

LOS MODIFICADOS DE LOS CONTRATOS PUBLICOS EN ESPAÑA ¿CRÓNICA DE UNA MUERTE ANUNCIADA?

Teresa Moreo Marroig
Licenciada en Derecho
Jefa del Servicio de Control de la
Intervención General de la Comunidad
Autónoma de las Islas Baleares

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN: El fundamento comunitario de la regulación de la contratación pública en España. ¿Cumplimos con Europa?

LOS MODIFICADOS, UNA VISIÓN GENERAL: ¿Qué se entiende por modificado? Sus causas. Doble vertiente: carácter bifronte. ¿Solo se modifican los contratos en España?

LA REGULACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE MODIFICADOS. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA, UN ELEMENTO BÁSICO: Las Directivas Comunitarias y la fase de ejecución del contrato. ¿Qué opina el Tribunal de Justicia?

ESCENARIO ACTUAL ESPAÑOL EN MATERIA DE MODIFICADOS: Hábitos nacionales en la modificación del contrato. Escenario jurídico actual. La reforma aprobada de la modificación de los contratos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible. Cuadro comparativo.

LOS MODIFICADOS SUJETOS AL CONTROL CRÍTICO DE LEGALIDAD. Los modificados anticipados y sus consecuencias.

DE DONDE VENIMOS. A DÓNDE VAMOS.

RESUMEN

El objeto del presente trabajo lo constituye el estudio de la regulación de las modificaciones de los contratos en España y los problemas que plantea su aplicación, tras la reciente aprobación por el Pleno del Congreso del Proyecto de Ley de Economía Sostenible que modifica el actual bloque jurídico básico en materia de contratos. Este marco jurídico interno que acabamos de inaugurar es tributario del Derecho Comunitario y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dada nuestra pertenencia a esta comunidad desde 1986. Con la inminente entrada en vigor de este nuevo régimen se culmina un proceso de reingeniería jurídica orientada, en teoría, a reducir la práctica del modificado a la mínima expresión.

INTRODUCCIÓN

El fundamento comunitario de la regulación de la contratación pública en España

El análisis correcto de la normativa sobre contratación pública española sólo puede ser realizado desde el contexto del Derecho Comunitario, siendo esta materia uno de los ejemplos del proceso de armonización de los distintos ordenamientos nacionales.

La compra de bienes y servicios por los gobiernos representa el 17% PIB de la Unión Europea a la que pertenece España desde 1986. Europa se compone actualmente de 27 estados intervencionistas, por lo que es fácil deducir la gran importancia que tiene el gasto público en la economía de la Unión y en la propia de cada país. Un incremento de los gastos de los gobiernos tendrá un efecto multiplicador keynesiano en el PIB de la Unión. El contrato público aparece pues como una potestad al servicio de los poderes públicos, como un instrumento de ejecución del presupuesto de gasto y un mecanismo de desarrollo de las políticas sociales, medioambientales y de I+D, a pesar de que el modelo del acelerador basado en la teoría keynesiana del multiplicador no compagine demasiado con las pretorianas políticas de restricción de gasto público dirigidas desde Bruselas. Los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de bienes y servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que la convierte en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos que participan.

La ESTRATEGIA EUROPA 2020 ¹, aporta una visión de la economía social de mercado de Europa para el siglo XXI y se concibe como un instrumento de ayuda a la salida de la crisis e implante para la Unión Europea una economía inteligente, sostenible e integradora que disfrute de altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social. Con este instrumento la Comisión pretende definir el lugar que quiere ocupar en 2020 en el mundo, proponiendo objetivos que no podrán ser alcanzados si no se traducen en objetivos y trayectorias nacionales.

La adjudicación de contratos públicos en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público, debe estar supeditada al acatamiento de los principios del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia.

Es por lo tanto necesario elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, permitan abrir la competencia transfronteriza en la contratación pública y respeten, en la medida de lo posible, los procedimientos y prácticas vigentes en cada uno de los Estados miembros.

En materia de contratos públicos, dichas disposiciones comunitarias se constituyen hoy día por la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo

¹ Bruselas 3.3.2010, COM(2010), COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, ambas del Parlamento europeo y del Consejo.²

La necesaria transposición de la Directiva 2004/18/CE se ha efectuado en el Reino de España, vencido con creces el plazo para la misma que finalizaba el 1 de febrero de 2006, mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP) publicada en el BOE 261 de 31 de octubre de 2007, que entró en vigor el 1 de mayo de 2008.

España acaba de asumir la nueva ley y la Unión Europea ya se está cuestionando la manera en que se puede mejorar la Directiva 2004/18/CE. A tal efecto, la Comisión Europea ha puesto en marcha el 18 de octubre de 2010 a través de un Libro Verde³, una consulta dirigida a ciudadanos y poderes públicos que finalizará el 18 de abril de 2011. Este debate abierto con las partes interesadas está centrado en la modernización de las normas, instrumentos y métodos para que la contratación pública arroje mejores resultados. En época de presupuestos reducidos y de dificultades económicas en muchos Estados miembros de la UE, la política en materia de contratación pública ha de tender a garantizar el uso más eficaz de los fondos públicos con vistas a apoyar el crecimiento y la creación de empleo, lo que requiere instrumentos flexibles, rápidos y fáciles de usar que hagan transparentes y competitivas las adjudicaciones de contratos públicos por las autoridades europeas y sus proveedores.

La Comisión Europea plantea cuestiones tales como:

- ¿Hace falta simplificar los procedimientos vigentes, sobre todo para las pequeñas entidades locales y regionales? ¿Cómo puede hacerse esto sin poner en peligro garantías esenciales en materia de transparencia y no discriminación entre licitadores?
- ¿Cómo se puede reducir la burocracia para los agentes económicos, sobre todo para las PYME? ¿Cómo se pueden facilitar las licitaciones transfronterizas dentro de Europa?
- ¿Necesitamos normas más rigurosas o mejores salvaguardias para prevenir el favoritismo, la corrupción o los conflictos de interés?
- ¿Cómo puede garantizarse una competencia eficaz en los mercados de la contratación pública? Por ejemplo, ¿cómo podría prevenirse la aparición de proveedores en posición dominante, la manipulación de licitaciones o el reparto del mercado entre los licitadores?

¿Cumplimos con Europa?

La materia de contratación pública es, hoy día en España, un tema de máxima actualidad. No solamente por las páginas de la prensa donde, por desgracias, es corriente que aparezca un acto de un fiscal o de un juez condenando la contratación de bienes y servicios al margen del bloque jurídico vigente, sino también por la entrada en

² Publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea 30.4.2004.

³ COMISIÓN EUROPEA. Bruselas, 27.1.2011.COM(2011) 15 final. LIBRO VERDE sobre la modernización de la de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente.

vigor el 1 de mayo de 2008 de la citada LCSP, ley de nueva planta, que tiene por objeto regular la contratación de todo el Sector Público Español, a fin de garantizar que se ajuste a los principios comunitarios y asegurarse, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente mas ventajosa. Las leyes precedentes, carentes de esta vocación de universalidad, regulaban exclusivamente la contratación en el ámbito estrictamente administrativo.

