede dejar de tener un efecto neutro sobre la competencia³³.

Así se refleja en el supuesto que resuelve STJUE 13 de abril de 2010, Wall AG, C-91/08³⁴. De esta sentencia se desprende que siempre que la persona del subcontratista fuera determinante en la adjudicación del contrato, un cambio respecto al subcontratista puede suponer una alteración esencial del contrato público, independientemente de que este cambio se hubiera previsto en las condiciones de la licitación. En los términos de dicha sentencia:

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

Por consiguiente [...] cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión y inicial y, en consecuencia, demuestren la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar [...] todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia (apartado 43)».

Como se deduce claramente de las conclusiones del Abogado General Bot, de 27 de octubre de 2009, en el supuesto concreto la sustitución del subcontratista se

³² Vid. art. 20 de la Directiva 93/37/CEE, art. 17 Directiva 93/36/CEE y art. 25 Directiva 92/50/CEE.

³³ Vid. Igualmente art. 71 de la Directiva 2014/24/UE.

³⁴ Para un análisis más exhaustivo, vid. BROWN A., «Changing a Sub-contractor Under a Public Services Concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main», *PPLR*, 4, 2010 y BOTTONE E., «Il divieto di rinegoziazione dell'offerta nelle concessioni di servizi», in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, pp. 1222 y ss.

produce sin motivo legítimo³⁵, tras la celebración del contrato y antes de la ejecución de las primeras prestaciones, a pesar de que el concesionario aludió a la reputación y la competencia técnica del subcontratista en la presentación de su oferta, lo que probablemente fuera determinante de la adjudicación a su favor.

3. La regulación del «riesgo imprevisible» en la Directiva 2004/18/CE: la adjudicación directa al contratista original de las prestaciones complementarias

Aunque toda modificación sustancial de un contrato público implica la necesidad de iniciar un procedimiento de adjudicación, el Derecho de la Unión Europea ha permitido, en determinadas circunstancias, que esta nueva adjudicación pudiera realizarse al adjudicatario inicial a través del procedimiento negociado sin publicidad.

Pero para ello era preciso la concurrencia de dos requisitos insoslayables: que la nueva adjudicación del contrato derivase de la concurrencia de una circunstancia imprevisible³⁶ y que se tratase bien de obras o suministros³⁷, bien de servicios³⁸ complementarios e inseparables del contrato inicial. Además, el importe acumulado de los contratos adjudicados para obras o servicios complementarios no podría ser superior al 50% del importe inicial³⁹.

³⁵ En efecto, el Abogado General insiste en que, durante la ejecución del contrato, el contratista principal puede recurrir a otros subcontratistas o sustituir a subcontratistas por motivos legítimos relacionados, por ejemplo, con la calidad efectiva de sus prestaciones o con su situación financiera (apartado 62). De esta forma, puede producirse esta situación cuando existan, en el mercado de referencia, múltiples empresas que ofrecen servicios de naturaleza y calidad equivalentes (apartado 64).

³⁶ La doctrina la teoría de la imprevisión se ha formulado clásicamente en los siguientes términos: «cuando circunstancias imprevistas en el momento de la conclusión del contrato vienen a trastornar la economía del mismo con la gravedad, que lo hace, si no imposible, mucho más difícil y oneroso, por encima de lo que las partes han podido razonablemente prever; cuando el déficit, sobrepasando los límites el riesgo normal, toma un carácter anormal y excepcional, entonces el contratante de la Administración tiene el derecho de pedirle que venga en su ayuda para repartir con él el riesgo extraordinario mediante una indemnización calculada en función del déficit, que el compense en parte de él. La teoría de la imprevisión no se refiere, por supuesto, a las dificultades ordinarias en el cumplimiento del contrato, por recargo de abastecimientos de materias primas, desperfectos de las máquinas, variaciones ordinarias de precio, etc.; son todos ellos riesgos normales de toda empresa, cuyas consecuencias se hallan a cargo de los empresarios, que no puedan hacerlas recaer sobre la Administración». Vid. ARIÑO G., *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, 1968, p. 291.

³⁷ Vid. artículo 31.4 a) de la Directiva 2004/18/CE. El art. 61 de la Directiva extendía este mismo régimen a la adjudicación de obras complementarias al concesionario.

³⁸ Vid. art. 31.2 b) de la Directiva 2004/18/CE.

³⁹ En nuestro Derecho, vid. arts. 172 b) y 174 b) TRLCSP. En este sentido, LOZANO CUTANDA B, ("Limitación del *ius variandi* y otras modificaciones de la Ley de Contratos del Sector Público", en *Diario*

Son conocidas las dificultades que existen en Derecho español para deslindar los conceptos de «modificado» y «complementario». En la jurisprudencia, esta distinción se analizó más desde la óptica de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración⁴⁰ que de la necesidad de articular un procedimiento de licitación. Por su parte, el Consejo de Estado ha reconocido que la diferencia entre obras complementarias y modificaciones de obras «no aparece clara en todos los casos», aunque ha tratado de ensayar criterios distintivos⁴¹. Pero en todo caso, como destacó HORGUÉ BAENA⁴², en realidad el concepto de prestación complementaria prevista en el Derecho Europeo abarcaba determinados supuestos que en Derecho español se consideraban modificaciones contractuales⁴³. La jurisprudencia europea posterior ha confirmado la certeza de esta apreciación. Las ampliaciones del objeto contractual tienen carácter de prestación complementaria (STJUE de 29 de abril de 2010). También las alteraciones en el proyecto de las obras para introducir servicios, suministros y obras no previstos inicialmente (STGUE de 31 de enero de 2013, España c. Comisión, T-235/11)⁴⁴.

Pero al margen de todo ello, interesa destacar que el concepto de «circunstancia imprevista» que permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad se

La Ley, número 7615, 2011) ha sostenido que resulta incongruente que la LES mantuviese la regulación del procedimiento negociado en estos términos y en cambio no admitiese modificaciones no previstas que superasen el 10% del precio del contrato.

⁴⁰ En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, vid. la sentencia STS 7 de julio de 1998 (rec. 6878/1992).

⁴¹ Así, son criterios aplicables para la distinción entre modificado y complementario la posibilidad de utilización separada de las obras nuevas y su necesidad en relación con el proyecto inicial, entre otros. Vid., entre otros, el Dictamen del Consejo de Estado 1126/2007 de 21 de junio. Vid. igualmente IJCCA Cataluña 4/2011, de 14 de abril.

⁴² HORGUÉ BAENA C., *La modificación del contrato...*, op. Cit., pp. 205 a 211. Además de criterios conceptuales, la profesora a la que seguimos en este punto trae en apoyo de su argumentación el dato de que en la redacción de este precepto de la Directiva 93/37/CEE en el idioma francés se alude a *travaux complémentaires*, siendo éste uno de los supuestos de manifestación *du pouvoir de modification*, según la doctrina de este país.

⁴³ Como es sabido, el art. 153 del Decreto 3410/1975 establecía que las obras accesorias o complementarias no incluidas en el proyecto durante el curso de la obra principal que la Administración estuviera conveniente ejecutar, deberían ser objeto de contrato independiente, salvo aquéllas cuyo importe no excediera del 20% del precio de contrato, cuya ejecución podría confiarse al contratista de la principal.

⁴⁴ La sentencia categóricamente afirma que: «contrariamente a lo que sostiene el Reino de España, 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». La sentencia enjuicia la reducción de la ayuda financiera inicialmente acordada por el Fondo de Cohesión a cinco proyectos relativos a cinco líneas ferroviarias del AVE y ha sido anulada por la STJUE de 4 de septiembre de 2014, C-197/13 P, España contra Comisión ya que la Comisión no respetó el plazo legal para adoptar una decisión de corrección financiera. En todo caso, el TJUE no ha entrado en los motivos de fondo, por lo que entendemos que la doctrina del TGUE sigue siendo en este punto totalmente válida.

ha sometido a dos importantes límites: la interpretación estricta y la carga de la prueba⁴⁵.

Así, la imprevisibilidad es «un parámetro objetivo», de forma que «únicamente la imprevisibilidad objetiva de los acontecimiento lo libera [al poder adjudicador] de la obligación de adoptar precauciones para observar las disposiciones de la Directiva»⁴⁶. A modo de ejemplo, no puede calificarse como imprevisible algo que ya podía ser conocido de antemano, como es el incremento del número de alumnos en una Universidad Pública⁴⁷. Tampoco puede justificarse como circunstancia imprevisible el aumento de un riesgo que ya era conocido⁴⁸.

Por su parte, la ya citada STGUE de 31 de enero de 2013, es una buena muestra del canon estricto con el que ha de valorarse en cada caso el concepto de imprevisibilidad⁴⁹, así como del hecho de que la carga de la prueba del carácter imprevisible del hecho corresponde a quien lo alega. De esta forma, por ejemplo, no se puede justificar la adjudicación de un contrato a través del procedimiento negociado sin publicidad ante el incremento de una determinada población, si este incremento se ha mantenido constante y no se ha producido un crecimiento de carácter excepcional (apartado 81)⁵⁰; tampoco puede considerarse una circunstancia imprevisible la modificación del planeamiento urbanístico, cuando el poder adjudicador no ha conseguido un consenso previo sobre las soluciones proyectadas con los municipios afectados (apartado 90). Finalmente, no constituye una circunstancia imprevisible el hecho de que exista una diferencia con las condiciones geotécnicas reales si no se han realizado estudios previos del suelo (apartado 107).

⁴⁵ Vid. CODINA GARCÍA-ANDRADE X., «Urgencia e imprevisibilidad en la contratación ...» *op. Cit.*, pp. 278 a 282. Ya en la sentencia de 10 de marzo de 1987, Comisión/Italia, C-199/85, el TJUE afirmó en el apartado 14: «estas disposiciones, que establecen excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras, deben ser objeto de una interpretación estricta y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas».

⁴⁶ STJUE 10 de marzo de 1992, Comisión/España, C-24/91.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ STJUE 2 de agosto de 1993, Comisión/Italia, C-107/92.

⁴⁹ En este mismo sentido se ha pronunciado el Informe Consultiva Contratación Administrativa del Estado 5/10, de 23 de julio de 2010, según el cual «para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato».

⁵⁰ Vid. igualmente STJUE 2 de agosto de 1993, Comisión/Italia, C-107/92.

4. Conclusiones

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre modificaciones contractuales adopta de forma prácticamente exclusiva la perspectiva de los efectos del modificado, desdeñando las causas que pueden conducir a él. Y en este punto, se emplea un enfoque funcional, dirigido a determinar caso a caso cuál es la incidencia de modificado en el juego de la competencia previamente establecida. Se trata de evitar que el adjudicatario goce de una ventaja competitiva sobre el resto de licitadores, lo que violaría el principio de igualdad de trato y menoscabaría la transparencia del procedimiento. Y se proscriben aquellas modificaciones que puedan alterar las condiciones esenciales del contrato.

En el caso que acaeciese una circunstancia imprevisible –entendida de forma objetiva y restrictiva y si además concurren requisitos adicionales–, podían añadirse prestaciones al contrato original a través de la utilización del procedimiento negociado sin publicidad⁵¹.

Pero no siempre las circunstancias imprevisibles que afectan a la ejecución del contrato pueden demandar su ampliación, sino que es posible que requieran la adaptación de otros elementos del contenido obligacional pactado. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a supuestos en los que la prestación, tal y como fue originariamente configurada, resultase materialmente imposible. Por ejemplo, en el caso *Wall*, la substitución del subcontratista no parece obedecer más que a la mera conveniencia del contratista. El mismo tipo de razones parece ser que son el origen de la alteración de la especie de pago que motiva la sentencia *Succhi di Frutta*.

En todo caso, el Tribunal de Justicia parece negar trascendencia a la naturaleza de la causa que motiva la modificación del contrato. En el litigio al que pone fin la sentencia *Succhi di Frutta*, la Comisión justificó su decisión en la indisponibilidad de manzanas. Y aunque en la sentencia en instancia niega que en el momento de adopción de la decisión se diera la circunstancia imprevisible alegada⁵², el TJUE

⁵¹ Vid. art. 31.2 b) y 31.4 a) Directiva 2014/18/UE.

⁵² Vid. STPI de 14 de octubre de 1999, T-1991/96 (apartados 80 y 81): «Además, los datos proporcionados por la Comisión en el procedimiento (...) no prueban que, en el momento de la adopción de la Decisión controvertida, existiera una indisponibilidad de manzanas en los almacenes de

considera irrelevante este hecho, llevando hasta sus últimos extremos la doctrina sobre la imposibilidad de modificar los elementos esenciales un contrato público⁵³. Puede dudarse si este razonamiento hubiera admitido más matices, de ser cierta la indisponibilidad de las célebres manzanas⁵⁴. Porque en todo caso, cuando la alteración del contrato obedece a un hecho externo –como la adopción del euro por parte de Austria como consecuencia de su ingreso en la Unión Europea- el canon para determinar si la alteración ha sido sustancial a *priori* puede resultar menos estricto (Vid. sentencia *Pressetext*).

II. ¿ERA PREDECIBLE LA MATIZACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LO IMPREVISIBLE?

Como acabamos de destacar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia adolecía de la intrínseca limitación de no haber tenido oportunidad de afrontar de forma directa supuestos en los que la alteración de las condiciones esenciales de la licitación era consecuencia inmediata de un hecho imprevisible. Al margen de todo ello, la propia Comisión Europea advirtió que la rígida aplicación de los criterios jurisprudenciales sobre la modificación de los contratos podría presentar disfunciones cuando se trata contratos complejos y de larga duración. Así, del Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de concesiones⁵⁵, parece desprenderse que cuando concurriese una circunstancia imprevisible o una

intervención que pudiera impedir la ejecución de las operaciones a que se refería el anuncio de licitación. Aun suponiendo que en la Comunidad existiera tal indisponibilidad de manzanas que pudieran ser retiradas, correspondía a la Comisión fijar en el anuncio de licitación las condiciones precisas de una sustitución de las frutas previstas para el pago de los suministros de que se trata por otras, para respetar los principios de transparencia y de igualdad de trato. De no ser así, la Comisión estaba obligada a iniciar otro procedimiento de licitación».

