

Grado en: Relaciones Laborales

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso: 2013/2014

Convocatoria: 1ª

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL *IUS VARIANDI* EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA.

The legal status of *ius variandi* in Spanish public procurement.

Realizado por la alumna Carmen Aloys García Suárez

Tutorizado por la Profesora Dra. Milagros Gómez Marín

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de Conocimiento: Derecho Administrativo

## ABSTRACT

Traditionally, Public Administrations have owned a number of prerogatives in procurement processes. These privileges have been granted to be used as a device to satisfy general interests. One of these prerogatives is the *ius variandi*, which is a legal authority to modify unilaterally public contracts.

In this work the evolution of the rules that have standardized the *ius variandi*, will be analyzed. The first rule which has formally regulated this prerogative dates from the second half of the last century. Before this period, there were some specifications included in a document of administrative clauses, but they weren't in a legal text.

After the accession of Spain to the European Economic Community, it became necessary to transpose into our legal system, the European directives that led the administrative contracts into our legal system. And precisely this has been the same need, which has motivated many reforms in the public procurement rules.

The current legal framework of *ius variandi* includes some common conditions and some specific rules for each type of contract.

Directive 2014/24/UE has been recently approved. It lists the principles on which the European jurisprudence has been based on, and introduces some new features, which must be transposed into our system before April 2016.

## RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Tradicionalmente las administraciones públicas han gozado de una serie de prerrogativas en la contratación administrativa. Estos privilegios le han sido concedidos para que sean utilizados como instrumentos para la satisfacción de los intereses generales. Una de estas prerrogativas es el *ius variandi*, o potestad de modificar unilateralmente los contratos.

A lo largo de este trabajo se analiza la evolución de las normas que han regulado el *ius variandi*. La primera norma que regula formalmente esta potestad, data de la segunda mitad del siglo pasado. Antes, también existían, pero no se encontraba en un texto legal, sino en los pliegos que regían el contrato.

Tras la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, se hizo necesario transponer a nuestro ordenamiento jurídico las directivas europeas que regían la contratación administrativa. Y precisamente, esa misma necesidad es la que ha motivado multitud de reformas en las normas de contratación pública.

El marco jurídico actual del *ius variandi* contempla unas condiciones comunes y unos supuestos específicos para cada tipo de contrato.

Recientemente se ha aprobado la Directiva 2014/24/UE, que recopila los principios sobre los que se ha basado la jurisprudencia europea e introduce algunas novedades, que deberán ser transpuestas a nuestro ordenamiento antes de abril de 2016.

## Índice

1.	INTRODUCCIÓN .....	4
2.	LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA .....	6
2.1.	Justificación .....	6
2.2.	Especial referencia al <i>ius variandi</i> .....	11
3.	ANTECEDENTES .....	14
3.1.	Legislación sobre Contratos del Estado (1963-1995) .....	14
3.2.	Legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas (1995-2007) .....	15
3.3.	Legislación de Contratos del Sector Público (Desde 2008 hasta la actualidad) .....	16
4	RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL .....	20
4.1.	Modificaciones prohibidas .....	20
4.2.	Modificaciones convencionales .....	20
4.3.	Modificaciones legales .....	22
4.4.	Procedimiento para la modificación de los contratos administrativos .....	25
4.5.	Procedimiento para la modificación de los contratos del resto de las entidades del sector público .....	29
5	LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y LA NUEVA DIRECTIVA .....	30
6.	CONCLUSIONES .....	37
7.	BIBLIOGRAFÍA .....	41

## 1. INTRODUCCIÓN

La contratación pública en España tiene un importante peso específico en el conjunto de nuestra economía. Según datos publicados en el Observatorio de Contratación Pública (<http://www.obcp.es>), esta actividad representa un volumen de gastos equivalente al 18,5% aproximadamente del PIB nacional. Teniendo en cuenta su relevancia en términos económicos, la actividad contractual pública ha de estar sometida a normas que la regulen y que la ordenen. Actualmente, la contratación administrativa está compuesta por una compleja maraña de normas que, lejos de facilitar su comprensión, supone un reto para los gestores de la contratación, que deben ponerla en práctica en su día a día, en el desempeño de sus funciones.