Este cambio normativo que no deja a ninguna entidad del sector público exenta de regulación, responde como objetivo primario a la necesidad de adaptar nuestro Derecho interno a las exigencias de las Directivas Comunitarias, de cumplir con Europa, ya que la Comisión Europea, órgano encargado de velar por el cumplimiento del Derecho Comunitario, había denunciado en varias ocasiones al Reino de España y el Tribunal de Justicia Europeo se había pronunciado en sentencias condenatorias contra nuestro país. Sirva de ejemplo el Asunto C-283/00 de 16 de octubre de 2003, caso SIEPSA.⁴, en el que el Tribunal puso de manifiesto que una empresa pública creada para satisfacer necesidades de interés no mercantil ni industrial como el ejemplo de SIEPSA, ejecutora de la política carcelaria del Estado, debe ajustar su contratación a las Directivas Comunitarias, resultando totalmente irrelevante la forma que adopta tal entidad (sociedad anónima) y prevaleciendo el criterio finalista a estos efectos. Con posterioridad se produjo la trascendente sentencia de 13 de enero de 2005, Asunto C-84/03, que también condenó a España al excluir del ámbito de aplicación del la anterior ley de contratos, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ⁵, a las entidades de Derecho Privado que reúnan los requisitos recogidos en las Directivas para ser consideradas poderes adjudicadores y al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas, cuyo objeto constituya un contrato público a efectos de dichas Directivas.

La complejidad del sector público español, descentralizado como consecuencia del fortalecimiento de la Administración Autonómica y Local y desconcentrado con la creación de un creciente número de entidades públicas, la mayor parte de ellas fuera del estricto ámbito administrativo y del derecho público —hay que pensar que solo las comunidades autónomas tienen creados 1.875 entes dependientes, de los cuales el 45% están sujetos a derecho privado⁶— obliga a que la nueva LCSP establezca diversos niveles de aplicación en función de la naturaleza del poder adjudicador.

⁴ La sentencia del TJCE de 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005 obligó a la inmediata reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a través del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de «reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública» que incorporó en su Título IV una modificación de los artículos 2.2, 3.1.c), 3.1.l), 141.a), 182.a), 210.a) y de la disposición adicional sexta del TRLCAP.

⁵ Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, vigente hasta el 30 de abril de 2008, fecha en que entró en vigor la LCSP.

⁶ Datos obtenidos del artículo de José Amengual Antich Economista y Vice-Interventor General Comunidad Autónoma de las Illes Balears “El control de los entes instrumentales” Premio Auditoría Pública. Publicado Auditoría Pública nº 49 (2009)

La ley se aplica en su rigor máximo a aquellos contratos celebrados por entes del Sector Público que tienen la calificación de Administración Pública. Al resto de contratos, se aplica en un nivel medio o mínimo, en función de si el contrato es o no armonizado, es decir, sujeto o no a las Directivas. Los contratos armonizados representan un 10% de los contratos de todo el Sector Público. Se debe tener en cuenta que el 60% de la contratación española, es llevada a cabo por poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración Pública.

La ubicación de un ente del Sector Público en un nivel u otro, debe hacerse a la luz del dictado del artículo 3 de la Ley 30/2007. La tan compleja como artificiosa construcción subjetiva de este artículo, en palabras del Profesor José Antonio Moreno Molina⁷, le ha acarreado el título de ser el más criticado del ordenamiento español por su penosa redacción.

Francisco Sosa Wagner y Mercedes Fuerte, catedráticos de Derecho administrativo de la Universidad de León, en un delicioso artículo ⁸ comparan a la nueva Ley con la famosa opereta de Johann Strauss hijo, titulada El Murciélagu. En el argumento de dicho vodevil, los personajes representan a otros personajes en una fiesta organizada por el Príncipe, de manera que nadie sabe quién es quién pero todos se divierten bajo una máxima "*Chacun a son goût*", cada uno a su gusto. Así es la nueva Ley, manifiestan los profesores en su artículo, organismos públicos que hacen obras, suministros o servicios privados, empresas públicas, fundaciones y sociedades que ventilan sus conflictos en el orden civil o contencioso en función de la cuantía del contrato, consorcios, agencias y demás organismos con un régimen indefinido en la Ley adquieren la condición de Administración Pública por voluntad propia,....., "*Chacun a son goût*". Parecidas pero no iguales, como dice Sosa Wagner, en lugar de la hermosa música leemos una penosa redacción.

Parece que a pesar de las críticas, la nueva Ley de Contratos salda la deuda que teníamos con Europa en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación, aunque éste no era el único frente abierto que mantenía el Reino de España, como veremos.

Dos temas fundamentales quedaban aún por resolver, después del 1 de mayo de 2008. Uno de ellos, el que hace referencia a la transposición de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica sustancialmente las anteriores Directivas Comunitarias 89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE de 25 de febrero, que regulaban los recursos en materia de contratación con referencia a los contratos del Sector Público⁹. En materia de recursos no se había incorporado el contenido de estas directivas porque el legislador español consideró que nuestro ordenamiento jurídico, en distintas normas procedimentales y procesales se ajustaba ya a su contenido.¹⁰ España continuaba sin ofrecer a los interesados en la adjudicación de un contrato un recurso cuya resolución fuera encomendada a un órgano independiente.

⁷ Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Administrativo con destino en la Facultad de Derecho de Albacete de la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

⁸ Actualidad Jurídica Aranzadi N° 743 - 17 de Enero de 2008.

⁹ Publicada en el DOUE de 20 de diciembre de 2007.

¹⁰ Ver Exposición de Motivos Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

El otro asunto primordial es el referente a las modificaciones de los contratos que constituye el objeto de este trabajo.

El primer frente se ha venido a resolver con la reforma de la Ley 30/2007, operada por la Ley 34/2010¹¹, en la que se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y estará llamado a ser un órgano independiente del órgano de contratación para garantizar que los licitadores dispongan de un medio de recurso eficaz y rápido contra las decisiones adoptadas por poderes adjudicadores y entidades contratantes. Con anterioridad a dicha modificación, en España los recursos en sede administrativa contra las decisiones en los procedimientos de contratación, eran resueltos por el propio órgano de contratación. Una alabada excepción la constituye la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que en el año 2003 positivó el recurso especial en materia de contratación ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa¹², instancia independiente del órgano de contratación.

El segundo litigio referente a las modificaciones de los contratos y los contratos complementarios, acaba de tomar la recta final de solución con la aprobación por el Pleno del Congreso, el pasado 15 de febrero, del Proyecto de Ley de Economía Sostenible ¹³, que modifica de nuevo la Ley de Contratos del Sector Público a través de la disposición final decimosexta, un año y medio después de que el Presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero, la anunciara durante el debate sobre el Estado de la Nación de mayo de 2009.

Sería deseable que tras tan largo recorrido podamos afirmar sin duda que ahora sí cumplimos con Europa.

LOS MODIFICADOS, UNA VISIÓN GENERAL

¿Qué se entiende por modificados?

Al hablar de modificados, entendemos como tal cualquier variación de las condiciones de un contrato formalizado que suponga una alteración de alguno de sus elementos entre los que, generalmente, cuenta el precio, sin que puedan incluirse en tal concepto una simple variación de detalle que se pueda entender como resultado de las instrucciones que en la interpretación técnica diera el director del contrato al contratista. La terminología para definir estas variaciones es muy variada: adicionales, reformados, complementarios, modificados...etc., pero, en definitiva, el concepto va unido siempre a una nueva adjudicación que se produce sin publicidad y concurrencia, salvo contadas excepciones.

¹¹ Ley 34/2010, de 5 de agosto de 2010, publicada en el BOE de 9 de agosto de 2010 que entró en vigor el 9 de setiembre de 2010.

¹² Ver el artículo 66 de la Ley 3/2003 de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. BOE número 98 de 24/4/2003.

¹³ Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 28 de febrero de 2011.