⁵³ Vid. apartados 130 y 131. Es más, en la sentencia se añade que «si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación 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».

⁵⁴ En este sentido, resultan sumamente expresivas las conclusiones del Abogado General Albert (apartado 55). la decisión de permitir la sustitución de manzanas por melocotones, fue adoptada inmediatamente después de la adjudicación y en un momento en que no existía una escasez apreciable de manzanas. Por consiguiente, la verdadera decisión de ofrecer la posibilidad de sustitución, que constituye la base y el contenido de la Decisión objeto de recurso, no se adoptó primordialmente en razón de circunstancias imprevisibles acaecidas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

⁵⁵ Libro Verde de 30 de abril de 2004, COM (2004) 327 (apartados 4 y 50).

razón imperiosa de interés general podía flexibilizarse el requisito de que la modificación no afectase a las condiciones esenciales de la licitación. De hecho, en dicho Libro Verde se somete a consulta la posibilidad aclarar a escala comunitaria determinados aspectos correspondientes al marco contractual de las operaciones de CPP. Y entre las partes interesadas se alcanza un grado de consenso amplio en relación con la necesidad de ajustar a lo largo del tiempo las fórmulas de contratación público privada contractual⁵⁶.

Antes de la formulación de las propuestas de nuevas Directivas, en el Libro verde sobre «La modernización de la política de contratación pública de la UE» de 2011⁵⁷ la Comisión reconoce que los cambios posteriores a la licitación que tienen una repercusión en el propio contrato o en su ejecución constituían «una cuestión particularmente compleja». Por ello, la Comisión sometió a consulta la necesidad de una aclaración jurídica al nivel de la UE para establecer las condiciones en las que la modificación de un contrato exige un nuevo procedimiento de adjudicación. El documento de síntesis de las respuestas al Libro Verde⁵⁸ refleja que una mayoría de repuestas procedentes de todos los grupos interesados apoyaban al introducción de

⁵⁶ Vid. pp. 20 y 21 del Documento de Trabajo de la Comisión «Report on the public consultation on the Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions», de 3 de mayo de 2005, SEC (2005) 629.

Posteriormente, en el cuestionario incluido en la iniciativa europea sobre concesiones [Disponible en <http://www.minhap.gob.es/gl->

[ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/nomenclaturas.aspx](http://www.minhap.gob.es/gl-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Paginas/nomenclaturas.aspx)] se consulta a las partes interesadas si consideran que el marco legal actual relativo a las modificaciones de concesiones, como opina el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus sentencias *Succhi di Frutta*, *Pressetext*, *Acoset* y *Wall AG8*, queda suficientemente claro y permite tener en cuenta la naturaleza evolutiva de las concesiones.

⁵⁷ Libro verde sobre «La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente», Bruselas, 27-1-2011, COM (2011) 15 final. En relación con dicho documento, resultan de interés las «Contribuciones al Libro Verde presentadas por los miembros investigadores de proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación “Nuevos escenarios de la contratación pública (DER JURI 2009-12116)”», publicadas *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011, pp. 459 y ss. En esa misma obra, vid. igualmente RUIZ CASTAÑEDA DE LA LLAVE A./BERNAL BLAY M.A., «La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes».

⁵⁸ *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market Synthesis of replies*. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf.

previsiones que definiesen y clarificasen las condiciones y consecuencias legales de una modificación esencial de un contrato durante su ejecución⁵⁹.

De esta forma, tanto en la memoria explicativa la propuesta de Directiva sobre contratación pública⁶⁰ como en la propuesta de Directiva sobre concesiones⁶¹, se admite que:

«La modificación de los contratos durante su periodo de vigencia se ha convertido en un aspecto cada vez más importante y problemático para las partes interesadas. En una disposición específica sobre modificación de las concesiones se recogen las soluciones básicas desarrolladas por la jurisprudencia y se ofrece una solución pragmática para hacer frente a las circunstancias imprevistas que hagan necesaria la modificación de una concesión durante el periodo de vigencia».

En definitiva, las propuestas⁶² buscan introducir cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a esas circunstancias externas imprevisibles sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación. Y así, parten del principio general de que toda modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público/concesión durante su periodo de vigencia será considerada una nueva adjudicación y conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación. Se plasmaba además una definición tautológica del concepto de «modificación sustancial»⁶³, recogiendo, con algunos matices, la doctrina fijada en la sentencia *Presstext*.

Además de regular en qué circunstancias sería admisible un cambio de licitador, se establecían dos supuestos en los que se entendía que la modificación no tenía carácter sustancial: en primer lugar, cuando no superara ciertos umbrales *de minimis* y, en segundo lugar, cuando la modificación estuviera prevista en la documentación de la contratación de forma clara, precisa e inequívoca. Ni en uno ni en otro caso se podía alterar la naturaleza global del contrato.

⁵⁹ Además, el Libro Verde se abordaba de forma específica las cuestiones relativas a los cambios que afecten al contratista, tales como la sustitución del contratista por otra entidad legal, pero también cambios en su estatus o propiedad. Sin embargo, solo una minoría de las partes interesadas consideraron que existía un valor añadido en la incorporación de reglas sobre los cambios que afecta al licitador seleccionado durante la ejecución del contrato.

⁶⁰ Propuesta de Directiva relativa a la contratación pública COM (2011) 896 final, de 20 de diciembre de 2011.

⁶¹ Propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión de 20 de diciembre de 2011 [COM(2011) 897 final], de 20 de diciembre de 2011.

⁶² Vid. artículo 42 de la Propuesta de Directiva sobre concesiones y art. 72 de la Propuesta de Directiva sobre contratación pública.

⁶³ Así, se el art. 72.2 de la Propuesta de Directiva establecía que «una modificación de un contrato durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1 cuando tenga como resultado un contrato sustancialmente diferente del celebrado en un principio».

Por último, de manera literal se establecía que una modificación sustancial no conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación cuando concurren todas las condiciones siguientes: (a) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador o una entidad adjudicadora diligente no podía prever; (b) que la modificación no altere el carácter global del contrato; (c) que cualquier aumento del precio no sea superior al 50 % del valor del contrato inicial. Pero las relaciones entre regla general –prohibición de modificar los elementos esenciales de la contratación- y excepciones eran claras.

Las propuestas de la Comisión⁶⁴ fueron analizadas en paralelo por el Consejo y por el Parlamento europeo. El Consejo publicó distintas versiones de un texto de compromiso⁶⁵. Por su parte, el Comité sobre Mercado Interior y Protección de Consumidores del Parlamento europeo publicó sendos Informes que plantaban cientos de modificaciones al texto de la propuesta original⁶⁶ y que no incorporaban los cambios y modificaciones acordados por los Estados miembros en el seno del Consejo⁶⁷. Los textos finalmente aprobados son el resultado de intensas negociaciones efectuadas entre las tres instituciones. En el ámbito de las modificaciones contractuales, la regulación que se establece tanto en el art. 72 de la Directiva sobre contratación pública como en el art. 43 de la Directiva sobre concesiones difiere de forma significativa del texto de la propuesta, aunque entre ambas Directivas sigue existiendo un importante grado de paralelismo⁶⁸.

⁶⁴ En relación con las propuestas de Directivas, vid. MORENO MOLINA J.A., «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en Gimeno Feliu (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013 y GIMENO FELIU J.M., «Las nuevas Directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA*, núm. 159, 2013.

⁶⁵ La primera versión en relación con la Directiva sobre contratación pública es de 24 de julio de 2012. La última versión de 30 de noviembre de 2012. En relación con la Directiva sobre concesiones, la orientación general es de 20 de diciembre de 2012.

⁶⁶ Informe de 11 de enero de 2013, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)] e Informe de 1 de enero de 2013 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión [COM(2011)0897 – C7-0004/2012 – 2011/0437(COD)].

⁶⁷ Sobre el proceso de elaboración del nuevo paquete de Directivas sobre contratación pública, vid. SÁNCHEZ GRAELLS, «¿Es imposible el diálogo en la reforma de la normativa comunitaria de contratación pública? El Consejo y el Parlamento Europeo siguen caminos paralelos», en *www.obcp.es*, 6/2/2013.

⁶⁸ Como explicaremos inmediatamente después, una de las cuestiones que ha resultado especialmente controvertida en la tramitación del nuevo paquete de Directivas era la conveniencia de establecer un régimen más flexible en el ámbito de los contratos de concesión.

Sin embargo, como se analizará con detalle en las páginas siguientes, la regla general, bajo mi punto de vista, sigue siendo que la modificación de los contratos públicos, en cuanto puede comprometer el efecto útil de los objetivos de la normativa sobre contratación pública, ha de admitirse sólo con carácter excepcional. Ciertamente es que se han ampliado notablemente alguno de los límites cuantitativos establecidos y que en algunos aspectos la redacción de la norma es ciertamente confusa. Pero las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos – y las normas sobre modificación de los contratos sin duda lo son- deben ser objeto de una interpretación estricta⁶⁹.

III. LA DISCIPLINA DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA. LAS MODIFICACIONES OBJETIVAS

1. Consideraciones generales

Una modificación sustancial de un contrato durante su vigencia requiere una nueva adjudicación. Así se desprendía de la jurisprudencia del TJUE y este principio general ha sido puntualmente codificado en las nuevas Directivas. El mandato es inequívoco:

«será prescriptivo iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva para introducir en las disposiciones de un contrato público o un acuerdo marco, durante su período de vigencia, modificaciones distintas de las previstas en los apartados 1 y 2»⁷⁰.

En todo caso, no puede obviarse que su criticable ordenación sistemática puede propiciar lecturas distorsionadas de los arts. 72 de la Directiva sobre contratación pública y del art. 43 de la Directiva sobre concesiones. Pero las eventuales dificultades interpretativas derivan exclusivamente del hecho que la regla general se llevó al último apartado de estos extensos artículos. Sin embargo, la tortuosa redacción de la norma no ha de empañar la labor de exégesis. Al margen del contundente tenor de los preceptos reseñados, la llamada a la jurisprudencia del TJUE que efectúan los

⁶⁹ Entre otras, SSTJUE 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03, de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94.

⁷⁰ Artículo 72.5 Directiva 2014/24/UE. Vid. Igualmente art. 43.5 Directiva 2014/23/UE.

considerandos de ambas Directivas demuestra a todas luces que esta doctrina perdido ni un ápice de vigencia. Así, el considerando 107 de la Directiva sobre contratación pública, que encabeza el grupo de considerandos dedicados a las modificaciones contractuales, literalmente afirma que «es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, *teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*» (cursiva nuestra). En este sentido, se recuerda que «es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes [...]. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar las condiciones esenciales de dicho contrato»⁷¹.

Para encontrar el origen del tortuoso tenor del art. 72 de la Directiva sobre contratación pública es preciso acudir, paradójicamente, a los trabajos preparatorios de la Directiva sobre concesiones. Como ya hemos señalado, en las propuestas originales de la Comisión, el régimen jurídico de las modificaciones contractuales era prácticamente idéntico, independientemente de que se tratase de un contrato público de obras, suministros o servicios, o de una concesión.

No obstante, el Parlamento europeo trató de establecer un régimen jurídico radicalmente diferente, según se tratase de uno u otro caso, de forma que si bien se mantenía con carácter restrictivo la posibilidad de modificar el contrato en la Propuesta sobre contratación pública, se pretendió reconocer con un carácter mucho más flexible el *ius variandi* en el ámbito de las modificaciones concesionales. Así, en el Informe del Parlamento sobre la Directiva de concesiones se alteraba la redacción del primer apartado del entonces art. 42, de forma que el precepto comenzaba estableciendo como principio general que «una concesión vigente podrá ser modificada mediante una adición al contrato salvo si las modificaciones son sustanciales»⁷². Además, en uno de los considerandos se añadía «toda concesión

⁷¹ Idéntica dicción en el considerando 75 de la Directiva sobre concesiones.

⁷² Vid. enmienda 224 del proyecto de Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 1 de febrero de 2013. La justificación de la enmienda era totalmente elocuente en este sentido. Literalmente se afirmaba: «*Introducción de un nuevo apartado para aclarar el artículo especificando que*

vigente puede ser modificada mediante un acuerdo adicional, de conformidad con la presente Directiva»⁷³.

Pero esta propuesta no halló el beneplácito ni del Consejo, ni de la Comisión europea. Los considerandos de la Directiva de concesiones –al igual que el relativo a la Directiva sobre contratación pública- no recogen la declaración de principios propuesta por el Parlamento, manteniendo en cambio el renvío a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como parámetro interpretativo en su formulación clásica. En todo caso, como ya hemos destacado, el art. 43 de la Directiva de concesiones finalmente aprobado no mantiene la estructura regla general/excepciones propuesta por el Parlamento, sino que comienza enumerando el elenco de supuestos en los que –de forma tasada- será posible la modificación de la concesión. La estructura del precepto es idéntica a la del art. 72 de la Directiva sobre contratación pública, en cuya tramitación nunca se cuestionó que la posibilidad de modificar el contrato tiene carácter excepcional.

La determinación del concreto alcance del juego excepción/regla general no constituye en absoluto una cuestión retórica. Porque si la posibilidad de modificar el contrato es, como defendemos, la excepción y no la regla, habrá de ser interpretada de forma estricta, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE en materia de excepciones a las Directivas sobre contratación pública⁷⁴.

De esta forma, toda modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público/concesión durante su periodo de vigencia será considerada una nueva adjudicación a efectos de lo dispuesto en la presente Directiva y conllevará un nuevo procedimiento de adjudicación regido por la misma, salvo en los supuestos tasados y de interpretación restrictiva que las propias Directivas establecen. Así, sólo será posible modificar un contrato sin necesidad de iniciar un procedimiento de contratación cuando:

a) Las modificaciones estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas.

se puede modificar una concesión vigente (principio general) excepto si las modificaciones son sustanciales (exclusiones)».

⁷³ Vid. enmienda 51.