Dentro del conjunto de normas que componen la actividad contractual, se superponen una serie de principios transversales que imponen una interpretación de las normas a favor de su cumplimiento. La legislación de contratos ha contemplado tradicionalmente como principio la libertad de pactos, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

Los contratos administrativos no son inmutables. La Administración ostenta la potestad de modificarlos, siempre que con ello se persiga el interés general. Sin embargo, no siempre se ha ejercido esta facultad para satisfacer necesidades de interés público. Se trata de una facultad que tradicionalmente ha sido usada como un instrumento al servicio de la Administración Pública y del contratista, con el objeto de cambiar, alterar o reducir el objeto del contrato e introducir elementos que no fueron tenidos en cuenta durante la preparación de la licitación. Fruto de la experiencia, la normativa que regula la modificación de los contratos ha ido evolucionando con la imposición de límites que favorezcan que la modificación de contratos no se convierta en un instrumento para evadir los procedimientos legales. Así lo evidencia la jurisprudencia europea y el sentido de la nueva directiva aprobada recientemente.

Por tanto, la modificación del contrato administrativo no es un tema baladí. Llevarla a cabo implica consecuencias para la Administración, para la empresa adjudicataria y también para los licitadores que intervinieron en el procedimiento.

El objetivo de este trabajo consiste en profundizar en el conocimiento del *ius variandi*, estudiando su justificación, evolución y el actual marco jurídico, ya que se trata de una

circunstancia que acontece en el día a día de la actividad administrativa. Para conseguir este objetivo, el planteamiento del trabajo está orientado a:

- Contextualizarlo como prerrogativa de la Administración y una especialidad de los contratos administrativos.
- Analizar su concepto, para entender qué es y cuáles son sus límites.
- Desarrollar cómo ha ido evolucionando esta figura, desde mediados del siglo pasado hasta la actualidad, de modo que a partir de este análisis se pueda comprender mejor el régimen jurídico vigente.
- Análisis del *ius variandi* en el contexto de la normativa europea.

## 2. LAS CLÁUSULAS EXORBITANTES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

### 2.1. Justificación

La Administración, para el ejercicio de las funciones que le son competentes, siempre ha necesitado contratar la ejecución de obras, servicios o suministros, pero a lo largo de la historia, no siempre lo ha hecho de la misma forma.

La actividad contractual de las Administraciones Públicas nació estando sujeta al Derecho civil, es decir, la Administración actuaba sin una esfera de actuación distinta a la que se le presupone necesaria para que pueda cumplir con sus objetivos<sup>1</sup>. A principios del s. XIX se configuró la “triada de contratos básicos”<sup>2</sup>, los de ejecución de obras públicas, gestión de servicios públicos y el contrato de suministro.

Debido a razones de carácter práctico y atendiendo a las propuestas de los tribunales administrativos de la época, se fueron introduciendo una serie de especialidades, entre ellas:

- a) La necesidad de controlar el gasto público, que debía tenerse en cuenta en la fase de preparación del contrato.
- b) También se debía considerar que las Administraciones Públicas tenía un régimen jurídico propio, cuya observancia había de trasladarse también a su actividad contractual. La Administración tiene que actuar velando por el interés general y para ello era preciso que se le atribuyeran una serie de facultades que los particulares no tenían, es decir, se colocaba a la Administración en una posición dominante frente al adjudicatario.
- c) Era necesario excluir a los jueces ordinarios para la resolución de conflictos derivados de estos contratos y que fuera la jurisdicción contenciosa administrativa la que conociera de estos asuntos.

---

<sup>1</sup> García de Enterría, E., “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 41, 1963, págs. 99-128.