Sus causas

Los modificados son resultado de la aplicación del Principio del “*ius variandi*” entendido como una prerrogativa de la Administración que cuando da lugar a la modificación del contrato y origina un desequilibrio económico financiero en los supuestos básicos en los que se funda el mismo, obliga a la Administración a restablecer el desequilibrio mediante la adecuada compensación económica al contratista. Este derecho de variación de las condiciones iniciales del contrato en base al interés general, supone una iniciativa de la Administración fundada en la necesidad del mantenimiento de la finalidad del mismo y del interés público sobre el que descansa el sentido del contrato. La especificidad de esta prerrogativa estriba en que el contratista debe soportar las variaciones introducidas por la Administración, con los límites establecidos en la normativa vigente y la Administración puede adjudicarle directamente las prestaciones objeto de modificación, sin necesidad de una nueva licitación pública.

También se puede llegar a esta situación, no por voluntad expresa de la Administración contratante, sino como consecuencia de una actuación de la Administración ajena al contrato pero que incide en el mantenimiento del equilibrio económico del mismo, sirviendo de ejemplo una sobrevenida imposición de medidas administrativas generales de obligado cumplimiento que hayan incidido en el contrato haciéndolo más oneroso para el contratista, pudiendo considerar que el desequilibrio que justifica la modificación del contrato se debe al *factum principis*.

Por último y sin pretensión de exhaustividad, también sería causa de modificación del contrato la concurrencia de una situación de *riesgo imprevisible*, provocada por acontecimientos ajenos a la voluntad de cualquiera de las partes pero que afectan a la viabilidad material de su ejecución.

La definición y límites de estas situaciones, está cuajada de conceptos jurídicos indeterminados, que obligan a interpretar cada caso a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Doctrina elaborada por el Consejo de Estado u órganos consultivos equivalentes creados en las comunidades autónomas, encargados de informar las modificaciones de determinados contratos ¹⁴ y los pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Justicia y otras Junta Regionales.¹⁵

Doble vertiente: Carácter bifronte de los modificados

Cuando a consecuencia de causas imprevistas los pactos en su día sellados entre Administración y empresa deben modificarse para poder alcanzar la finalidad pública que motivó su celebración, el *ius variandi* de la Administración posibilita que, en los contratos administrativos, prevalezca el interés público sobre la regla general que es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*).no siendo de aplicación en estos casos el principio básico *pacta sunt servanda*, una de las bases de la confianza mutua en Derecho Civil y en Derecho Internacional.

¹⁴ Ver el artículo 195.3 de la LCSP.

¹⁵ Resulta muy ilustrativo el informe 5/2008, de 10 de julio, sobre mantenimiento del equilibrio económico en contrato de servicios, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid (www.madrid.org/junta_consultiva)

Ahora bien, cuando la Administración despliega este poder exorbitante descansando su fundamento, como ha señalado Rodrigo Núñez Munaiz ¹⁶, en la necesidad de que el objeto del contrato esté plegado a las conveniencias del servicio público, que es el fin del contrato administrativo, se está efectuando una nueva adjudicación al margen de los Principio de Publicidad y Concurrencia consagrados en el Derecho Positivo Interno y en el Derecho Comunitario. Esta segunda vertiente es la que preocupa y ocupa a los órganos de control del gasto público, Intervención y Tribunal de Cuentas y, por supuesto, a la Comisión Europea y al Tribunal de Justicia. En definitiva, la facultad que ostenta la Administración de modificar los contratos presenta un carácter bifronte ya que por un lado es una prerrogativa que le permite, en aras de la tutela de los intereses públicos, imponer alteraciones del contrato al contratista pero, por otro lado, es una excepción a los principios generales de la contratación y como tal, un instrumento cuyo uso debe ser excepcional.

¿Solo se modifican los contratos en España?

La visión general desde la atalaya de la Jurisprudencia comunitaria nos lleva a la conclusión de que no solo España adjudica gastos adicionales sin la debida publicidad comunitaria y modifica los contratos una vez perfeccionados.

Un ejemplo paradigmático lo constituye la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 ¹⁷, Comisión/CAS Succhi de Frutta SpA, en la que el Tribunal manifiesta que una entidad adjudicadora, en esta caso la propia Comisión Europea, no 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.

En la transposición al derecho interno que han llevado a cabo los diferentes países de la Unión Europea, se encuentran variados modelos. El Código de Contratos Públicos de Francia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2006, establece en su artículo 19 lo siguiente:

Un acuerdo complementario no podrá cambiar fundamentalmente la economía del contrato ni cambiar el objeto del mismo, salvo imponderables técnicos no imputables a las partes.

El Código de los Contratos Públicos de obras, servicios y suministros de Italia, aprobado por Decreto Legislativo nº 163 de 12 de abril de 2006, dedica varios artículos a la posibilidad de variar el objeto del contrato durante su ejecución. A modo de ejemplo, el artículo 132, referido a la ejecución del contrato de obras prevé cuatro causas habilitantes: las derivadas de cambios legislativos, las causas imprevistas e

¹⁶ “Comentarios al Text Refundido y Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones “públicas” Madrid 2004. Editorial Dykinson.

¹⁷ Sentencia nº C-496/99 P de Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 29 de Abril de 2004 En el asunto C-496/99 P. La Comisión de las Comunidades Europeas interpuso, con arreglo al artículo 49 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, un recurso de casación contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de octubre de 1999, CAS Succhi di Frutta/Comisión, por el que se solicita que se anule parcialmente dicha sentencia que anuló la decisión de la Comisión de modificar el contrato y condenarla a costas.

imprevisibles, las previstas en el artículo 1664 del Código Civil italiano, referidas a las modificaciones en los precios de materiales o mano de obra superiores al 10% que permiten una revisión del precio del contrato (Teoría de la Imprevisión consagrada en el Código Civil italiano de 1942) y por último, los manifiestos errores u omisiones en el proyecto que afectan a la ejecución de la obra o a su posterior utilización para el fin que fue proyectada. En tal caso, debe darse conocimiento al Observatorio de Contratación y al proyectista.

Tomado como ejemplo de un ordenamiento jurídico externo a la Unión Europea y en relación a ejercicio del “*ius variandi*”, la legislación en materia de modificados en Chile, se configura como una prerrogativa que la Administración puede ejercer pero no sin más justificación que su propia voluntad.

Claudio Moraga, catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en su obra “Contratación Administrativa”¹⁸(1) hace suyas las palabras de Eduardo García de Enterría, “*La inalterabilidad del fin impone la alteración parcial o mejor, la adaptación del objeto*”.

En la legislación Chilena tenemos varios ejemplos:

La ley de Concesión de Obra Pública, modificada por Ley N° 20.410, de 2010, determina que el Ministerio de Obras Públicas podrá modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación, o por razones de interés público debidamente fundadas. Como consecuencia de ello, deberá compensar económicamente al concesionario, cuando corresponda, por los costos adicionales en que éste incurra. Las bases de licitación establecerán el monto máximo de la inversión que el contratista está obligado a aceptar y en caso de ausencia de tal indicación, este monto máximo será el 15% del precio del contrato. No podrá ser requerida la modificación en fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo del contrato. Se autoriza al Ministerio para ordenar la ejecución de obras adicionales, aún cuando no exista acuerdo con el contratista sobre el precio de dichas obras.

José Antonio Ramírez Arrayas dedica el capítulo VIII de su obra “Concesiones de obra Pública. Análisis de la institucionalidad chilena”¹⁹ a analizar los aspectos más esenciales de esta reforma legislativa en materia de modificación del contrato de concesión o servicios adicionales y las compensaciones económicas que se deban al concesionario.