⁷⁴ Vid. supra.

- b) se trate de prestaciones adicionales técnica o económicamente inseparables del contrato inicial que resulten «necesarias».
- c) concurren circunstancias imprevisibles, objetivamente definidas.
- d) no se alcancen determinados umbrales de *minimis*.
- e) la modificación no tenga carácter sustancial.

Puede sorprender que de lectura literal de las normas se desprenda que en determinadas circunstancias, podrán introducirse modificaciones sustanciales al contrato. Pero ha de repararse en que la posibilidad de modificar las condiciones esenciales del contrato no es en ningún caso ilimitada. Porque las modificaciones bien no deben alterar la naturaleza global del contrato [supuesto a)], bien no deben sobrepasar determinados límites cuantitativos [supuesto b)] o bien deben respetar ambas limitaciones simultáneamente [supuestos c) y d)]. De esta forma, el principal reto que planteará la aplicación práctica de las nuevas Directivas sobre contratación pública es definir el concepto de «naturaleza global del contrato»⁷⁵. En este caso, independientemente de la causa que pudiera motivar la alteración del contenido obligacional, la prohibición de modificar el contrato es absoluta⁷⁶.

De esta forma, en determinadas circunstancias se permite que sin mediar procedimiento de adjudicación se introduzcan modificaciones esenciales del contrato, siempre que no alteran su «naturaleza global»⁷⁷. En consecuencia, es posible sistematizar los distintos tipos de modificaciones y sus efectos atendiendo a la siguiente clasificación:

- a) «modificaciones que no tienen carácter sustanciales», modificaciones a las que las Directivas no imponen límites expresos;

⁷⁵ En la versión en castellano de la Directiva de concesiones el límite es el «*carácter global de la concesión*». Sin embargo, de esta diferencia de dicción, a nuestro juicio, no deben derivarse consecuencias jurídicas ya que el tenor de la versión inglesa de ambas Directivas es idéntico: «*overall nature of the contract*» y «*overall nature of the concession*».

⁷⁶ Las Directivas no formulan expresamente este límite en el caso de prestaciones adicionales técnica o económicamente inseparables de la prestación. Sin embargo, como razonaremos más adelante, esta barrera infranqueable común está implícita en la propia naturaleza de la modificación y en el límite cuantitativo previsto.

⁷⁷ Cfr. con BAÑO LEON J.M. («Del *ius variandi* a la libre competencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos», *Anuario de Derecho Local*, 2012, p. 144), para quien la alteración de la naturaleza global es un concepto equivalente al de modificación sustancial del contrato.

b) modificaciones que afectan a condiciones sustanciales de la licitación – sin afectar la naturaleza global del contrato-, que son admisibles siempre que: a') estén previstas en la documentación contractual; b)' obedezcan a circunstancias imprevisibles; c') sean necesarias e inseparables técnica o económicamente del contrato inicial; o d') no alcancen determinada cuantía;

c) modificaciones que alteran la naturaleza global del contrato, cuya incorporación al contrato requiere en todo caso el inicio de un nuevo procedimiento de licitación.

Las dudas interpretativas surgirán porque los parámetros para deslindar qué condiciones esenciales alteran la naturaleza global del contrato no son ni mucho menos evidentes. Porque la definición tanto de «condiciones esenciales del contrato» como de «naturaleza global» tienen como referente un elemento común: su eventual «influencia en el resultado del procedimiento»⁷⁸. En todo caso, se altera la naturaleza global de la contratación, «por ejemplo, si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación» o «el tipo de la concesión»⁷⁹. Ello sucedería, como ejemplifica la propia Comisión⁸⁰ si el poder adjudicador decide adquirir en propiedad la flota de vehículos en lugar de realizar la operación de arrendamiento financiero (*leasing*) inicialmente licitada o si se renuncia a la naturaleza orgánica de los alimentos que fueron objeto de un contrato de suministro.

En mi opinión, es preciso tener en cuenta que el criterio de la naturaleza global no hace referencia exactamente a la naturaleza del contrato concluido, sino a las características esenciales del procedimiento de contratación que se ha realizado previamente⁸¹. En otros términos, se alterará la naturaleza global de la contratación si se introducen variaciones en aquellos elementos que de modo más decisivo han condicionado el desarrollo del procedimiento de contratación, desde la perspectiva

⁷⁸ En relación con el concepto de «modificación no sustancial», vid. art. 72.5 a) Directiva 2014/24/UE y considerando 107 de la Directiva 2014/24/UE y art. 41.5. a) y considerando 75 de la Directiva 2014/23/UE. En relación con el caracterización de la «naturaleza global del contrato», vid. considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE.

⁷⁹ Considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE y considerando 76 de la Directiva 2014/23/UE.

⁸⁰ Vid. documento del Consejo de 11266/12, de 14 de junio de 2012, que incluye en un anexo un documento elaborado por la Comisión.

⁸¹ La primera acepción de «naturaleza» del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es «esencia y propiedad característica de cada ser».

tanto del número de las ofertas recibidas como de su contenido. Y ello sucederá, ya sea mediante la alteración del objeto del contrato, ya sea cuando se rebasen determinados límites cuantitativos y, ya sea, aunque expresamente no se refleje en las Directivas, si se altera equilibrio del contrato a favor del contratista, pues este equilibrio, como ya resaltamos, es un parámetro decisivo del desenvolvimiento del procedimiento de licitación.

En todo caso, sólo es posible introducir modificaciones de los elementos esenciales del contrato cuando concurra alguna de las causas cualificadas que de forma tasada contempla el precepto. De esta forma, el legislador europeo, ante determinadas circunstancias sacrifica el principio de concurrencia en aras a la consecución de otros intereses públicos. Por ello, la interpretación de los supuestos en los que se permite este tipo de modificaciones ha de ser necesariamente restrictiva⁸². Y las modificaciones introducidas han de guiarse por el principio de proporcionalidad⁸³.

En este sentido, se ha advertido⁸⁴ que la valoración de si una modificación es esencial o no debe necesariamente depender del objeto del contrato, de su contenido, del alcance de la modificación propuesta y de si esta se requiere por circunstancias externas. Sin embargo, en mi opinión, las nuevas Directivas permiten un situar la

⁸² Esta afirmación en cierto modo es matizable en el caso de modificaciones previstas en la contratación. Dado que si se respetan los requisitos fijados por las Directivas todos los licitadores han tenido un conocimiento cabal de los elementos de la contratación, en estos casos los principios de igualdad de trato y transparencia parecen *a priori* suficientemente realizados.

⁸³ Según reiterada jurisprudencia, el principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del Derecho europeo y exige que las medidas de que se trate no rebasen los límites de lo que resulta apropiado para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando exista la posibilidad de optar por varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa. Sobre las implicaciones de este principio en el ámbito de la contratación pública, vid. MORENO MOLINA J.A., *Los principios generales...*, *op. Cit.*, p. 66. Este principio se ha reconocido en el art. 107.2 TRLCSP.

⁸⁴ POULSEN S.T., «The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law», PPLR, 21, 2012, p. 187. Sin embargo, llevar a extremos este razonamiento especulativo puede conducir a resultados indeseados. Señalan HARTEN K./LILJENBOL M.W. («Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender», PPLR, 22, 2013, p. 58) que en algunas situaciones, como por ejemplo, en los casos los que la oferta del adjudicatario fuese sustancialmente mejor a la de los otros licitadores, o en los que sólo se hubiera recibido una oferta, el poder adjudicador tendría un poderoso argumento para demostrar que la modificación no hubiera producido como resultado que otro licitador resultara adjudicatario, al menos que la entidad de la modificación fuera tal que se pudiera asumir que hubiera existido una mayor participación en la licitación si el cambio hubiera formado parte de la documentación contractual. Sin embargo, en nuestra opinión, este tipo de aproximaciones pueden implicar una vulneración del principio de transparencia, que tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Porque de seguirse esta línea argumental, se consolidaría una situación de indudable ventaja en los supuestos de licitador único o en aquellos casos en los que la oferta fuera considerablemente mejor a la de otros licitadores.

discusión en marco conceptual diverso. Para concluir si un modificado es esencial o no habrá de prescindirse de las causas que lo motivan⁸⁵. Una vez que un modificado se califique como esencial, aún existirá margen para considerarlo adecuado a Derecho de la Unión Europea si obedece a causas tasadas y cualificadas y no vulnera el límite infranqueable de la naturaleza global del contrato. Por ejemplo, la disminución del canon pactado supondrá en principio la alteración de una condición esencial. Sin embargo, si con ello se pretende preservar la continuidad del contrato ante el acaecimiento de una circunstancia imprevisible, y no se altera la naturaleza global del contrato, la modificación puede resultar admisible⁸⁶.

En definitiva, parafraseando a George ORWELL, aunque todas las modificaciones que afecten a las condiciones importantes de la licitación, son esenciales, unas son más esenciales que otras.

2. Supuestos de modificación del contrato

2.1 Modificaciones convencionales

Tal y como establece el primer apartado del art. 71.1 de la Directiva sobre contratación pública⁸⁷, no será preciso iniciar un nuevo procedimiento de licitación cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario⁸⁸, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Añade el precepto que dichas cláusulas de revisión determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en

⁸⁵ Aunque éstas no sean intrascendentes para determinar la adecuación a Derecho del modificado que no altera las condiciones de la licitación, como señalaremos más adelante.

⁸⁶ Sirva como ejemplo el supuesto que resuelve la STS de 30 de junio de 2014 (Sala de lo Civil, rec. núm. 2250/2012), que otorga la rebaja del canon solicitada por la demandante en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. En el supuesto, se trataba de un contrato de explotación de publicidad incluida en los y se prueba que la inversión en publicidad en el sector del transporte sufre un descenso en el año 2009 de un 67,62%.

⁸⁷ Prácticamente con el mismo tenor, art. 43.1 a) de la Directiva de concesiones.

⁸⁸ La inexistencia de un límite cuantitativo a esta modificación no estaba expresamente prevista en la propuesta original de la Directiva, aunque era fácilmente deducible de su tenor literal.

que pueden utilizarse. No se establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco⁸⁹.

Son dos, en mi opinión, las características más relevantes de ese precepto.

En primer lugar, este tipo de modificaciones se desligan del carácter sustancial o no de la modificación. Sin reconocer una discrecionalidad ilimitada a la hora de incorporar el contrato cláusulas de revisión u opciones, se otorga a la Administración un margen de apreciación en principio más amplio que el ámbito de las modificaciones no previstas. A mi parecer, esta opción no resulta criticable ya que no se trata de modificaciones del contrato, sino de modificaciones derivadas del contrato y, si, como reclama la norma las condiciones en que puede operar la alteración del contenido obligacional del contrato se han fijado con la suficiente claridad, precisión y transparencia, el riesgo de distorsión de la competencia no es significativo⁹⁰.

En segundo lugar, en mi opinión, la norma refuerza el carácter fuertemente restrictivo de la inclusión de «cláusulas de revisión» en sentido técnico.

En efecto, en el Derecho de la contratación pública, es posible distinguir entre «opciones» y «cláusulas de revisión». Una «opción» constituye el derecho de un poder adjudicador de adquirir productos, servicios en los plazos y condiciones predeterminados, mientras que una «cláusula de revisión» se define como una

⁸⁹ Explican el considerando 111 de la Directiva sobre contratación pública y el considerando 76 de la Directiva sobre concesiones que en cada contrato o concesión, «los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de prever modificaciones por medio de cláusulas de revisión o de opción, aunque tales cláusulas no deben proporcionarles una discrecionalidad ilimitada. Así pues, la Directiva debe establecer en qué medida puede preverse modificaciones en el contrato inicial».

⁹⁰ En la aplicación del art. 107 TRLCSP se ha planteado la duda de si existe algún límite en la previsión de modificaciones «convencionales». El Informe de la JCCA 43/2008, de 28 de julio, mantuvo que si están previstas en los documentos contractuales, estas cláusulas pueden afectar a condiciones esenciales de la contratación. Comparte esta interpretación, RAZQUIN LIZARRAGA J.A., «El nuevo régimen de la modificación de los contratos del sector público», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8. En contra, GIMENO FELIU J. M. («El régimen de modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio», *REDA*, núm. 149, 2011, págs. 49 y 53) e Informe JCCA Aragón 3/2009, de 15 de abril.

En todo caso, resulta criticable la ausencia de previsión de límites cuantitativos. Vid. COLÁS TENA J., «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible», *REDA*, núm. 153, 2012. GIMENO FELIU, J. M., «El régimen de modificación ..», op. cit., p. 52. Y es que, como señaló BERNAL BLAY M.A. («Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos», en Gimeno Feliu, *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011. p. 183), en el caso de la norma española hubiera sido deseable el señalamiento de un límite máximo de modificación, tal y como prevé la Ley foral 6/2006, de contratos públicos de Navarra. Sobre esta última disposición, vid. RAZQUIN LIZARRAGA M., «La ejecución de los contratos. Retribución y revisión. La extinción e invalidez de los contratos», en libro colectivo *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, INAP, Pamplona, 2006, pp. 427-428.

cláusula que prevé que las partes contractuales puedan modificar el contrato en ciertos supuestos predefinidos. Mientras el primer tipo de cláusulas difícilmente pueden distorsionar la competencia, es evidente que el segundo tipo, en cuanto permiten una «renegociación» de ciertos términos contractuales, pueden resultar contraria a los principios de igualdad y transparencia. Por ello se ha defendido que las cláusulas de revisión deben ser específicas, previsibles y objetivamente justificadas, y su aplicación no debe requerir nuevas negociaciones entre las partes (o al menos, únicamente relativas a aspectos técnicos)⁹¹. En mi opinión, esta interpretación se refuerza en la versión finalmente aprobada de las Directivas ya que, como ejemplos de cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, se trae a colación las cláusulas de revisión de precios u opciones. El elenco no constituye evidentemente un *numerus clausus*, pero es fuertemente indicativo del tipo de cláusulas que son admisibles⁹². Y lo que resulta indubitado es que la mera previsión de incorporar modificaciones contractuales no puede suponer una habilitación a realizar las mismas⁹³.