<sup>2</sup> Santamaría Pastor, J.A., “Los Contratos Públicos: Los caracteres del Derecho” *Principios del Derecho Administrativo General II*, segunda edición, Iustel, Madrid, 2009, Pág. 167.

- d) Los entes públicos debían observar reglas comunes en la selección del contratista, cumpliendo con los principios de transparencia y libre competencia en la elección de la mejor oferta.

Es así como con el transcurso del tiempo, se fueron agregando determinadas especialidades que iban configurando un tipo de contrato que cada vez más se alejaba de los contratos civiles. Pero todavía en la primera mitad del s. XX el régimen jurídico de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas seguía sometido al Derecho privado.

Es en la segunda mitad del siglo XX cuando se puede hablar de un texto normativo consolidado. A partir de entonces, la legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas contempla expresamente que la Administración tiene una serie de facultades exorbitantes, que la alejan del Derecho civil y le reconoce el ejercicio de unas prerrogativas que la sitúan en una posición privilegiada respecto al contratista<sup>3</sup>. Estas prerrogativas se basan en el privilegio de la Administración para decidir unilateralmente sobre los actos ejecutivos del contrato y que son de obligado cumplimiento para el contratista, que si está en desacuerdo, la alternativa que tiene es recurrir ante la

---

<sup>3</sup>En este sentido, ESTEVE PARDO se cuestiona si los contratos administrativos, al incluir este clausulado exorbitante, son verdaderos contratos, pues el art. 1256 del Código Civil determina que “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. En la medida en que los contratos administrativos incumplen este precepto, ¿son verdaderos contratos? ¿se ajustan a las reglas contractuales más elementales? Existen tres teorías que responden de manera distintas a estos interrogantes:

- a) No son verdaderos contratos porque incluye un clausulado exorbitante que los aleja de las reglas de cualquier contrato, es decir, una de las partes impone sus condiciones, por lo que no existe verdadero pacto entre ellas.
- b) El contratista es conecedor, antes de presentar su oferta, de las cláusulas exorbitantes, es decir, conoce las condiciones que la Administración impone para contratar con ella. En el momento en que el contratista presenta su oferta, lo hace aceptando incondicionalmente las bases de la contratación, por lo que el contrato recogerá las condiciones que el contratista oferta a la Administración. En este sentido, no se le puede reprochar que no sea un verdadero contrato.
- c) La tercera tesis sostiene que la Administración ostenta una serie de privilegios que le son propios por el mero hecho de ser Administración, es decir, son anteriores a su actividad contractual, la acompañan en el ejercicio de sus funciones públicas. En este sentido, la normativa de los contratos públicos, no la imponen, la recogen y la regulan, ofreciendo al contratista ciertas herramientas de compensación.

Esteve Pardo, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 314-316.

jurisdicción contencioso administrativa. En virtud de ello, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre la perfección y validez del contrato, ostenta la facultad de interpretarlos unilateralmente, de resolverlos anticipadamente sin que se le pueda imputar incumplimiento y tiene la facultad de ejercer el *ius variandi*, que se refiere a la potestad de modificar los contratos. También puede decidir sobre la realización de las prestaciones por parte del contratista, calificar las situaciones que den lugar a incumplimientos contractuales, imponer las sanciones legalmente previstas y en casos justificados, de otras que el órgano de contratación considere aplicables atendiendo a las especiales circunstancias del contrato. Asimismo ostenta la prerrogativa de decidir los plazos de prórroga, causas de resolución de los contratos, condiciones de recepción de los mismos, condiciones de la liquidación del contrato y autorización de devolución de las garantías definitivas constituidas por el adjudicatario.

Estas cláusulas exorbitantes no forman parte del clausulado, sino que están recogidas en la propia legislación, por lo que son de obligado cumplimiento para el contratista. De esta manera se constituyen en un imperativo para éste, quien tiene determinadas fórmulas de compensación que la ley le permite reclamar, por ejemplo, el derecho a ser indemnizado o el derecho a la revisión del precio del contrato para restablecer el equilibrio económico.