El artículo 102 del nuevo Reglamento para Contratos de Obras Públicas, modificado en junio de 2010 para introducir medidas transitorias a causa del terremoto de 27 de febrero de 2010, establece:

En los contratos a serie de precios unitarios, el Ministerio podrá disminuir las cantidades de obras contempladas, reduciendo al mismo tiempo el plazo de ejecución de la obra, si procede de acuerdo al programa de trabajo, teniendo derecho el contratista a una indemnización igual al 10% de la disminución que resulte de la liquidación final de los aumentos y disminuciones parciales de obras.

¹⁸ Contratación Administrativa, Santiago, 2007

¹⁹ “Concesiones de obra Pública. Análisis de la institucionalidad chilena”. José Antonio Ramírez Arrayas . Abeledo Perrot. 1ª edición febrero 2010.

El Ministerio podrá, además, aumentar en los contratos a serie de precios unitarios las cantidades de obras hasta en un 30% de cada partida del presupuesto, en cuyo caso el contratista tendrá derecho a su pago, a los precios unitarios convenidos en el contrato, según se definen en el número 43) del Artículo 4, y a un aumento del plazo proporcional al aumento que haya tenido el contrato inicial.

Igualmente en Perú se regula la posibilidad de modificar el contrato una vez iniciado. El Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Aprobado mediante D.S. N° 083-2004-PCM) modificado por Ley N° 28267, en su artículo 42, titulado *Adicionales, reducciones y ampliaciones* prevé que la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir servicios u obras hasta por el mismo porcentaje. En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, podrá decidir autorizarlas o podrá resolver el contrato, sin responsabilidad para las partes.

Observando este panorama, la situación teórica de España en cuanto a regulación en materia de modificados no destaca excesivamente por su permisividad, aunque los datos comparados arrojan que en la práctica estamos muy por encima de otros países comunitarios. El artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público en su versión primigenia y con la interpretación que mostró la Junta Consultiva de Contratación²⁰, se traduce en la facultad del contratista para solicitar un incremento del presupuesto de adjudicación siempre que concurren "razones de interés público y para atender imprevistos" sin que ello implique la prohibición de que afecten a las condiciones esenciales del contrato.

Saliendo de este escenario actual y dando un salto hacia atrás en el tiempo, resulta muy interesante un trabajo de José Manuel de la Peña Olivas, "*Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano*",²¹ en el que se explica en este periodo de la Historia, los tipos de tramitaciones administrativas de obra, los pagos, la recepción una vez finalizadas,...etc. Señala el autor que debían ser corrientes los modificados de obra, como en la actualidad, de tal forma que el presupuesto inicial debía dispararse. Si damos crédito a lo que nos cuenta Vitruvio (siglo I antes de Cristo, arquitecto de Julio Cesar, entre otras cosas) y a la curiosa existencia en Éfeso de una ley que obligaba al arquitecto cuando se le encargaba dirigir una obra pública, a fijar el coste máximo, quedando hipotecados todos sus bienes ante el magistrado por dicha cantidad hasta que la obra estuviera totalmente terminada. Finalizada la obra, si el coste había respondido a

²⁰ Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda 43/08, de 28 de julio de 2008, "Modificación de los contratos, interpretación del artículo 202"

²¹ José Manuel de la Peña Olivas, "*Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano*", publicado en *Nuevos Elementos de la Ingeniería Romana. III Congreso de la obras públicas romanas. Astorga 2006.*

lo estipulado, quedaba el arquitecto libre y era premiado con decretos honoríficos y devuelta la fianza; en caso contrario y si el exceso no sobrepasaba el 25% del coste máximo, la diferencia se pagaba con dinero público y el arquitecto no quedaba sometido a pena alguna, mientras que el exceso del 25% se abonaba con cargo a los bienes del arquitecto.

Sin duda, la implantación de una ley similar en España acabaría de raíz con los modificados.

LA REGULACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA DE MODIFICADOS. LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA, UN ELEMENTO BÁSICO

Las Directivas Comunitarias y la fase de ejecución del contrato

El Derecho Comunitario en materia de contratos ha evolucionado hacia la formación de un Derecho común regulador de las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, dejando libertad a los estados miembros para la regulación de efectos, cumplimiento y extinción. Ni las tres directivas clásicas ni la directiva de segunda generación que las sustituyó, la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, han dedicado preceptos a esta fase del contrato en la que se ubica el modificado, dejando libertad a los estados en la decisión de incluir en sus códigos una regulación concreta en este sentido.

El legislador español, siguiendo su tradición reglamentarista junto a otros estados de la Unión Europea, optó por regular esta fase de ejecución con tanta o más dedicación que las fases que la preceden. A mi modo de ver, esta decisión ha sido muy acertada ya que en la ejecución del contrato es donde adquiere carta de naturaleza el Principio de Eficiencia, colofón de todos los principios, entendido como un segundo nivel respecto del Principio de Eficacia ya que le añade un extra de racionalidad, basada en el uso adecuado de todos los recursos disponibles y la elección no de una solución eficaz cualquiera sino de la solución eficaz que mejor resuelva los problemas y lleve mejor al cumplimiento de los objetivos de la Administración. Esto obliga a los poderes públicos a establecer los incentivos, mecanismos y controles necesarios para que el contrato sea adjudicado y ejecutado de forma eficiente y para ellos la LCSP dedica más del 30% de su articulado.

Este desconocimiento de las Directivas Comunitarias por la fase de ejecución del contrato, no es obstáculo para que la Comisión, fiel guardián del cumplimiento del Derecho Comunitario, vele por la adecuación del Derecho Positivo Interno de los estados miembros en esta materia, a los Principio del Tratado de la Unión Europea y a las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación. En esta labor se incluye el control de las adjudicaciones “adicionales” sin la debida publicidad.

¿Qué opina el Tribunal de Justicia?

Con arreglo al artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, los poderes adjudicadores deben dar a los operadores un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con

transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación como en la ejecución del contrato.

Además de la imprevisibilidad y concurrencia del interés público, deben darse dos requisitos para que un modificado se atenga a la legalidad. La primera, que no afecte a ninguna condición esencial de la licitación y la segunda, que la posibilidad de producirse una modificación, así como sus condiciones, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación.

Para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las modificaciones de las cláusulas de un contrato público efectuadas durante su ejecución constituyen una nueva adjudicación en el sentido de las Directivas Comunitarias cuando concurre alguna de estas circunstancias:

- Presenta 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.
- Introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores además de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta a la inicialmente seleccionada.
- Amplia el contrato a prestaciones inicialmente no previstas.
- Cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial.

Bajo estas premisas, el Tribunal ha condenado en diferentes sentencias a los Estados Miembros y a la Comisión cuando actuaba como poder adjudicador por considerar que se han producido adjudicaciones al margen del Derecho Comunitario.

Como muestra de esta Jurisprudencia me parece importante destacar tres sentencias:

Sentencia TJCE, de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur GMBH.

Sentencia TJCE de 13 de enero de 2005, Comisión contra el Reino de España.

Sentencia TJCE de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA..

La primera trae causa en una petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesvergabeamt (Austria), asunto C-454/06, y en ella se precisan varios supuestos de alteraciones de elementos del contrato que no suponen una nueva adjudicación y, por tanto, no requieren de publicidad y concurrencia. La Sala Tercera del Tribunal declara.