Dentro de estos límites, el contenido de las cláusulas es suficientemente amplio, de forma que pueden hacer referencia no sólo a indexaciones de precios, sino también a cláusulas que garanticen los equipos de telecomunicaciones que sean entregarse

⁹¹ HARTEN K./LILJENBOL M.W., «Changes to Existing Contracts...», p. 60.

⁹² Vid. Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que en el ámbito de un contrato de privatización del servicio público del agua anula el pliego por la deficiente regulación de la posibilidad de modificados. Del mismo modo, la RTACRC de 5 de marzo de 2013, rec. 100/2013, anula determinada cláusula de un pliego de condiciones ya que la justificación de una posible modificación de las rutas contempladas en el contrato, se refiere a circunstancias imprecisas -criterios de eficiencia y mejora de la calidad asistencial- cuya concurrencia no puede verificarse de forma objetiva.

Vid. igualmente la STJUE de 14 de octubre de 2004, Comisión/Francia, C-340/02, de la que se desprende que la mera previsión de que el contrato podrá ser ampliado a una prestación adicional no permite adjudicar directamente el contrato al adjudicatario del contrato original. En el supuesto, el objeto del contrato era el estudio de viabilidad de una cadena de tratamiento de agua, lo que constituía la primera fase de un proyecto que culminaba con el diseño y ejecución de la obra y que se articulaba en tres etapas. En el anuncio de licitación se establecía que el ganador del concurso podría ser invitado a colaborar en la asistencia al titular de la obra durante la segunda fase. Posteriormente, se adjudicó al ganador del concurso contrato de asistencia en la elaboración de un proyecto técnico detallado y en la elaboración de la evaluación de impacto ambiental a la entidad titular de la obra, objeto de la segunda fase. El TJUE concluye mera posibilidad de adjudicar el contrato correspondiente a la segunda fase conforme a los criterios establecidos para otro contrato, el relativo a la primera fase, no equivale a su adjudicación conforme a uno de los procedimientos previstos en la Directiva.

durante un periodo de tiempo determinado sigan siendo idóneos, incluso en caso de modificación de protocolos de comunicación u otros cambios tecnológicos⁹⁴.

En todo caso, la predeterminación del contenido de la cláusula de revisión no es el único límite que establece las Directivas sobre contratación pública. La cláusula no puede prever una alteración de la naturaleza global del contrato. De esta forma, no pueden incorporarse prestaciones no previstas, ni prever la introducción de cambios tales en la prestación inicialmente pactada que lleven a desnaturalizar el procedimiento de licitación. Por ello, aunque el artículo considera en principio admisibles estas modificaciones «con independencia de su valor», en mi opinión se sobrepasaría el límite relativo a la naturaleza global de la contratación si se prevén cambios que alteren cuantitativamente de forma considerable el contrato⁹⁵.

Por último, el valor de las eventuales modificaciones previstas en la documentación contractual tendrá una influencia decisiva en la concreta configuración de la licitación. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que a la hora de calcular el valor estimado del contrato habrá de incluirse «cualquier tipo de opción» (art. 5.1 Directiva sobre contratación pública)⁹⁶.

2.2 Prestaciones adicionales

El art. 31.4.1 b) de la Directiva 2004/18/CE regula la posibilidad de contratar a través del procedimiento negociado sin publicidad nuevas obras o servicios siempre que, entre otros requisitos, la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada desde el inicio de la convocatoria de licitación y no hubieran transcurrido más de tres años desde la celebración del contrato. Además, esta posibilidad se debe indicar en la documentación contractual y las obras y los servicios deben ajustarse a un

⁹⁴ Vid. considerando 111 de la Directiva sobre contratación pública. Añade el citado considerando que también podría resultar posible disponer las adaptaciones del contrato que sean necesarias a causa de dificultades técnicas que hayan surgido durante el funcionamiento o mantenimiento. Finalmente, se recuerda que los contratos pueden incluir, tanto intervenciones de mantenimiento habitual como de mantenimiento extraordinario, que puedan resultar necesarias para asegurar la continuidad de un servicio público. En todo caso, estas cláusulas deben estar redactadas «con suficiente claridad».

⁹⁵ Piénsese en un contrato de suministros de 10 unidades de un producto, en el que se incluye una opción que permite al poder adjudicador solicitar 50 unidades adicionales. En este sentido, ARROWSMITH S., *The Law of Public and Utilities...*, op. cit., p. 291. Por su parte, TREUMER S., («Regulation of contract...», p. 165) advierte que dada la inexistencia de límites cuantitativos, se otorga un margen de discrecionalidad considerable a la hora de introducir este tipo de cláusulas.

⁹⁶ En nuestro Derecho, vid. art. 88 TRLCSP.

proyecto base. Por su parte, el art. 31.2 b) de la Directiva 31.2 b) permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para realizar entregas complementarias, en los casos de incompatibilidad técnica y siempre que la duración de los contratos no supere los tres años. Ambos supuestos de utilización procedimiento negociado sin publicidad se han mantenido en el art. 32 la Directiva 2014/24/UE⁹⁷. No obstante, además, en el art. 72.2 se prevé que a través de la modificación del contrato –y por tanto, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de licitación- puedan incorporarse prestaciones adicionales, posibilidad que se somete a estrictos límites.

Este supuesto de modificación contractual está concebido para facilitar las entregas adicionales que constituyan, bien una sustitución parcial, bien una ampliación de los servicios o de los suministros o de las instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligue al poder adjudicador a adquirir material, obras o servicios con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas⁹⁸.

Según el art. 72.1.b) de la Directiva sobre contratación pública⁹⁹, los contratos podrán modificarse para incluir obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista:

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y

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

En todo caso, para poder modificar el contrato en virtud de este precepto es preciso que la prestación adicional «resulte necesaria», es decir, que surja una necesidad nueva. Y aunque se ha defendido que el concepto de imprevisibilidad es

⁹⁷ Como novedad respecto a la Directiva 2004/18/CE, la Directiva 2014/24/UE añade que en el proyecto de base se mencionarán el número de posibles obras y servicios adicionales y las condiciones en que serán adjudicados. Además, la nueva Directiva utiliza ahora el término «adicional» más fiel a la versión inglesa, en lugar del tradicional término «complementario», cuya interpretación en nuestro Derecho, como ya hemos resaltado, ha resultado problemática.

⁹⁸ Vid. Considerando 108 de la Directiva sobre contratación pública.

⁹⁹ Vid. art. 43.1 b) de la Directiva sobre concesiones.

distinto al de necesidad nueva¹⁰⁰, en mi opinión las fronteras entre el concepto de «necesidad nueva» y el «imprevisibilidad» no son en todo caso nítidas. De hecho, bajo la vigencia del TRLCAP del año 2000 muchos autores llegaron a considerar que las «necesidades nuevas» y las «causas imprevistas» que aquella norma diferenciaba tendían a aproximarse cuando no a ser lo mismo¹⁰¹. Porque no puede considerarse «nueva» una necesidad que, sin ser actual, desde el inicio de la licitación es previsible que surja durante el plazo de ejecución del contrato¹⁰². Porque si un poder adjudicador diligente puede prever que surgirá determinada necesidad, debe utilizar los mecanismos que ofrece el Ordenamiento bien de adaptación del contrato [art. 72.1 a)] o bien de flexibilización del procedimiento de adjudicación [art. 32.3 b) y 32.5]. De imperar una interpretación más posibilista del precepto, se desactivaría probablemente el efecto útil del resto de límites del art. 72 de la Directiva sobre contratación pública.

El uso de un criterio relativo únicamente a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación¹⁰³. Por ello, la posibilidad de modificar el contrato para incorporar prestaciones adicionales, en los supuestos en los que la incorporación de estas nuevas prestaciones resulte necesaria, se somete a dos limitaciones.

En primer lugar, el cambio de contratista no ha de ser factible por razones económicas o técnicas [subapartado i)]. Ahora bien, el subapartado ii) del apartado b) del art. 71.2 de la Directiva, añade que el cambio de contratista no debe «generar

¹⁰⁰ Entre otros, VAZQUEZ MATILLA J., «Régimen jurídico de las obras complementarias en la Ley de contratos del sector público», *Contratación administrativa práctica*, núm. 94, 2010.

¹⁰¹ MARTÍN REBOLLO L., «La modificación de los contratos (régimen, regulación de una práctica generalizada que supone un riesgo al principio licitatorio y a la idea de transparencia)», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 12, 2009, p. 57. En este sentido, SAINZ MORENO F., «Prerogativas de la Administración en la contratación administrativa», B. Pendás (Coord.), *Derecho de los contratos públicos* Ed. Praxis, Madrid, 1996, p. 445. Vid. igualmente MEILÁN GIL J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Lustel, 2008, p. 243.

En todo caso, cabe resaltar que la propuesta de Directiva no regulaba este supuesto que podrá subsumirse, en la mayor parte de los casos, en el que analizaremos a continuación.

¹⁰² En definitiva, este nuevo precepto no debe servir para dar cobertura a ciertos supuestos en los que se ha negado que exista una causa imprevisible que legitime la modificación del contrato. Vid. por ejemplo, IJCCA Aragón de 10/2012, de 11 de abril, relativo a la celebración por parte de una comarca de un contrato para la prestación del Servicio de Recogida de Residuos Sólidos Urbanos, que se pretendía extender a nuevos municipios en la medida en que éstos fueran finalizando sus contratos en vigor.

¹⁰³ STGUE de 31 de enero de 2013, España/Comisión, T-540/10, apartado 61.

inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador». Puede sorprender la redacción del precepto, pues aun cuando ambas circunstancias tienen carácter cumulativo, la segunda puede parecer redundante. Pero en mi opinión, la principal virtud de la referencia a los inconvenientes significativos o a un aumento sustancial de costes es aclarar que el incremento de costes ha de ser «sustancial», por lo que si el coste de la adaptación de los nuevos equipos de otro proveedor no es significativo, no podrá modificarse el contrato¹⁰⁴. En todo caso, la incompatibilidad técnica o económica ha de predicarse con carácter objetivo, ya que en ningún caso puede razonarse en la incapacidad del poder adjudicador de conocer el mercado¹⁰⁵.

Por lo demás, el concepto de «razones técnicas o económicas» ha de ser objeto de interpretación estricta, siguiendo el enfoque restrictivo que ha empleado por el TJUE a la hora de enjuiciar la posibilidad de emplear el procedimiento negociado en supuestos similares¹⁰⁶.

En segundo lugar, desde un punto de vista cuantitativo, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones, si bien añade la Directiva, estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva, lo que puede presumirse, añadimos nosotros, si son muy cercanas en el tiempo. Además, en si el contrato incluye una cláusula de indexación, el valor de referencia será el precio actualizado¹⁰⁷.

¹⁰⁴ En este sentido, señala ARROWSMITH S. (*The Law of Public and Utilities...*, *op. cit.*, p. 623) que en una interpretación estricta, sería necesario convocar un procedimiento de licitación en el caso de que existiesen equipos de otro proveedor que pudieran ser adaptados para hacerlos compatibles, pudiendo incluirse el coste de adaptación como criterio de adjudicación. Sin embargo, en una interpretación más flexible, que es la que finalmente ha acogido la Directiva, no sería necesaria la convocatoria de una nueva licitación cuando la adaptación suponga incurrir en costes desproporcionados.

¹⁰⁵ Así, la utilización de este supuesto legal exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella incompatibilidad. *Mutatis mutandi*, RTARC de 12 de julio de 2012.

¹⁰⁶ Por ejemplo, no podrían añadirse nuevas prestaciones aludiendo a la necesidad de preservar la homogeneidad en la flota de helicópteros de un determinado Estado (STJUE de 8 de abril de 2008, Comisión/Italia, C-337/05), ni en el objetivo de garantizar la continuidad de unas obras relativas al proyectos complejos (STJUE de 14-9-2004, Comisión/Italia. As. C-385/02), ni, finalmente, en el de evitar las eventuales interferencias técnicas entre distintas obras en curso, cuando se pretende la ampliación del trazado inicial de una carretera (STJUE de 18-5-1995, Comisión/Italia, C-57/94).

¹⁰⁷ Vid. art. 73.2 de la Directiva sobre contratación pública. En el caso de las concesiones, es preciso tener en cuenta además que si la concesión no incluye una cláusula de indexación, el valor actualizado

En todo caso, resulta reseñable que en relación con este supuesto de modificación contractual no se haya introducido el límite infranqueable de la alteración de la naturaleza global del contrato. Pero en mi opinión, esta frontera está implícita en la propia definición del supuesto. Desde una perspectiva cualitativa, se trata de prestaciones adicionales, lo que implica que han de conservar la misma naturaleza que la prestación inicial, a la que se suman o añaden. Desde una perspectiva cuantitativa, si tras sucesivas modificaciones se duplica o triplica el valor del contrato inicial, será difícil mantener que siguen tratándose de contratos adicionales.

A estos límites se añade un requisito formal, el de la publicación de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea. Esta publicación ya es obligatoria en la disciplina de la Directiva 2004/18/CE en los supuestos similares en los que se permite acudir a un procedimiento negociado sin anuncio de licitación.

2.3 Circunstancias imprevisibles

Según la doctrina del Tribunal de Justicia, la aparición de una circunstancia imprevisible no permitía modificar las condiciones esenciales de la licitación. El poder adjudicador podía, eventualmente, adjudicar el contrato al adjudicatario inicial a través de un procedimiento negociado sin publicidad. Sin embargo, la posibilidad de modificar elementos sustanciales del contrato cuando un elemento externo lo afectaba había sido sugerida por la doctrina¹⁰⁸.

En cierto modo, la utilización del procedimiento negociado sin publicidad para hacer frente a circunstancias externas podría resultar un mecanismo excesivamente tortuoso la adaptación del contrato, siendo en realidad idénticos los efectos prácticos en comparación con los propios de la modificación del contrato¹⁰⁹. De esta forma,

se calculará teniendo en cuenta la inflación media en el Estado miembro del poder adjudicador o de la entidad adjudicadora (art. 43.3).