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

2/- El término “adjudicar” debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la

referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

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

En la segunda sentencia el Tribunal declaró que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas Clásicas al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular al permitir en el antiguo Texto Refundido que se recurriera al procedimiento negociado en un supuesto que no está contemplado en aquellas normas comunitarias, como es la contratación subsiguiente a procedimientos declarados desiertos, permitiendo un aumento del 10% del precio base de licitación respecto del procedimiento abierto o restringido previo. Consideró el alto Tribunal que la alteración del 10 % del precio implicaba una modificación sustancial de una de las condiciones originales del contrato, añadiendo que la interpretación del concepto de "modificación no sustancial" debe ser restrictiva.

La tercera sentencia TJCE de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA, asunto C-496/99P, tiene como punto de partida una licitación para fijar las condiciones más ventajosas para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Georgia, Armenia y de Azerbaiyán, con el objeto de poder responder a las peticiones de zumo de frutas y confituras de los países beneficiarios, y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizará en especie, y más concretamente, en frutas procedente de la intervención. Se estipulaba en el pliego el detalle de frutas y toneladas que constituirían el pago por el suministro. Durante la ejecución del contrato, la Comisión, órgano de contratación, decidió permitir la sustitución de determinadas cantidades de melocotones y albaricoques por nectarinas. La empresa CAS Succhi di Frutta SpA, que había participado en la licitación pero no había resultado adjudicataria, impugnó tal decisión ante el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidades Europeas, que resolvió anulando la decisión de la Comisión. Ésta apeló en casación ante el Tribunal de Justicia que desestimó y condenó a costa a la Comisión.

La primera aportación importante que hace esta sentencia supone reconocer que un licitador conserva el interés en una licitación aunque ya se esté ejecutando el contrato y no haya recurrido su adjudicación, pudiendo impugnar aquellas decisiones que modifiquen las condiciones iniciales en las que el presentó sus ofertas. La segunda aportación de la sentencia. se refiere a la interpretación del concepto jurídico indeterminado “alteración esencial”. Para el Tribunal, el cambio de fruta como instrumento de pago supone una modificación importante de una condición esencial del contrato.

Verdaderamente nos queda mucho camino por recorrer en España para alcanzar asimilar el concepto sobre la modificación del contrato que anida en estas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ESCENARIO ACTUAL ESPAÑOL EN MATERIA DE MODIFICADOS

Hábitos nacionales en la modificación del contrato

Las modificaciones de contratos son de gran importancia práctica ya que a través de ellas, en muchos casos lo que ocasionan es una restricción de la competencia.

El Tribunal de Cuentas en reiteradas ocasiones ha señalado el excesivo uso que las entidades hacen de las modificaciones de los contratos, por circunstancias que, al menos en parte, pudieron y debieron haberse previsto al realizar los pliegos de prescripciones técnicas, los proyectos iniciales y las planificaciones de las obras.

Con demasiada habitualidad el porcentaje de modificación ronda el 20% del precio primitivo y en muchas ocasiones encubre el objetivo de reequilibrar un contrato para el que inicialmente se había pujado excesivamente a la baja. En algunos casos, el precio por el que se adjudica inicialmente un contrato no es real, ya que no cubre su ejecución, modificándose posteriormente al alza, pero sin incluir en realidad nuevas prestaciones. Muchas obras emblemáticas construidas en el siglo XXI en el territorio español han multiplicado por dos su presupuesto inicial por una falta de previsión injustificable, en el mejor de los casos, llegándose a exigir el traslado del expediente a la Fiscalía y a la Abogacía del Estado. Esta patología de los contratos públicos en España, principalmente en las obras públicas, cuenta con la anuencia de la empresa constructora, y existe desde que el Estado ejecuta obra pública.

A diferencia del sistema sajón, el sistema español, al igual que el francés o el belga ha optado por un modelo de contrato administrativo marcado por la preeminencia del interés general que justifica el ejercicio de las prerrogativas de los poderes adjudicadores. Estas potestades de modificar el contrato ya estaban reconocidas en el artículo 18 de la LCE de 1965²², posteriormente en el artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, coincidente con la redacción del artículo 194 de la LCSP y en el artículo 232 de la misma ley en relación al contrato de concesión de obras públicas.

Si bien a escala nacional, el legislador ha venido previendo el modificado como sistema de ajuste del contrato, no hay que olvidar que estas prerrogativas de la Administración son potestades legales de naturaleza reglada y no pueden ejercitarse sin límite alguno y de forma arbitraria.

Escenario jurídico actual

Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, regula los modificados con carácter general en los artículos 194 y 202 y de manera especial para el contrato de obras y de concesión de obras públicas en los artículos 217 y 233, respectivamente, todos ellos ubicados en el Libro IV, Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. En estos artículos se establece la facultad de modificar los contratos por causas de interés público y se prevé que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación deberán recogerse en los pliegos.

²² Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto 923 de 8 de abril de 1965, ley preconstitucional que se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, 9 años después de la entrada de España en la Comunidad Europea.

En la redacción de estos preceptos, no en su ubicación en el texto, se tuvo en cuenta el criterio mantenido por la Comisión Europea a la luz de la Jurisprudencia comunitaria y los criterios del Consejo de Estado.

No obstante, resulta evidente que la expresión “condiciones esenciales”, “causas imprevistas”, “previsión en los pliegos” constituyen en sí un concepto jurídico indeterminado que posibilitaba el mantenimiento de una práctica demasiado frecuente de los modificados, donde nunca se depuran las correspondientes responsabilidades ni se garantiza el cumplimiento de la Directiva 2004/18/CE y de los Principios Comunitarios.

La postura de la Comisión Europea en este sentido la manifestó a los 6 días de entrar en vigor la Ley 30/2007, enviando una Carta de Emplazamiento en la que otorgaban al Reino de España un plazo de dos meses para corregir tales deficiencias. Posteriormente, ante la inactividad de la Administración Española, la Comisión remitió el Dictamen motivado de 27 de noviembre de 2008, instrumento previo a la interposición del recurso por incumplimiento del artículo 226 TCE, en el que concluye:

“En opinión de la Comisión, el régimen previsto en la Ley 30/2007, de contratos del sector público, que permite la modificación de los contratos durante su ejecución, es incompatible con las normas de contratación de la Unión Europea”

En diciembre 2009 la Comisión Europea decidió denunciar a España ante el Tribunal de Justicia por el régimen de modificación de contratos públicos que se prevé en la Ley de Contratos.

Así las cosas, había que hacer algo para posibilitar que el ejercicio del *ius variandi* de la Administración, tan arraigado en nuestro derecho patrio, fuese compatible con los Principios Comunitarios y los criterios de buen gobierno en la contratación pública.

La reforma se abordó a través del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, “ley ómnibus” por excelencia, que introduce modificaciones en numerosas normas, entre las que se encuentra la Ley 30/2007, que fue aprobado por el Pleno del Congreso el 15 de febrero de 2011, previendo una entrada en vigor inmediata desde su publicación, que espero se produzca antes de que este trabajo vea la luz. De esta manera se da una respuesta satisfactoria, en principio, a los múltiples requerimientos de la Unión Europea.

La reforma aprobada de la modificación de los contratos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible

Dos son a primera vista los principales aspectos de la reforma. Por un lado, se ha optado por introducir el régimen general de modificación de los contratos en el nuevo Título V del el Libro I, como parte de la configuración general de la contratación del sector público y no como una incidencia en su ejecución. Ello trae como consecuencia que artículos 92 bis, tercer, quáter y quinquies²³, preceptos que componen este título, serán de aplicación a todo el Sector Público y no solamente a los contratos administrativos

²³ Adverbios numerales latinos que se agradecen en este sudoku que es la LCSP, en palabras de Paco Blanco López.

que celebran los poderes adjudicadores que tienen la condición de Administración Pública, como ocurría en la primigenia redacción de la LCSP.

Hola Rocio

Dado que hasta ahora la previsión normativa sobre modificación de los contratos recaía exclusivamente en los contratos administrativos, podía entenderse que existía una laguna jurídica en los contratos privados que quedaban sujetos a las previsiones privatistas que en su caso fueran aplicables.

Por otro lado, con la reforma se establece por primera vez un límite cuantitativo del 10% para las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.

En lo que se refiere a las causas de modificación, los artículos 92 ter y quáter distinguen dos escenarios: las modificaciones previstas en los pliegos de manera precisa e inequívoca y computada a efectos de calcular el valor estimado del contrato, y las modificaciones no previstas que solo se permiten cuando concurren causas de imprevisibilidad tasadas, enumeradas en el artículo 92 quáter.

La Doctrina ya se ha apresurado a criticar esta distinción, favorecedora de diabólicas interpretaciones tendentes a un resultado no buscado: “Si la modificación está prevista puede alterar las condiciones esenciales.” Esta interpretación no es compatible con las exigencias comunitarias e introduce inseguridad jurídica.

La efectividad del Principio de Concurrencia exige una interpretación restrictiva del “*ius variandi*”, entendido como una potestad contradictoria en la que, en tanto que son parte del procedimiento, debería de darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en este nuevo contrato, dando posibilidad de impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación.²⁴

A diferencia de otros artículos de la Ley que son idénticos al precepto correspondiente en la Directiva 2004/18/CE, los artículos del nuevo Título V no tienen correspondencia en el texto europeo porque no existe en ellos regulación de los modificados, como ya se ha explicado anteriormente. La redacción se supone extraída de la Jurisprudencia del TJUE que en reiteradas ocasiones ha puesto de manifiesto la necesidad de publicidad en las prestaciones adicionales, limitando la posibilidad de exceptuar tal principio a aquellos casos que la posibilidad de modificación era conocida por los licitadores originarios de tal manera que la tuvieron en cuenta es sus ofertas.

Ha de entenderse pues como principio general a la hora de interpretar dichos artículos, *secundum* jurisprudencia comunitaria, que nunca se pueden modificar las condiciones esenciales de un contrato sin hacer una nueva adjudicación bajo los principios de publicidad y concurrencia. Bajo esta interpretación, los contratos del sector público únicamente podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio, debiendo procederse a la resolución del contrato e inicio de un nuevo expediente en cualquier otro supuesto. Habrán de detallarse en los citados documentos, de forma clara y precisa, las condiciones, alcance y límites de las modificaciones, con indicación expresa del porcentaje del precio del contrato a que, como máximo, puedan afectar y el procedimiento a seguir.

²⁴ De hecho, el artículo 37 de la LCSP, contempla entre los supuestos especiales de nulidad aquel contrato que fuera adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación de anuncio.

Sin embargo, en el artículo 92 quáter de la LCSP se determinan una serie de supuestos en que podrán efectuarse modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, debiendo justificarse suficientemente la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas, sin que sea posible en ningún caso alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, enumerando los supuestos en que se entenderá que se alteran dichas condiciones que, en cualquier caso, no podrán exceder en más o menos ni aislada ni conjuntamente, del 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato.

Las principales características del artículo 92 quáter se centran en la descripción objetiva de las causas de imprevisibilidad y la presunción de casos en los cuales se considera que se produce una alteración de las condiciones esenciales del contrato que en las letras a, b y c del apartado 3, se identifican cualitativamente y en la letra d, se fija de manera invariable de con el 10 por ciento del precio del contrato.

Tras la modificación de la Ley de Contratos del Sector Público, aparecen dos contextos:

La modificación del contrato administrativo, en el cual la Administración ostenta la prerrogativa del ius variandi y al cual se le aplicará el Título V del Libro I y las particularidades de los artículos 194, 195 y 202., 217 y 233 La modificación del contrato privado donde no existe esta prerrogativa, que se ajustará exclusivamente al Título V del Libro I donde, como ya se ha explicado, fundamentalmente se limita la adjudicación directa de prestaciones no contempladas en el proyecto inicial, de acuerdo con la Jurisprudencia Comunitaria.

Cuadro comparativo

RÉGIMEN ANTERIOR A LA LES	RÉGIMEN POSTERIOS A LA LES
----------------------------------	-----------------------------------

Artículos 194 y 195 (prerrogativas), 202 (modificación de los contratos), 217 y 233 (modificación obras y concesiones).Bajo el Libro IV y por tanto referidos exclusivamente a contratos administrativos.	Nuevo Título V, en el Libro I, “Modificación de los contratos”, con 4 artículos, de aplicación a todos los contratos (administrativos y privados). Mantienen los artículos anteriores, con ciertos matices, para los contratos administrativos.
Interés público.	Interés público (Llama la atención que esta expresión no aparece en el nuevo Título V, por lo que parece solo referida a contratos administrativos)
Previsión en los pliegos.	Previsión en los pliegos.
No concreta “condiciones esenciales”	Concreta “condiciones esenciales”.
No hay límite concreto de %.	Hay límite concreto 10%.
No siempre obligatorio para el contratista Puede ser causa de resolución (20%)	Siempre obligatorio para el contratista. En general, es causa de resolución cuando no sea posible el modificado. (liquidación y nueva adjudicación)

Reflexiones sobre la modificación de la Ley 30/2007

Dejando a un lado la pésima técnica legislativa utilizada, criticada por el Consejo de Estado²⁵, por fin se acomete una reforma en profundidad en materia de modificados que muchos deseamos sea la definitiva.

Con la aprobación de la Ley de Economía Sostenible, nuestra Ley de contratos no habrá cumplido los tres años de vigencia y ya habrá sido modificada en seis ocasiones, afectando en total a más de un centenar de artículos. En estas circunstancias se recuerda aquel libro de Eduardo García de Enterría titulado “Justicia y seguridad jurídica en un mundo de Leyes Desbocadas”²⁶, en el que pone de manifiesto el peligro que supone dicha circunstancia a la hora de aplicar las normas por los operadores jurídicos que, en algunos casos desconocen el marco jurídico a aplicar, y lo que es más peligroso, la evolución que va a producirse en dichas normas creando una situación de inseguridad a todos los efectos, tanto a las empresas como a los órganos de la Administración, desatendiendo absolutamente la necesidad de asegurar la certeza del Derecho y la predicibilidad razonable de las acciones de los ciudadanos.

²⁵ La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, ha sido modificada por la ley 34/2010 y por la Ley de Economía Sostenible, hecho muy criticado por el Consejo de Estado en su Dictamen nº 49/2010, de 29 de abril.

²⁶ Eduardo García de Enterría y Martínez-Carande. Editores: Madrid : Civitas, 1999. Año de publicación: 1999

LOS MODIFICADOS, SUJETOS AL CONTROL CRÍTICO DE LEGALIDAD

La adjudicación directa de prestaciones adicionales es un acto del que se derivan obligaciones de carácter económico para la Hacienda Pública y por tanto, sujeto al control de legalidad. La LCSP en su artículo 1 establece que entre sus objetivos cuenta asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos. En el artículo 93 de dicha ley, se indica expresamente que se debe incorporar al expediente el certificado de existencia de crédito y la fiscalización previa del expediente, en los casos previstos. Por otro lado, la vertiente presupuestaria de los expedientes de contratación implica la aplicación del artículo 148 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en el cual se establece que los actos que den lugar a reconocimiento de derechos o a la realización de gastos, serán intervenidos.