¹⁰⁸ ARROWSMITH S. (*The Law of Public and Utilities...*, *op. cit.*, p. 288) destacaba que, a la hora de determinar si un cambio es sustancial, las razones del cambio son relevantes. Así, añade la autora que muchos Estados permiten potestades de modificación en casos excepcionales e imprevistos, que no están incluidos en el reparto de riesgos inicialmente pactado.

Del mismo modo HARTEN K./LILJENBOL M.W. («Changes to Existing ...», p. 57) deducían de la sentencia *Presstetext* (relativa en uno de sus extremos, como ya sabemos, a la conversión del precio en euros) que los cambios debidos a circunstancias ajenas al control de las partes podían sugerir que el cambio no era sustancial. En un sentido similar, POULSEN S.T., «The possibilities ...», *op. Cit.*, *PPLR*, 21, 2012, p. 173.

¹⁰⁹ Así lo hizo ver HORGUÉ BAENA C., *La modificación del contrato...*, *op. Cit.*, pp. 205 a 211.

como resaltamos, la propuesta de Directiva pretendía otorgar una solución pragmática a estas situaciones, introduciendo cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a nuevas circunstancias exteriores que no se podían prever aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial¹¹⁰. Porque hay que tener en cuenta que la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sólo estaba prevista cuando se tratara de prestaciones adicionales y debía en todo caso de tratarse bien de obras bien de servicios estrictamente necesarios, bien de los únicos suministros técnicamente compatibles.

En todo caso, no me parece criticable la opción del legislador comunitario de afrontar la regulación de las modificaciones contractuales ante el cambio de circunstancias que rodearon la licitación. La tendencia a la modulación los efectos del contrato cuando acaece un elemento imprevisible no es una característica exclusiva de la contratación administrativa. En el ámbito del Derecho privado se ha reconocido que la obligatoriedad del contrato no debe extenderse más allá de lo expresamente pactado y al riesgo que debió ser asumido por las partes¹¹¹. Y aunque la respuesta que dan los distintos ordenamientos ante este tipo de supuestos es divergente¹¹², entre las

¹¹⁰ Vid. Considerando 109 de la Directiva sobre contratación pública y considerando 76 de la Directiva sobre concesiones.

¹¹¹ Vid. CASTIÑEIRA JÉREZ, «*Pacta sunt servanda*, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 29, págs. 71-106. Bien es verdad que el autor considera que la jurisprudencia civil debería adoptar un enfoque menos estricto y más cercano al mantenido en el ámbito de la contratación administrativa. Sobre el riesgo y ventura en los contratos públicos sigue siendo ineludible la cita a GARCÍA DE ENTERRÍA E., «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 2, 1950.

En todo caso, el artículo 1593 CC establece que «el arquitecto o contratista que se encargue por un ajuste alzado de la construcción de un edificio en vista de un plano convenido con el propietario del suelo no puede pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales [...]». Pues bien, en la aplicación de este precepto, aunque en nuestro Derecho no tenemos, como en otros ordenamientos una norma general de alteración sobrevenida de las prestaciones por causas extraordinarias no previstas o previsibles, puede ser de aplicación la cláusula de la excesiva onerosidad sobrevenida o la alteración de la base objetiva del contrato, más que la cláusula *rebus sic stantibus*, cuyos presupuestos son más extraordinarios y, por tanto, más restrictivos. Vid. ALBIEZ DOHRMANN K.J., «Comentario al art. 1593», en Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 11269.

En relación con las diferencias entre Derecho público y Derecho privado en la ejecución de los contratos vid. MEDINA ALCOZ L., «Fundamentos político-constitucionales del Derecho público de los contratos», en M. Yquierdo (dir.), *Contratos*, tomo XIV, Contratos Públicos, Aranzadi, 2014, pp. 77 y ss.

¹¹² Desde una perspectiva de Derecho privado comparado, dentro de las diferentes iniciativas de unificación internacional en materia de contratos es especialmente interesante el proyecto desarrollado por la Comisión sobre Derecho Contractual Europeo. Pues bien, dentro de los Principios de Derecho europeo de los contratos elaborados en el seno de esta Comisión, el artículo 6:111, regula el «Cambio de circunstancias» con el siguiente tener: (1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una

dos alternativas disponibles –modificación del contrato o resolución–, el Derecho europeo de la contratación pública opta por imponer límites a los Derechos nacionales cuando se prevea la utilización de la primera¹¹³.

El supuesto habilitante para modificar el contrato es el acaecimiento de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever. Para determinar el carácter previsible o no de la circunstancia es preciso tener en cuenta los medios a disposición del poder adjudicador, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible¹¹⁴. Se impone, en todo caso, una aproximación fuertemente restrictiva del concepto de imprevisibilidad. En ese sentido, es una pauta orientativa la jurisprudencia del TJUE elaborada en torno a la aplicación del art. 31.1 c) de la Directiva 2004/18 CE y preceptos concordantes¹¹⁵. En todo caso, este enfoque estricto es ya predominante nuestra jurisprudencia¹¹⁶.

disminución del valor de la contraprestación que se recibe. (2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias. (3) Si en un plazo razonable las partes no alcanzan un acuerdo al respecto, el juez o tribunal podrá: (a) Poner fin al contrato en los términos y fecha que considere adecuado. (b) O adaptarlo, de manera que las pérdidas y ganancias resultantes de ese cambio de circunstancias se distribuyan entre las partes de forma equitativa y justa.

¹¹³ En todo caso, SANTAMARÍA PASTOR J.A. («La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», *REDA*, número 159, 2013, p. 35) llama la atención sobre la paradójica introducción de este tipo de normas en la contratación pública ante la falta de unificación de las reglas de fondo que, en el Derecho privado, regulan los contratos paralelos.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Vid. art. 7, apartado 3, letra c) de la Directiva 93/37/CEE; art. 6, apartado 3, letra d) de la Directiva 93/36/CEE y art. 11, apartado 3, letra d) de la Directiva 92/50/CEE. Sobre esta jurisprudencia, vid. supra epígrafe I, apartado 3.

¹¹⁶ Para un estudio de la doctrina administrativa y jurisprudencia más reciente, vid. FERNÁNDEZ GARCÍA J.F., «Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos», *REDA*, 163, 2014. Vid. igualmente PUNZÓN MORALED A J./ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ F., «El equilibrio económico de los contratos públicos», *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012 y AMENÓS ÁLAMO J./NIETO MORENO J.E., «La languideciente vida del principio de equilibrio económico del contrato frente a riesgos imprevisibles de la contratación pública», *REDA*, núm. 156, 2012. Vid. igualmente ORTEGA ALVAREZ L., «El régimen común de equilibrio de económico de concesión de obras públicas predicable de los diferentes supuestos de riesgo y ventura existentes en las diferentes fases de dicha concesión», en Puerta Seguido (dir.), *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, 2009.

Aun cuando concurra este presupuesto habilitante, la posibilidad de modificar el contrato cuando acontezca un hecho imprevisible debe respetar dos límites: la preservación de la naturaleza global del contrato y no sobrepasar determinados umbrales cuantitativos.

En primer lugar, la modificación no puede alterar la naturaleza global del contrato. A la interpretación de este escurridizo concepto nos hemos referido ya anteriormente. Pero en todo caso, baste recordar, sin ánimo de exhaustividad, que no podrá cambiarse el objeto del contrato o concesión¹¹⁷, ni incorporar prestaciones diferentes a las inicialmente pactadas¹¹⁸.

En segundo lugar, el incremento del precio resultante no podrá ser superior al 50% del importe inicial. Ahora bien, «en el caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva». Esta generosa regulación de los límites cuantitativos es, en mi opinión, uno de los aspectos más criticables de la regulación de este supuesto de modificación contractual en las nuevas Directivas y supone un elemento muy destacado de innovación respecto del Derecho todavía vigente¹¹⁹. Sin embargo, no creo que daba subestimarse la importancia cualitativa de las modificaciones a la hora de determinar si es admisible el modificado, en virtud de la interpretación del límite infranqueable al respeto de «naturaleza global de la contratación». Difícilmente podrá considerarse que, en el caso de que de los importes acumulados de los modificados lleguen a superar el precio del contrato inicial, se está ante el contrato originario. También podrá dudarse de si el resultado hubiera sido el mismo si el resto de licitadores hubieran tenido oportunidad de conocer la entidad de las alteraciones que sufriría el contrato.

¹¹⁷ STSJ de Andalucía de 30 de julio de 2003.

¹¹⁸ Sirva como expresivo ejemplo el supuesto resuelto por la STSJ de Canarias de 1 de marzo de 1999. En supuesto allí enjuiciado, no sólo se modifica del plazo de duración del contrato de concesión de servicio de abastecimiento de agua, sino que, además, el concesionario se compromete a realizar importantes inversiones a las que no venía obligado según el pliego de condiciones técnicas y económico-administrativas. Vid. igualmente, IJCCA Aragón de 8/2013, de 10 de abril.

¹¹⁹ En la Directiva 2004/18/CE el importe acumulado de los contratos adjudicados para obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50% del contrato inicial. Esta misma regulación es la que se contenía en la propuesta de Directiva sobre contratación pública.

Como en el supuesto analizado en el epígrafe anterior, a estos límites se añade en un requisito formal, el de la publicación de un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea.

De todo lo expuesto hasta aquí se desprende que el precepto que estamos glosando no regula tanto el *ius variandi*, como los límites que se imponen al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando su origen es un hecho imprevisible. Por ello, rectamente entendido, no resulta criticable que se haya desligado este supuesto del carácter esencial o no de la modificación contractual. Porque habrá determinados circunstancias en los que una modificación tenga carácter sustancial, pero que, por encuadrarse dentro de determinados límites, pueda admitirse como medida del reequilibrio económico siempre que se haya verificado un riesgo imprevisible. Sirva como ejemplo la necesidad de incrementar el precio del contrato un desmesurado aumento de los precios de las materias primas¹²⁰, aumento que será admisible si no se altera la naturaleza global del contrato ni se sobrepasan determinados límites cuantitativos¹²¹.

Las dudas surgen, sin embargo, sobre el encaje del *factum principis* en esquema conceptual que estamos describiendo¹²². Porque los cambios en el marco regulatorio o

¹²⁰ Se trata de un supuesto que se ha abordado de manera recurrente en nuestra jurisprudencia, cuya doctrina tuve oportunidad de sistematizar en el trabajo «Contrato administrativo de obras y doctrina del riesgo imprevisible», publicado en los números 98 y 99 de *Contratación Administrativa Práctica*. Bajo esta misma perspectiva debe analizarse la ampliación del plazo concesional como medida de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, reconocida dentro de un severo límite temporal del 10% en el art. 282. TRLCSP. Hemos tenido oportunidad de profundizar sobre esta cuestión en el trabajo «La ampliación del plazo concesional como fórmula del restablecimiento económico del contrato», *Contratación administrativa práctica*, núm. 118, 2012.

¹²¹ Desde la perspectiva del Derecho interno la nueva disciplina comunitaria pone de manifiesto que probablemente, como ya había destacado parte de nuestra doctrina, la regulación del vigente art. 107.1 del TRLCSP supuso un «exceso de frenada», al tratar de regular objetivamente la previsión de lo imprevisible —cuestión nada fácil, pues por definición lo que es imprevisible no se puede prever. Vid. COLÁS TENA ., «La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible», *REDA*, núm. 153, 2012, pp. 87; BERNAL BLAY M.A., «Reflexiones...», *op. Cit.*, p. 186. VAZQUEZ MATILLA F. J., «Nuevo régimen jurídicos para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de economía sostenible», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, p. 330. Mantienen un criterio opuesto, GARCÉS SANGUSTÍN M. («El nuevo régimen...», *op. cit.*, p. 117) y PUERTA SEGUIDO F. («El régimen de la modificación...», *op. Cit.*, p. 499). Vid. igualmente MELLADO RUIZ L., «El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el Proyecto de Ley de Economía Sostenible», *Contratación Administrativa Práctica*, 99, 2010.

¹²² La sentencia de 2 de diciembre de 1985 (RJ 1985\6511) el *factum principis* «contempla el supuesto de que la adopción de medidas administrativas al margen del mismo contrato suponga una repercusión indirecta en el ámbito de sus relaciones contractuales que haga en exceso oneroso la prestación del contratista». Entre los requisitos para la aplicación de esta figura, las SSTs de 10 de junio de 1987 (RJ 1987\4865) y de 12 de julio de 1995 (RJ 8756/1992) exigen que se den las notas de: “imprevisibilidad,

derivados del control de aquellos riesgos que se sitúan en la órbita de la Administración tienen difícil cabida dentro de la regulación europea del riesgo imprevisible¹²³, ya que siempre se podrá argumentar que el poder adjudicador no fue lo suficientemente diligente a la hora de preverlos. En todo caso, el confuso último inciso del considerando 75 de la Directiva de concesiones que alude a ciertos supuestos de modificaciones normativas como elementos del riesgo imprevisible, permitiría, en mi opinión, una conclusión diferente, al menos en determinadas circunstancias. Solución que es trasladable a los supuestos de aplicación de la Directiva sobre contratación pública, ya que no parece admisible introducir por vía interpretativa matizaciones a dos regímenes jurídicos que se han construido de forma refleja¹²⁴.