Es necesario que se produzca un acto administrativo de aprobación, mediante la tramitación de un procedimiento. La exigencia de procedimiento viene impuesta como consecuencia de los controles a que está sujeta la Administración por razones presupuestarias de gasto público. Por ello se prevé la intervención del órgano de contratación y de órganos concretos con competencia específica (Consejo de Estado, Dirección General de Presupuestos, Intervención,...) y la necesidad de un acuerdo formal de modificación en el que se precisará cómo queda alterado el contrato y su contrapartida en el precio.

Así las cosas, cuando la Administración se plantee la necesidad de modificar un contrato, deberá tramitar el correspondiente expediente que requerirá para su aprobación del preceptivo trámite de fiscalización previa favorable.

Asumiendo que el Derecho Administrativo es un Derecho Mutante y que no existen a veces soluciones únicas porque el Derecho no es Matemáticas²⁷, no debemos olvidar que el Principio de Legalidad debe regir la actuación de la Administración Pública y por tanto nada ni nadie puede estar por encima de la Ley.

La disposición adicional vigésimo segunda de la LCSP, titulada *Responsabilidad de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, señala que la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en esta ley por parte del personal al servicio de las Administraciones, cuando mediare al menos negligencia grave constituirá una falta muy grave cuya responsabilidad disciplinaria se exigirá conforme a la normativa aplicable en la materia.

Los órganos de control internos, la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) y las distintas Intervenciones en comunidades autónomas, entidades locales y otros entes del Sector Público, así como los órganos de control externo, Tribunal de Cuentas y OCEX, han puesto de manifiesto en varias ocasiones su preocupación. La IGAE emitió un interesante informe sobre la futura normativa en materia de modificados y complementarios adaptada a los requerimientos de la Unión Europea, hoy aprobada en la Ley de Economía sostenible, que dice textualmente:

²⁷ Frase acuñada por Alejandro Nieto, catedrático de Derecho español, autor de un número de libros significativos, entre ellos "La corrupción en la España democrática", en su Lección jubilar pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, acuña esta frase en la que se puede resumir su visión sobre el conocimiento jurídico: "Cuanto más se estudia, mejor se sabe que el Derecho es inseguridad, incertidumbre, pluralidad de soluciones"

Por lo que se refiere a las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, debe eliminarse la referencia a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto. Por tanto la existencia de errores u omisiones en el proyecto no puede amparar la aprobación de un modificado (como tradicionalmente viene advirtiendo el Consejo de Estado), y ello con independencia de las responsabilidades que en su caso puedan derivarse, así como de si se ha redactado por el propio poder adjudicador o si se ha obtenido a través de un contrato de servicios. En la práctica, la mayoría de los modificados se basan en omisiones y defectos, reales o ficticios, en el proyecto, por lo que consentir que esos defectos permitiesen que el contrato se modificase sería lo mismo que permitir la modificación del contrato a voluntad, pues bastaría licitar un proyecto defectuoso o que se considere después defectuoso para modificar el contrato.

Resulta evidente que la letra b del artículo 92 quáter del nuevo Título V del Libro I, que prevé esta circunstancia habilitante es la fisura principal por donde pueden filtrarse los modificados no previstos.

La Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), en su informe general con los resultados más significativos de la ejecución del plan anual de auditorías de 2007, incluyó una actuación, de las denominadas *horizontales*, con el objetivo de analizar los procedimientos seguidos en la liquidación de los contratos de obras a lo largo del ejercicio 2006 por los correspondientes centros gestores, centrándose en el examen de las desviaciones en el coste y en el plazo de ejecución. Los datos globales de las modificaciones que afectaron a los contratos liquidados durante el ejercicio 2006, que produjo un incremento del coste del 17%, sin computar revisiones de precios, y cuyo detalle muestra, en miles de euros, en el siguiente cuadro²⁸:

GESTOR	N ° EXPS.	PRECIO ADJUD. (1)	MODIFICADO S (2)	LIQUIDACIÓ N (3)	C O S T E T O T A L (1)+(2)+(3)=(4)
Ministerios	543	2.382.463	239.268	198.988	2.820.719
Organismos	614	2.231.080	188.298	165.046	2.584.424
Total	1.157	4.613.543	427.566	364.034	5.405.143

Los modificados anticipados y sus consecuencias.

²⁸ Datos obtenidos de la Bitácora de Antonio Arias, espacio dedicado a la fiscalización. <http://fiscalizacion.es/>

Se entiende por modificado anticipado aquel que se inicia sin más acto que una comunicación verbal del responsable de la ejecución del contrato que, con apariencia de autoridad ordena al contratista que ejecute prestaciones no incluidas en el proyecto o pliego de prescripciones técnicas, o que, estando incluidas deben ejecutarse en forma y/o tiempo distinto al que se pactó en el contrato, sin que puedan incluirse en tal concepto una simple variación de detalle.

El artículo 28 de la LCSP prohíbe la contratación verbal, excepto cuando se actúe para paliar una situación de emergencia. Esta prohibición afecta tanto a la contratación de una obra, un servicio o un suministro como a sus posibles modificaciones.

Es demasiado frecuente que se produzca un encargo verbal de una prestación y la inmediata aceptación de la orden por parte de la empresa y que desemboca en la presentación de una factura sin que exista expediente que lo ampare, con los informes y trámites preceptivos para su aprobación. El acto verbal que se ha producido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y sin la preceptiva consignación de crédito presupuestario, adolece de vicio de nulidad plena, lo que acarrea la imposibilidad de que de él se derive obligaciones.

Estas situaciones podrían evitarse si todos los personajes que intervienen en la “obra” asumieran con mayor responsabilidad su papel. Desde el proyectista o redactor del pliego de prescripciones técnicas que ha de regir la ejecución del contrato, o el director de la ejecución de obra o el responsable del contrato, que tienen una enorme responsabilidad en la buena proyección y ejecución de las necesidades a satisfacer por la Administración, pasando por los órganos de contratación, responsables políticos de la ejecución del presupuesto, que son en definitiva los que toman las decisiones de modificar los contratos o también las oficinas de presupuestación, responsables de las asignaciones de crédito en los presupuestos generales de gasto, acorde con el plan de inversiones o actuaciones de cada departamento, deberían actuar con el conocimiento de las consecuencias de su conducta.

Cuando por falta de previsión, de existencia de crédito o de tiempo real, o cualquier otra circunstancia se contratan verbalmente actuaciones complementarias o modificadas, se está ante una actuación anormal de la Administración y las obligaciones que se puedan reconocer al contratista derivaran de la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto pero no de un contrato que se ha producido con infracción del Derecho Necesario en materia de contratación. No obstante, estos gastos indebidamente contraídos no siempre han de ser reconocidos por la Administración. Si las empresas no actuaron de buena fe, aprovechándose de una actuación administrativa no ajustada a Derecho, no tienen derecho al cobro.²⁹

En este sentido y en relación al contrato de obras, recordar que los poderes que ostenta la dirección de obra se encuentran limitados por la imposibilidad de que mediante ellos se modifique el contrato. La dirección de obra tiene la iniciativa del *ius variandi*, pero ni el contratista ni el director pueden introducir modificaciones sin la debida aprobación. El contratista debe negarse a una modificación no aprobada, sin embargo, si éste actúa de buena fe ante órdenes verbales del director, juega el principio de buena fe y la condena del enriquecimiento injusto y en consecuencia, la Administración no se puede negar a pagar.