Por lo demás, la admisibilidad del *factum principis* puede fundamentarse en el hecho de que el artículo que glosamos no exige que la circunstancia imprevisible sea «externa». Y en la escasa jurisprudencia europea, ya que la STGUE de 31 de enero de 2013, España c. Comisión, T-235/11, considera que el cambio del planeamiento urbanístico no es un hecho imprevisible principalmente porque la Administración estatal, que fue la adjudicadora de la obra, no tomó ninguna iniciativa para tratar de

relación de causalidad entre la medida adoptada y el perjuicio causado y [que éste sea] evaluable». Sobre la gestación de la doctrina del *factum principis* y del principio de riesgo imprevisible es imprescindible la cita a ARIÑO G., *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

¹²³ Para SÁNCHEZ GRAELLS A., [«What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of Their Economic Balance?», *European Public Private Partnerships Law Review*, en prensa, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2101712> (fecha de consulta: 2 de noviembre de 2014), p. 11] se puede argumentar fácilmente que los cambios en el marco regulatorio pueden ser previstos en todo caso por una Administración diligente, lo que impide aplicar la posibilidad de modificar el contrato para restablecer el equilibrio económico de la concesión. Como explica el autor, los poderes adjudicadores retendrán, en muchos casos, poderes importantes para tomar decisiones importantes que afecten a la demanda. Por ejemplo, se pueden adoptar medidas para promover el uso de los servicios o alterar la importancia de la infraestructura. En estos casos, parecería apropiado ofrecer a los concesionarios garantías de que sus inversiones no se verían materialmente perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores, ya que parece apropiado que los concesionarios asuman todos los riesgos que pueden controlar y parcial o totalmente los riesgos no controlables, pero parece excesivo y desincentivador de las inversiones hacerles asumir los riesgos regulatorios.

¹²⁴ Literalmente se afirma «deben ser posibles las modificaciones de la concesión por encima de esos umbrales sin que sea necesario efectuar un nuevo procedimiento de adjudicación en la medida en que esas modificaciones se ajusten a algunos requisitos. Tal sería el caso, por ejemplo, de modificaciones que se hubieran hecho necesarias debido a la necesidad de atender peticiones de los poderes adjudicadores o entidades adjudicadoras en relación con el requisito de seguridad y teniendo presentes las especificidades de las actividades de que se trate, como por ejemplo la explotación de instalaciones turísticas y deportes de montaña, en caso de que la legislación haya evolucionado con el fin de hacer frente a los riesgos correspondientes, en la medida en que esas modificaciones se atengan a los requisitos establecidos en la presente Directiva».

coordinarse con la Administración competente en la aprobación del planeamiento. En otros términos, el hecho de que la «nueva circunstancia» tuviera su origen en una decisión administrativa no la descartaba, por sí misma, como hecho imprevisible.

De imperar una interpretación excesivamente rígida, se plantearan supuestos en los que, en caso de no ser posible restablecer el equilibrio económico del contrato, procederá su resolución. Y puede anticiparse que, dado que los elementos obstativos del cumplimiento se sitúan al margen de la esfera de control del contratista¹²⁵, surgirá el consecuente nacimiento del derecho del contratista a percibir una indemnización¹²⁶. En definitiva, como ha señalado GIMENO FELIU, deberían concretarse a nivel legal los casos de *factum principis*, que deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma importante el adecuado reparto de riesgos¹²⁷.

Al margen de todo ello, es preciso realizar una reflexión adicional. La regulación del riesgo imprevisible en el ámbito de los contratos de obras, suministros y servicios, es paralela a la disciplina introducida en la Directiva sobre concesiones, lo que *a priori* puede resultar sorprendente, habida cuenta que sería este uno de los ámbitos propios de una regulación específica de las concesiones¹²⁸. Pero en mi opinión no puede afirmarse que la Directiva sobre concesiones desconozca el principio del mantenimiento económico de la concesión¹²⁹. Más bien lo acota. Que el principio del

¹²⁵ En nuestra jurisprudencia, se han considerado como causa de restablecimiento del equilibrio económico del contrato: la inaplicación de la Ordenanza municipal reguladora del tráfico [STS de 6 de abril de 2005 (rec. 7428/2001)] o la habilitación de nuevos aparcamientos en superficie constituye en relación con una concesión de aparcamiento subterráneo [STSJ de Justicia de Cataluña 14 de diciembre de 2006 (rec. núm. 956/2006)]; el cambio en la política deportiva de un Ayuntamiento [STSJ de la Región de Murcia de 10 de junio de 2013 (rec. 55/2013)]; la ausencia de realización de una obra prevista en el Plan de Infraestructuras y Transportes [STS de 16 Mayo 2011 (rec. 566/2008)].

En la doctrina de los órganos consultivos, el Informe Consultiva Contratación Administrativa del Estado de 61/2008 de 31 marzo 2009, considera que la realización de unas obras derivadas de nuevas exigencias impuestas por la nueva normativa medioambiental supone un supuesto de *factum principis*. Por su parte, el IJCCA Aragón de 24/2013, de 25 de noviembre, reconduce al *factum principis* la apertura de nuevas infraestructuras no previstas en la memoria económica.

¹²⁶ Vid. así conclusiones del Abogado General Abogado Albert de 24 de octubre de 2002, en asunto *Succhi di Frutta*. Y es que, como se afirma en el apartado 70, con arreglo a las disposiciones de Derecho civil, el derecho a una indemnización por daños y perjuicios nace en caso de imposibilidad o incumplimiento de las obligaciones contractuales en el marco de la posterior ejecución del contrato.

¹²⁷ GIMENO FELIU J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters, 2014, pp. 148 a 152.

¹²⁸ Así, SÁNCHEZ GRAELLS A., «What Need and Logic...», *op. cit.*

¹²⁹ En contra, LAZO VITORIA X. («El futuro del mercado concesional en Europa», *Revista CEFLEGAL.CEF*, núm. 154, noviembre de 2013, pp. 171-172) quien considera criticable el silencio del proyecto de Directiva en relación omisión que debe reputarse como consciente. En un sentido similar, LÓPEZ MORA

mantenimiento del equilibrio económico del contrato está ínsito en todo tipo de contratos es una conclusión a la que había llegado ya nuestra jurisprudencia, aun careciendo de respaldo normativo¹³⁰. Sin perjuicio de las modulaciones que se pueden introducir en los Ordenamientos dependiendo de los distintos tipos contractuales, será probablemente la jurisprudencia la que adapte el principio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato a la complejidad y mayor duración de las concesiones.

2.4 Modificaciones que no alcanzan determinados umbrales mínimos

Los supuestos que acabamos de analizar tienen como elemento común la existencia de causas cualificadas que permiten la modificación del contrato. Al margen de todo ello, las Directivas¹³¹ han introducido un nuevo supuesto de modificación que se basa en la extensión cuantitativa de la modificación proyectada. De esta forma, también podrá modificarse el contrato si necesidad de examinar se cumplen o no las condiciones examinadas si el valor de la modificación es inferior a los dos umbrales siguientes: a) el umbral que se fija respecto a cada contrato, para la aplicación de la Directiva y b) el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de suministros, servicios y concesiones y el 15% del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras¹³². Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor

E. «La futura regulación de la modificación los contratos de concesión durante su vigencia», www.Obcp.es.

Como destaca la primera de las autoras citadas, la omisión debe reputarse consciente a la luz de lo manifestado al respecto por el Consejo de la Unión Europea. Y es que, efectivamente, en la propuesta de Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, orientación general, 26 de noviembre de 2012, punto nº 10, el Consejo señalaba que «el mantenimiento puede lograrse plenamente mediante la aplicación de los apartados 5 y 6 del artículo 42 en relación con posibles modificaciones bien previstas en el contrato o bien cuya necesidad se derive de circunstancias imprevisibles».

En todo caso, a la hora de analizar si se ha incorporado o no el principio del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión no sólo ha de partirse de la exégesis del art. 43 de la Directiva sobre concesiones, sino también es preciso tener en cuenta que según su art. 5.1. «se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, *en condiciones normales de funcionamiento*, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de concesión» (cursiva nuestra).

¹³⁰ De este modo, las SSTs de 16 de septiembre de 1988 y de 17 de diciembre de 1997 han reconocido en el contrato administrativo un fondo institucional, que no es otro que el equilibrio económico del contratista.

¹³¹ Vid. en el apartado segundo del arts. 72 de la Directiva sobre contratación pública y del 43 de la Directiva sobre concesiones.

¹³² Durante la tramitación del procedimiento se ha ido ampliando el ámbito de aplicación de esta excepción. En la propuesta original, el límite eran los umbrales comunitarios y además, un 5 % del precio del contrato inicial. Pero, en el Informe del Parlamento el umbral se elevó a un 10%, que fue la cifra que

se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones. El valor de referencia será el precio actualizado¹³³.

La aplicación de este precepto presupone, obviamente, que la modificación pueda expresarse en términos monetarios. En este punto, lo que han intentado las Directivas es establecer cierta seguridad jurídica en relación con determinadas modificaciones que, por su escasa entidad, en principio no tienen un efecto distorsionador de la competencia¹³⁴.

En todo caso, al límite cuantitativo la Directiva añade un importante elemento cualitativo. La modificación en ningún caso podrá alterar la «naturaleza global del contrato». Como ya hemos señalado, el considerando 109 aclara que se altera la naturaleza de la contratación global, por ejemplo si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación. También en mi opinión si se altera el equilibrio pactado en favor de adjudicatario, porque hubiera podido tener una indudable repercusión en el resultado de la licitación. Esta limitación se introduce a la vista de que incluso cuando se trata de modificaciones de baja cuantía, ello no evita que puedan convertir el contrato inicial en un contrato sustancialmente diferente.

En conclusión, se presumen que las modificaciones de escasa cuantía no afectan al resultado final del procedimiento, aunque es ésta una presunción *iuris tantum*. Una interpretación únicamente cuantitativa sería arbitraria, porque no tendría en cuenta las condiciones concretas de la adjudicación y, por consiguiente, sería incompatible con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia¹³⁵.

En todo caso, puede sorprender que las Directivas prescindan de forma absoluta del elemento causal que origina el modificado en estos casos. Pudiera pensarse que

se utilizó en la sentencia STJUE de 5 de octubre de 2000. Además, los límites cuantitativos se empleaban de forma alternativa, con lo que ampliaban las posibilidades de modificar los contratos. En este punto, la fijación de estos umbrales fue una de las principales diferencias entre informe del Parlamento de 9 de enero de 2013 y la orientación general del Consejo de 10 de diciembre de 2012 (vid. documento 5309/13, de 14 de enero de 2013). La redacción final del precepto procede de la orientación general del Consejo.

¹³³ Vid. art. 72.3 de la Directiva sobre contratación pública y 43.3 de la Directiva sobre concesiones.

¹³⁴ Vid. considerando 107 de la Directiva sobre contratación pública y art. 75 de la Directiva sobre concesiones.

¹³⁵ Es aplicable así, *mutatis mutandi*, el razonamiento de Comisión en el Dictamen motivado de 27 de noviembre de 2008 contra España en relación con la adecuación al Derecho de la Unión Europea de la versión original del art. 221.1 LCSP.

éste es irrelevante en el Derecho europeo. Pero al margen que esta conclusión no sería admisible desde los presupuestos constitucionales de nuestro Derecho interno (art. 103.1 CE), es difícilmente asumible que la modificación contractual no precise de una justificación objetiva desde los postulados del propio Derecho europeo. Por un lado, porque de ser así, se permitirían actuaciones arbitrarias dirigidas a favorecer al adjudicatario que, por gozar de tal condición, si goza del beneplácito de la Administración, podría ampliar entre un 10 o un 15%, según los casos, el valor de su contrato. De hecho, cierto es que la sentencia *Pressetext* admitió una modificación del precio de escasa entidad, pero lo es también que en aquel caso la variación estaba justificada por razones objetivas.

Finalmente, en virtud del principio de buena administración¹³⁶, que obliga tanto a dispensar un trato imparcial e equitativo, como a motivar las decisiones y a actuar con diligencia o eficacia¹³⁷, puede fácilmente llegarse a idéntica conclusión. Cualquier modificación contractual ha de estar debidamente motivada en razones de interés público¹³⁸.

2.5 Modificaciones que carecen de carácter sustancial

Por último, podrá modificarse un contrato público cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales. Y ello sucederá cuando las modificaciones tengan como resultado un contrato que presente características materialmente diferentes a las del contrato inicial¹³⁹. Lo que sucederá, en todo caso¹⁴⁰,

¹³⁶ Sobre el reforzamiento y la protección del derecho a una buena administración en la gestión administrativa contractual, vid. GIMENO FELIU J.M., *Las reformas legales de la ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas, 2011, pp. 140 y ss.

¹³⁷ Vid. Art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales. En este sentido, como defiende MARTÍN DELGADO I. (en «La Carta ante las Administraciones nacionales: hacia la europeización de los derechos fundamentales», Nieto Garrido/Martín Delgado, *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, 2010, pp. 118 y ss) es plausible extender el principio de buena administración a las autoridades nacionales, al menos cuando aplican Derecho comunitario.

¹³⁸ Vid. en idéntico sentido, GIMENO FELIU J.M., «La modificación de los contratos...», p. 117.

¹³⁹ Según el apartado cuarto del artículo 72 de la Directiva sobre contratación pública, una modificación se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato o un acuerdo marco «de naturaleza materialmente diferente». Sin embargo, esta referencia a la naturaleza del contrato puede enturbiar la comprensión del concepto de modificación sustancial. La Directiva concesiones alude a una concesión «materialmente diferente, en cuanto a su carácter». En ninguno de los dos casos nuestra versión lingüística es especialmente afortunada. En la versión inglesa, una modificación es sustancial «*where it renders the contract [...] materially different in character from the one initially conclude*», lo que supone una reproducción prácticamente literal del apartado 34 de la sentencia *Pressetext* («*amendments to the provisions of a public contract during the currency of the contract constitute a new award of a contract*

cuando se cumpla una o varias de las condiciones que el propio precepto prevé y que no hacen sino codificar la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia *Pressetext*.

En primer lugar, una modificación se considerará sustancial, cuando introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. En virtud de todo ello, existirá una modificación esencial, por un lado, cuando la aptitud para contratar requerida para el contrato modificado sea diferente a la exigida en la contratación inicial¹⁴¹. Por otro, cuando se alteren los elementos que han conformado los criterios de adjudicación del contrato de forma que, de forma que a la vista de las condiciones de ejecución del contrato modificado, otro licitador hubiera debido resultar adjudicatario. Finalmente, el tercer grupo de supuestos será muy heterogéneos y de valoración necesariamente casuística¹⁴².