²⁹ Ver Sentencia de 19 de enero de 2010 del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (JUR/2010/105819).

DE DÓNDE VENIMOS

Para saber de dónde venimos es obligado mirar hacia atrás y comparar el marco jurídico español en materia de modificados en los últimos 25 años de pertenencia a la Unión Europea.

Se distinguen tres etapas. La primera, desde 1986 hasta 1995, en que la Ley de Contratos del Estado de 1963 y su Reglamento de desarrollo contemplaban entre las prerrogativas de la Administración la potestad de modificar el contrato por razón de interés público, sin más límite que la voluntad del contratista de resolver el contrato, a partir del 20% de aumento o disminución o alteración substancial del proyecto. Es más, el Pliego de Cláusulas Generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/70, de 31 de diciembre, vigente en aquello que no contraviene la normativa actual, en su cláusula 50, atribuye al director de las obras una facultad de autorizar modificaciones propuestas por el contratista, cláusula que hoy día no puede ser aplicada por oponerse a lo establecido en la LCSP, careciendo de competencia el director facultativo de las obras para acordar modificaciones del contrato, requiriendo en todo caso la aprobación previa del órgano de contratación.³⁰

La segunda etapa abarca el periodo que va desde 1995 hasta 2008. Comienza con la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas y finaliza el 1 de mayo de 2008, fecha en que comienza a regir la actual Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público. . La Ley 13/1995, su posterior reformas por Ley 53/1999 y, por último, el Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, establecían que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. De igual modo que en la etapa anterior, la ley otorgaba al contratista el derecho a instar la resolución del contrato cuando estas modificaciones superases en 20% o implicaran alteraciones substanciales.

La tercera etapa comienza con la entrada en vigor de la Ley 30/2007, ley de nueva planta que supone un giro trascendental en la contratación pública.. A pesar de que no se haga ninguna referencia en la exposición de motivos a la materia de modificación de los contratos, lo cierto es que en el artículo 202 por primera vez se establece que las modificaciones responderán al interés general y a causas imprevistas, no podrán afectar a necesidades nuevas, que deberán ser contratadas de forma separada, tampoco podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato y además, la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual.

30 Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda. Informe 22/04, de 7 de junio de 2004. vigencia y aplicación de la cláusula 50 del pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del estado

A mi parecer, la redacción de este artículo no resultó muy afortunada y su lectura solamente puede hacerse *secundum* Jurisprudencia Comunitaria en el sentido que nunca se pueden modificar las condiciones esenciales de un contrato sin hacer una nueva adjudicación bajo los principios de publicidad y concurrencia.

La Junta Consultiva Estatal en su Informe 43/2008, se sitúa en una interpretación distinta del artículo 202 en orden a entender que las modificaciones previstas deben responder a necesidades de interés público pero sin que ello implique la prohibición de que afecte a las condiciones esenciales, requisito que solo se predica en las modificaciones imprevistas.

A DÓNDE VAMOS

Resulta evidente que se inicia una nueva etapa con las modificaciones operada por la disposición final decimosexta de la Ley de Economía Sostenible. Las opiniones más pesimistas, entre las que cuento la mía, se decantan por afirmar que el uso habitual de los modificados —una práctica que descansa en la idea tradicional en nuestro Derecho de conferir al poder contratante potestades para que pueda ejercitar unilateralmente el *ius variandi* con el fin de preservar el interés público, sin más límite que la voluntad del contratista— puede favorecer una interpretación alejada de la que cabría esperar y que debería ser para todo en Derecho nacional, una interpretación *secundum directivam*.³¹ Ya existen corrientes de parecer encontradas entre los estudiosos de la materia, respecto a la interpretación de los artículos 92 bis, ter y quáter. Algunos, la mayoría, piensan que en este nuevo escenario es posible modificar condiciones esenciales del contrato, siempre que los pliegos o el anuncio hayan previsto expresamente esta posibilidad y se hayan detallado las condiciones, alcance y límites, con expresa indicación del porcentaje del precio al que como máximo puede afectar. Otros, al contrario, consideran que en ningún caso puede interpretarse este articulado en el sentido de permitir modificaciones esenciales del contrato una vez formalizado.

Si efectivamente con esta reforma nos encontramos ante una verdadera abdicación ante los pronunciamientos comunitarios, de manera que el uso del modificado se vea reducido a situaciones excepcionales —la muerte anunciada de las modificaciones ilegales de los contratos, esta vez no a manos de los gemelos Vicario como en la obra del Nobel colombiano, sino como resultado de una labor conjunta de las Instituciones Comunitarias y el legislador español— existe el peligro de ver incrementados, paralelamente, los casos de complementarios de los contratos, principalmente en los contratos de obras, que pueden ser adjudicados sin publicidad y concurrencia siempre que su valor no supere el 50% de la obra principal.³²

³¹ En torno a la obligación de interpretación de la LCSP conforme al Derecho comunitario, resulta muy ilustrativo el estudio de J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público. También la opinión manifestada por David Ordóñez Solís, magistrado de la contencioso administrativo y experto en Derecho de la Unión Europea que en su trabajo “La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo”, Boletín informativo del Ministerio de Justicia núm. 1921, julio de 2002, defiende la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución “*secundum directivam comunitariam*”

³² Artículo 155,b de la LCSP, supuestos especiales de adjudicación por procedimiento negociado sin publicidad.

Como en muchas otras ocasiones, adquieren gran relevancia los mecanismos de control que deberán ser adecuados y funcionar de forma eficiente.

Estimado Hugo

El Derecho Administrativo es derecho mutante por su propia naturaleza. En el tiempo transcurrido entre el envío de mi artículo y su futura publicación de ha producido el hecho de la entrada en vigor de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, publicada en el BOE de 5 de marzo de 2011. Tal circunstancia, no recogida en mi artículo por razones obvias, mengua la cualidad de actualidad que procuro dar siempre a mis trabajos. Creo que sería conveniente que de alguna manera se diera conocimiento tal novedad a los posibles lectores. Para ello le autorizo a que utilice la fórmula que le resulte más adecuada.

Le adjunto una noticia recibida el pasado 6 de abril que transcribo:

Noticia 6 abril 2011-04-08

Contratación pública: España modifica su legislación sobre contratos del sector público a raíz de un procedimiento de infracción La Comisión Europea ha cerrado un procedimiento de infracción contra España motivado por una serie de disposiciones contenidas en la Ley española de contratos públicos (Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, conocida como LCSP) y relativas a la modificación de dichos contratos tras su adjudicación, al haber sido la referida Ley sustancialmente modificada por una nueva norma, en concreto la Ley 2/2011, de Economía Sostenible (LES). El nuevo régimen establecido por la LES es una medida de la que cabe congratularse, puesto que limita la facultad de las entidades adjudicadoras para modificar los contratos públicos tras su adjudicación y permite disipar así la inquietud que había dado lugar a la incoación del procedimiento de infracción. No obstante, la Comisión someterá el nuevo régimen a un minucioso examen y un estrecho seguimiento, a fin de comprobar su compatibilidad con las Directivas de contratación pública de la UE y con la jurisprudencia en materia de modificación de contratos públicos y obras complementarias.

Reciba un afectuoso saludo

Teresa Moreo

p.d. En relación a mi currículum, comunicarle que el 15 de abril fui nombrada Interventora delegada en la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno Balear. Este ascenso en mi carrera profesional no modifica prácticamente las funciones que desempeñaba en mi anterior cargo, en cuanto a materia del trabajo, sí de la responsabilidad en el ejercicio del cargo.