En segundo lugar, la modificación tendrá carácter sustancial si se altera el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. Como ya destacamos *supra*, éste es uno de los parámetros más relevantes para determinar si un cambio es o no esencial. En buena medida, incluso es un criterio también determinante de la alteración de la naturaleza

within the meaning of Directive 92/50 when they are materially different in character from the original contract»). Como puede advertirse, el carácter sustancial de la modificación se define más en función de las características materiales del contrato que de su naturaleza.

¹⁴⁰ En este sentido, ha de advertirse que si bien los criterios ahora recogidos podían considerarse una presunción *iuris tantum* del carácter esencial de la modificación en la sentencia *Pressetext* (literalmente se afirmaba que «la modificación de un contrato en *vigor puede* considerarse sustancial ...», vid. aparatos 35 a 37), en el texto de las Directivas estas condiciones permiten presumir *iuris et de iure* que la modificación tiene carácter sustancial. Y es que, «en cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancia cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes». Esta misma conclusión puede extraerse del análisis de otras versiones lingüísticas. Vid. TREUMER S., «Regulation of contract ...», p. 155.

¹⁴¹ En este sentido, el art. 107.3 c) TRLCSP dispone que se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato 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.

¹⁴² Por ejemplo, si en la documentación contractual no se acude a la posibilidad de eximir al adjudicatario de constituir la garantía definitiva en virtud del segundo párrafo del art. 95.1 TRLCSP, constituiría una modificación esencial del contrato eximir al adjudicatario de dicha exigencia cuando se compruebe que tiene dificultades para obtener la garantía, ya que no puede excluirse que el grupo de licitadores hubiera sido más amplio si hubieran conocido esta condición desde el principio. Ofrecen un ejemplo similar, HARTEN K./LILJENBOL M.W., «Changes.....», *op. Cit.*, p. 54.

global del contrato, aunque los Directivas no lo hayan formulado expresamente, porque la rentabilidad esperada forzosamente ha de ser uno de los principales condicionantes tanto del número de ofertas recibidas, como de su contenido. Sea como fuere, el equilibrio inicial no sólo se alterará si se incrementa el precio sin el correspondiente incremento de las obligaciones, sino también en circunstancias tales como la incorporación de soluciones técnicas menos onerosas para el licitador. En relación con este supuesto, ha de recordarse que este tipo de modificaciones son sustanciales con independencia de su cuantía.

En tercer lugar, una modificación producirá como resultado un contrato de características materialmente diferentes a la del celebrado en un principio si se amplía forma importante su ámbito. Dado que lo que prohíbe el precepto es que se altere de forma «considerable» el ámbito del contrato, es preciso deducir que, en todo caso, se permiten ampliaciones menores. Las nuevas Directivas, sin embargo, permiten establecer un límite objetivo al concepto de «ampliación considerable». En virtud de una lectura sistemática de la norma, en mi opinión hay que entender que la ampliación será considerable cuando se superen los umbrales de *minimis* fijados en el art. 72.2 de la Directiva sobre contratación pública, o del art. 43.2 de la Directiva sobre concesiones.

De esta forma, la Directiva permite las adaptaciones en el contrato que no hayan tenido impacto en el resultado de la licitación. Y el abanico de posibilidades puede ser amplio, aunque su valoración será siempre casuística. Por ejemplo, si no se altera el beneficio económico pactado, podrá así adquirirse una versión del contrato de suministro distinta de la adjudicada¹⁴³.

Como ya argumentamos en el epígrafe anterior, aunque la norma guarde silencio, no puede interpretarse que pueda modificarse el contrato sin que medie una causa de interés público que quede oportunamente reflejada en la correspondiente motivación.

¹⁴³ STJUE de 5 de octubre de 2000, As. C-337/98, en el que se considera que el contrato es sustancialmente el mismo, aunque se hayan incorporado avances tecnológicos, sin que el precio haya aumentado más allá de la aplicación de la fórmula de revisión de precios prevista.

En el mismo sentido, POULSEN S.T. («The possibilities ...», op. Cit., PPLR, 21, 2012, p. 180) considera que un versión mejorada del producto, ofrecida al poder adjudicador sin incremento de precio, no supone una modificación sustancial.

IV. BREVE REFERENCIA A LAS MODIFICACIONES SUBJETIVAS

La cesión del contrato se situado extramuros del ejercicio del *ius variandi*, que se circunscribe a la novación objetiva del contrato¹⁴⁴. De esta forma, no se ha reparado suficientemente que la alteración del sujeto que ha de realizar la prestación supone una modificación esencial del contrato¹⁴⁵. Por ello, como resalta BAÑO LEON¹⁴⁶ el impacto de las nuevas Directivas respecto de la cesión será notable.

Frente a la generosa regulación del art. 209 TRLCSP, los contratos públicos sólo podrán modificarse sin necesidad de iniciar un procedimiento de licitación, en lo que a las modificaciones subjetivas respecta, cuando esta modificación sea consecuencia: a) de una opción o cláusula de revisión inequívoca; b) de la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de un reestructuración empresarial y; c) de la asunción por el poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional¹⁴⁷.

De esta forma, el apartado 1.d) del art. 72 codifica y en cierto modo desarrolla la doctrina contenida en la sentencia *Presextest*. Así, es posible sustituir al contratista en supuesto de sucesión total o parcial del empresario, a raíz de un reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre ello que no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación del presente Directiva.

En mi opinión, las principales dudas interpretativas surgirán a la hora de determinar cuándo la reestructuración empresarial tiene por objeto eludir la aplicación

¹⁴⁴ HORGUÉ BAENA C., *La modificación del contrato...*, *op. Cit.*, pp. 38 a 42. Ello es así en tanto en cuanto la Administración no tiene capacidad para obligar al contratista a ceder su posición, sino sólo eventualmente a autorizar la cesión del contrato.

¹⁴⁵ En todo caso, no toda cesión del contrato vulnera el Derecho de la Unión Europea. Vid. Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre, del TACPA y GIMENO FELIU J.M., «Los Tribunales Administrativos Especiales de Contratación Pública y su principal doctrina (en especial la de Aragón) ¿Hacia un control efectivo de los contratos públicos?», en F. Acevedo y P. Valcárcel, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, 2014, pp. 123 a 126.

¹⁴⁶ BAÑO LEON J.M. («Del *ius variandi* a la libre competencia...»), *op. Cit.* p. 141)

¹⁴⁷ En este sentido, el art. 71.3 de la Directiva sobre contratación pública establece que los Estados miembros podrán disponer que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera directamente al subcontratista las cantidades que se le adeuden por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el operador económico al que se haya adjudicado el contrato. Pese a la introducción en el precepto que estamos glosando de la referencia al art. 71, puede dudarse si realmente el supuesto regulado en este inciso responde a un verdadero cambio en la persona del contratista.

de la presente Directiva o en qué casos la insolvencia puede dar lugar a una sucesión del contratista.

En relación con la primera de las cuestiones, la reestructuración tendrá por objeto eludir la aplicación de la Directiva cuando la operación esté específicamente dirigida a «adjudicar» el contrato público en cuestión a otro operador económico. Así, supuestos en los que la sucesión empresarial puede enmascarar una auténtica cesión no son en absoluto de laboratorio¹⁴⁸.

Por otro lado, una cuestión de gran trascendencia práctica es la relativa a determinar si la mera situación de insolvencia¹⁴⁹ es causa suficiente para la cesión del contrato, tal y como permiten parte de las legislaciones nacionales¹⁵⁰, o por el

¹⁴⁸ Sirva como ejemplo el Informe Consultiva Contratación Administrativa del Estado 30/2001, de 13 de noviembre de 2001, en el que se analiza un supuesto en el que la sociedad de responsabilidad limitada concesionaria de la construcción y explotación de un estacionamiento municipal para automóviles, se dirige al Ayuntamiento para comunicarle su intención de constituir una nueva sociedad, también de responsabilidad limitada, de la que la solicitante sería único socio, y a la que desea aportar como desembolso de la totalidad del capital social, una caseta, que sirve de oficina, y todos los derechos y obligaciones que para la sociedad aportante dimanaban de la concesión, para construcción y subsiguiente explotación del estacionamiento municipal en cuestión. Se duda entonces si la operación ha de considerarse como una sucesión empresarial o una cesión. Con buen criterio, la Junta consultiva entiende que la subrogación de los contratos es consecuencia de una sucesión empresarial en la que se transmite un activo y un pasivo global, mientras que en el supuesto de cesión de contratos no existe la transmisión de empresa sino que se cede un único contrato. Por ello se concluye que en el caso que se está planteando por el Ayuntamiento de Madrid se trata de la transmisión de un contrato y no de una reestructuración empresarial.

¹⁴⁹ Sobre los efectos de la insolvencia en la contratación administrativa vid. CHINCHILLA MARÍN C., «La insolvencia del contratista de las Administraciones Públicas», *RVAP*, núm. 69, 2004; DEL GUAYO CASTIELLA I., *Contratos del sector público y concurso de acreedores*, La Ley, 2011; PUNZÓN MORALEDA J./PUERTA SEGUIDO F.E., «Procesos concursales y administración pública», *REDA*, núm. 161, 2014.

¹⁵⁰ En nuestro Derecho, precisamente el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, con el fin de garantizar en lo posible la continuidad del contrato y buscando causar el menor perjuicio posible al empresario y a la Administración, modificó el art. 226.2 TRLCSP para permitir la posibilidad de que el adjudicatario ceda los derechos y obligaciones del derivados del contrato a un tercero aunque el primero se encuentre en concurso y se haya abierto la fase de liquidación, no operando por lo tanto la causa de resolución del contrato en este supuesto ni tampoco la exigencia común de la cesión de los contratos de que se haya ejecutado al menos un 20 por ciento del importe, o cuando se trate de la gestión de un servicio público que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. En relación con esta norma, vid. DEL GUAYO CASTIELLA I., «La modificación de la ley de contratos del sector público por el Real Decreto-Ley núm. 6/2010, de 6 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 13, 2010; TEROL GÓMEZ R., «Reformas puntuales de la Ley de contratos del sector público en el contexto de las medidas de 2010 contra la crisis económica, el fomento del empleo y otros objetivos» en en Parejo Alfonso y Palomar Olmeda, *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, 2012, pp. 433-440; VÁZQUEZ LEPINETTE T., «Los efectos del concurso sobre los contratos administrativos a la luz del Real Decreto-Ley 6/2010», *Anuario de Derecho Concursal*, 22, 2011; LINARES GIL M.I., «Concurso de acreedores y contratación administrativa tras el Real Decreto-Ley 6/2010», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 14, 2011.

contrario, tal cesión sólo es posible en el marco de una operación de reestructuración empresarial.

En mi opinión, la situación de insolvencia por sí sola, no permite la cesión del contrato¹⁵¹. Para que pueda cederse el contrato es preciso que se produzca en el marco una reestructuración empresarial, bien porque el contrato fue adjudicado a varios operadores económicos, bien porque la sociedad concursada experimente un proceso de reestructuración empresarial. Así se deduciría tanto del tenor literal del precepto, como la alusión, en el considerando 110, a la posibilidad de que el licitador adjudicatario experimente «ciertos cambios estructurales», «en especial cuando el contrato haya sido adjudicado a más de una empresa». Igualmente así se desprende de la confrontación de los distintos trabajos preparatorios de la norma.

En la propuesta original de la Comisión, la posibilidad de transmitir el contrato en situaciones de insolvencia resultaba indubitada y esta posibilidad se hacía aún más nítida en el Informe del Parlamento europeo¹⁵². Sin embargo, como hemos señalado, la redacción que finalmente integra el art. 72.d) ii) hace depender la posibilidad de que un nuevo contratista sustituya al adjudicatario de que se produzca una «reestructuración empresarial»¹⁵³. Y la insolvencia, por sí sola, no constituye reestructuración empresarial alguna.

En todo caso, la posibilidad de ceder el contrato puede resultar beneficiosa tanto al propio interés público como a los intereses privados que se ven afectados en

Sin embargo, en Ordenamientos como el alemán, el francés o el italiano existen precedentes jurisprudenciales que establecen que incluso en situaciones de insolvencia no es posible ceder un contrato público si no es a través de la convocatoria de una nueva licitación. Vid. TREUMER S., «Transfer of Contracts Cover by the EU Public Procurement Rules After Insolvency», *PPLR*, 2014, num. 23, p. 22.

¹⁵¹ En cambio, no sin vacilaciones, admite esta posibilidad, TREUMER S., «Transfer of Contract...», pp. 22 a 27.

¹⁵² En concreto, se proponía la siguiente redacción: la letra -a bis) del apartado 2 no se aplicará en caso de sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de operaciones de reestructuración empresarial, transmisión de patrimonio o de activos entre empresas o de un cambio de titularidad del concesionario [sic] tras su insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente [...].

¹⁵³ En nuestro Derecho, se había ya concluido que la insolvencia de una de las empresas que constituye una UTE no ha de implicar la resolución del contrato, ya que la cesión del contrato al resto de integrantes puede permitir su continuidad. Vid. el IJCCA de Islas Baleares 4/2004, de 30 de septiembre de 2004. Del mismo modo, el Informe 9/2011, de 27 de marzo de 2012, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana parece igualmente decantarse por entender que la declaración de concurso de uno de los integrantes de la UTE no es causa de resolución del contrato, en la medida en que los miembros de la UTE no son propiamente el contratista o adjudicatario del contrato, sino que lo es la UTE.

situaciones de insolvencia. Por ello se ha sugerido¹⁵⁴ la inclusión en la documentación contractual de cláusulas de revisión que regulen las eventuales situaciones de insolvencia, previendo el ofrecimiento del contrato a los licitadores que participaron en el procedimiento de adjudicación, según el orden en el que quedaron clasificadas sus ofertas.

Finalmente, aunque se cumpla el resto de condiciones señaladas, no podrá cederse el contrato cuando ello implique otras modificaciones sustanciales. Lo que sucederá, aplicando la doctrina contenida en la sentencia *Wall AG*, en los casos en los que las especiales características de la empresa cedente fueran determinantes de la adjudicación del contrato a su favor. Tampoco si la empresa cesionaria incumple los criterios de selección cualitativa, aunque ello se permita, en determinadas circunstancias, en el vigente art. 85 TRLCSP¹⁵⁵.

V. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO Y MECANISMOS DE CONTROL

La aplicación las reglas sobre modificación de los contratos puede en demasiadas ocasiones prestarse abusos tal y como la práctica, de forma tozuda, se ha encargado de demostrar. Por ello es inaplazable instaurar los correspondientes mecanismos de control y transparencia¹⁵⁶. Un primer elemento en este sentido es el establecimiento de la obligación de publicar las decisiones de modificación contractual, prevista inicialmente en algunas normas autonómicas¹⁵⁷ y establecida ahora por la Ley de Transparencia. En cualquier caso, el control de estas decisiones se

¹⁵⁴ TREUMER S., «Transfer of Contract...», p. 28.

¹⁵⁵ Y es que en la redacción que la Ley de Economía sostenible de 2011 dio al entonces artículo 73 bis LCSP, ahora artículo 85 TRLCSP, «en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato. antecedente de este precepto (cursiva nuestra)».

¹⁵⁶ Vid. RACCA G.M./ CAVALLO PERIN R., «Material Amendments..», *op. Cit.*, pp. 208 y ss. Entre otros, vid. También HERNÁNDEZ GONZÁLEZ F.L., «La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del Canal de Panamá», *RAP*, 194, p. 507.

¹⁵⁷ Así, artículo 19.2 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears, y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega.

ve favorecido si el modificado no sólo es publicado, sino también notificado a los licitadores¹⁵⁸.

Desde esta perspectiva, puede sorprender la timidez con la que las nuevas Directivas incorporan la obligación de publicar la modificación de los contratos, limitada a los supuestos de inclusión de prestaciones adicionales y circunstancias imprevisibles. Probablemente han pesado ciertas inercias, pues estos dos casos de modificación contractual tienen como precedentes normativos determinados supuestos de utilización del procedimiento negociado sin publicidad. En consecuencia, la publicación de la adjudicación de la prestación «complementaria» derivaba automáticamente del art. 35.2 de la Directiva 2014/18/CE. Pues bien, el legislador europeo no ha querido que la reconducción de estas hipótesis al seno de las modificaciones contractuales suponga un retroceso en las garantías de transparencia y publicidad. Sin que probablemente haya reflexionado sobre la necesidad de extender estas garantías al resto de supuestos de modificación del contrato.

Desde el punto de vista de las garantías, como ya hemos defendido en otro lugar, la decisión de modificar el contrato debe además incluirse como objeto del recurso especial en materia de contratación¹⁵⁹. Y es que Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de reiterar que Directiva 89/665/CEE (en adelante «Directiva Recursos») se aplica a todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras que estén sujetas a las normas del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, sin que se establezca ninguna restricción por lo que se refiere a la naturaleza y al contenido de dichas decisiones (entre otras, STJUE de 19 de junio de 2003 C-315/01, GAT). La reciente STJUE de 8 de mayo de 2014, C-161/13, referente a una modificación contractual –previa, hemos de reconocer no obstante, a la

¹⁵⁸ Vid. art. 12 *bis* de la Ley Aragonesa 3/2011. Resulta de interés el informe 12/2012, de 23 de mayo, de la JCCA Aragón.

¹⁵⁹ GALLEGO CÓRCOLES, «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación que la discutible exclusión de las modificaciones contractuales *ex lege* de su ámbito de aplicación», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 113, 2011. En el mismo sentido, entre otros, BAÑO LEON J.M., «Del *ius variandi* a la libre concurrencia...», *op. Cit.* p. 150; MEILAN GIL J.L., «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», núm. 191, 2013, p. 38; GIMENO FELIU J.M., «Transparencia e integridad e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos», *Observatorio de Contratos Públicos 2013*, Civitas, 2014, pp. 65 y ss.; BERNAL BLAY, «Reflexiones sobre ..», *op. Cit.*

formalización del contrato- no ha hecho sino confirmar esta interpretación¹⁶⁰.

Una vez la decisión se sitúa en la órbita de los mecanismos que los Ordenamientos nacionales han introducido para la trasposición de la Directiva de Recursos, que proceda el recurso especial¹⁶¹ o la cuestión de nulidad en nuestro Derecho exclusivamente depende de que se haya formalizado o no el modificado¹⁶². De esta forma, podrá ser objeto de recurso especial la decisión de adjudicación si el recurrente tiene conocimiento del acto de aprobación del modificado antes de la formalización, lo que puede suceder en los casos en los el poder adjudicador decida publicar un anuncio de transparencia voluntaria previa¹⁶³. En consecuencia, con ocasión de la trasposición de las nuevas Directivas deben eliminarse las restricciones al acceso al recurso especial en materia de contratación que actualmente establece el TRLCSP¹⁶⁴. Porque en definitiva, la efectividad de las normas que limitan las modificaciones contractuales sólo se consigue si se ofrece en libre concurrencia el nuevo contrato que es el resultado de una modificación ilegal. Este es el objetivo que persiguen las normas europeas sobre contratación pública, que resulta incluso más evidente a la vista de los nuevos arts. 73 de la Directiva sobre contratación pública y 44 de la Directiva sobre concesiones. Estos preceptos obligan a los Estados a hacer cesar

¹⁶⁰ Literalmente afirma que: «debe considerarse que la decisión por la que se autoriza la modificación de la composición de la unión adjudicataria entraña una modificación de la decisión de adjudicación que puede considerarse sustancial si, habida cuenta de las particularidades del procedimiento del contrato de que se trata, se refiere a uno de los elementos esenciales que determinaron la adopción de la decisión de adjudicación. En dicho supuesto, habrían de aplicarse las medidas pertinentes previstas por el Derecho nacional para remediar tal situación irregular, que pueden llegar hasta la organización de un nuevo procedimiento de adjudicación».

¹⁶¹ En este punto, es preciso recordar que la estrecha dependencia entre la cuestión de nulidad y el recurso especial en materia de contratación quizá hubiera bastado para unificar ambos mecanismos en un mismo recurso. El legislador español, una vez ha optado por introducir por un recurso precontractual y otro contractual, debió haber dedicado mayores esfuerzos a deslindar sus relaciones. En detalle, GALLEGO CÓRCOLES I., «Contratos públicos y régimen «cualificado» de invalidez: supuestos especiales y cuestión de nulidad» en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, 2011.

¹⁶² No quiere ello decir que la impugnación de un modificado tenga las mismas implicaciones, especialmente en lo que a la suspensión del acto se refiere, que la de la adjudicación. En relación con los efectos de la interposición del recurso especial frente a un modificado, compartimos plenamente los criterios establecidos en el IJCCA Aragón 12/2012, de 23 de mayo.

¹⁶³ En nuestro Derecho, vid. art. 37.2 b) TRLCSP. Sobre los efectos de la publicación de un anuncio de transparencia voluntaria, vid. STJUE de 11 de septiembre de 2014, as .C-19/2013.

¹⁶⁴ Vid. art. 40.2 TRLCSP. No obstante, mantienen una oposición opuesta a la que defendemos en el texto DIEZ SASTRE S. («La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos», *Revista de Estudios Locales*, núm. 161, 2013) y CALVO RUATA P. («La zozobra de la modificación de los contratos. ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?, *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011, 2012*, p. 407).

los efectos («rescindir») de los contratos que hubieran sido objeto de una modificación sustancial que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación.

VI. CONCLUSIONES FINALES

Las nuevas Directivas sobre contratación pública ya no se limitan, como ha sido tradicional, a coordinar los procedimientos de adjudicación de los contratos. Introdúcen reglas aplicables en la fase de ejecución y dentro de éstas, son especialmente relevantes las destinadas a regular las modificaciones que en el sujeto y en el objeto puede experimentar el contrato.

Desde la perspectiva de las novaciones subjetivas podría incluso resultar llamativa la pereza del legislador español a la hora de incorporar hasta sus últimas consecuencias la jurisprudencia sobre los cambios en la persona del contratista, formulada a través de una doctrina que era ya «clara, precisa e inequívoca»¹⁶⁵. Las consecuencias más relevantes del principio de libre concurrencia en relación con cambio del contratista estaban ya definidas. Y la trasposición de las Directivas sobre contratación pública representa el momento de su oportuna asimilación.

Por otro lado, la regulación de las novaciones objetivas merece una reflexión serena y ha de encuadrarse en un marco conceptual amplio. Porque la normativa que hemos glosado no se ha limitado a regular la modificación del contrato, sino que ha trazado pautas en torno al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato. En su clásica formulación, este no sólo incluye las técnicas de compensación del *ius variandi*, sino también el *factum principis*, la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible y la revisión de precios¹⁶⁶. Y aunque la perspectiva funcional que domina el Derecho de la contratación pública de la Unión Europea a veces se resiste a la utilización rígida de las categorías dogmáticas nacionales, el recurso a éstas, aun con las debidas precauciones, puede facilitar su adecuada comprensión.

El Derecho de la contratación pública de la Unión europea no protege al contratista, sino a los licitadores. Por ello, las nuevas Directivas no reconocen el

¹⁶⁵ Como ya hemos destacado en el texto, la regulación de las cesiones contractuales en el TRLCAP obedece a los patrones clásicos del Derecho español. Mayores esfuerzos, sin embargo, se habían realizado en torno a la mejor ubicación sistemática de la regulación de la sucesión del empresario y su relación con la modificación contractual, ahora en el art. 85 TRLCSP.

¹⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA E./FERNÁNDEZ T.R., *Curso de Derecho administrativo I*, 15 ed., Civitas, 2011, pp. 774 y ss.

derecho del adjudicatario a mantener el equilibrio económico del contrato sino que – antes al contrario- se ciñen a fijar los límites que los Ordenamientos nacionales deben respetar allí donde reconozcan este derecho. Será plenamente admisible la revisión del precio del contrato, siempre que este mecanismo se contenga en la documentación contractual en cláusulas claras, precisas e inequívocas¹⁶⁷. Se empequeñece al *ius variandi*, que queda convertido en una técnica de incorporación de adaptaciones menores del contrato cuando concurren causas de interés público. Pero se reconoce abiertamente que la doctrina del riesgo imprevisible, sometida a ciertos límites, no es incompatible con el Derecho de la Unión Europea. La suerte que ha corrido el *factum principis* no resultado ser, desgraciadamente, tan evidente.

En todo caso, el enfoque de las Directivas, insistimos, es parcial, pues tiene como exclusivo objetivo la salvaguardia de la libre competencia y, en consecuencia, se limita a establecer unas “líneas rojas” que no podrán sobrepasarse en la ejecución contractual. De ahí que el legislador nacional pueda optar por acotar la regulación de alguno de los supuestos de modificación permitidos, reduciendo por ejemplo la generosidad con la que, en lo relativo a algunos límites cuantitativos, en ocasiones se han reconocido. De ahí también que son los Derechos nacionales los llamados a regular la vertiente de garantía del contratista, estableciendo, entre otros aspectos, en qué supuestos nace el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato¹⁶⁸ o si, como se ha discutido de forma reciente en nuestro Ordenamiento, existen límites a las modificaciones a la baja que se ha realizado ante la intensidad de la crisis económica¹⁶⁹. Pueden fácilmente ofrecerse ejemplos en los Derechos nacionales pueden ofrecer una respuesta diversa a un problema común. Como es conocido, el incremento imprevisible del precio de las materias primas es un supuesto

¹⁶⁷ En todo caso, no hay que ocultar que esta técnica está siendo sometida a una importante revisión en el Derecho español. Vid. disposición adicional octogésima octava de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos generales del Estado para el año 2014 y el proyecto de ley de desindexación de la economía española. Sobre ello, AGUDO GONZÁLEZ J., «Revisión de precios y régimen de desindexación», en Gimeno Feliú (Dir.), *Observatorio de los contratos Públicos 2013*, Civitas, 2014.

¹⁶⁸ En nuestro Derecho, se exige que la circunstancia imprevisible tenga un impacto relevante y significativo en la economía del contrato. Entre muchas otras, SSTs de 18 de abril de 2008, de 10 de noviembre de 2009 y STS de 16 de junio de 2009.

¹⁶⁹ Hemos tenido ocasión de analizar esta cuestión en GALLEGO CÓRCOLES I. «Modificación "a la baja" del contrato público», *Contratación administrativa práctica*. núm. 121, 2012, págs. 110-116. Cfr. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ J.M., «Planes de ajuste y contratación pública», *El Consultor*, 160, 2012.

de reequilibrio financiero del contrato tradicionalmente admitido en nuestra jurisprudencia. Sin embargo, en otros Ordenamientos puede establecerse que este riesgo se cubra mediante la imposición obligatoria al adjudicatario de suscribir un contrato de seguros, posibilidad que en algún momento se hizo explícita durante la tramitación de la Directiva.

En otro orden de consideraciones, las Directivas sobre contratación pública pretenden hallar un delicado equilibrio entre las causas y los efectos de los modificados, de forma que la presencia de causas cualificadas permite transformar con más intensidad el contrato inicial, modulando aspectos cuya alteración estaría vedada cuando es una razón «ordinaria» de interés público la que el cambio reclama. La dificultad aplicativa radica en que el punto de equilibrio no puede establecerse en abstracto, sino que deberá hallarse en cada caso, tras una cuidadosa labor de ponderación de los elementos concurrentes.

Finalmente, sin transparencia y sin mecanismos efectivos de control, la regulación sobre los límites a la realización de modificaciones sustanciales de los contratos públicos no producirá los efectos deseados. Que el uso de las técnicas de reequilibrio puede prestarse a abusos, es sobradamente conocido. Y el principal remedio para sortear este riesgo cuanto menos hace más de medio siglo que fue encontrado. Recuérdense las certeras palabras del preámbulo de la ley de bases 198/1963, de 28 diciembre. Los contratos «deben ser normalmente de gestación pausada y, por el contrario, de ejecución rápida. Esta aparente lentitud de arranque se compensa con una realización expedita y sin contratiempos, pues todos los obstáculos fueron soslayados mediante serena previsión».