La justificación de la existencia de estas prerrogativas se basa en el concepto del servicio público como fin primordial de la Administración Pública. Según GARCÍA DE ENTERRÍA “El servicio público no puede ser abandonado por la Administración; es indeclinable para ella misma el mantener sobre él una titularidad permanente e inderogable. He aquí por qué, curiosamente, este objeto no va a poder ser un verdadero objeto contractual en sentido civil, por lo mismo que su regulación ingresaría en una estructura rígida en cuanto determinada por la ley del contrato y por la subordinación a la misma de los dos contratantes situados en un plano igual: ello alentaría contra aquél su principio propio, que es de la pertenencia exclusiva y permanente a la potestad única y libre de la Administración. Esta es la razón de que el servicio público, en cuanto requiera de algún modo ser referido en el objeto de un contrato, deba arbitrar para sí normas rigurosamente anticontractuales en sentido civil, situaciones exorbitantes del

Derecho común, dándose así lugar a esta singularísima figura que es el contrato administrativo.”<sup>4</sup>

Todo ello ha dado lugar a la aparición de dos figuras contractuales, una sujeta al derecho público y la otra, al derecho civil o privado. Si bien no constituye el objeto de este trabajo profundizar en sus diferencias, sí resulta conveniente al menos, conocerlas.

Un primer criterio de distinción es el referido a las competencias, que implica que cuando la Administración contrata en el ámbito de sus competencias, el contrato es de naturaleza administrativa. Como ya hemos visto, estos contratos además, contienen cláusulas exorbitantes que los distinguen de los contratos privados. Pero cuando esa misma Administración formaliza un contrato sobre materias sobre las que no tiene atribuidas potestades públicas, lo hace como un particular, por lo que el contrato es de naturaleza privada y no está sujeto a las mismas prerrogativas que esa misma Administración posee si estuviéramos ante un contrato administrativo.

El segundo criterio atiende al ámbito subjetivo. Son contratos administrativos los que se celebren por una Administración Pública y los privados, aquéllos que se celebren por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

El tercer criterio es el del objeto del contrato y lo podemos encontrar en el propio texto legal:<sup>5</sup>

a) Son contratos administrativos los relativos a obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Añade que hay otros contratos distintos a los anteriores, que tienen naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de

---

<sup>4</sup> García de Enterría, E., “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 10, 1953, pág. 268.

<sup>5</sup> En la actualidad está contenido en los arts. 19 y 20 del TRLCSP, pero todas las leyes sobre contratación pública lo han regulado de forma similar.

aquella, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados<sup>6</sup>.

b) Son contratos privados y por tanto, sujetos a Derecho civil, los que tengan por objeto la contratación de servicios bancarios, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos que no tengan naturaleza administrativa.

El cuarto criterio a considerar es el Derecho aplicable:

a) A los contratos administrativos se le aplica el Derecho administrativo en todas las fases del procedimiento (preparación, adjudicación, ejecución y extinción).

b) A los contratos privados se les aplica el Derecho privado. Pero esta afirmación no es tan contundente si observamos que estos contratos se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación (en defecto de normas específicas) por las mismas normas que los contratos administrativos o en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el Derecho privado.

Como consecuencia de lo anterior, existe un quinto criterio de distinción, relativo a la jurisdicción competente:

---

<sup>6</sup> A modo de ejemplo: Un organismo público de investigación cuya actividad es la investigación, divulgación y enseñanza. Acoge a científicos que vienen de otros países y para ello gestiona una residencia y un servicio de comedor. La explotación de la residencia y del comedor no forman parte de los fines de ese OPI, pero son necesarios porque contribuyen al desarrollo de su actividad. Cuando ese OPI licite la explotación de la residencia y del servicio de comedor, lo hará mediante la figura de un contrato administrativo especial.

Supongamos que ese mismo OPI quiere licitar la explotación de un servicio de visitas a sus instalaciones. Dado que la divulgación sí forma parte de sus competencias, estamos en presencia de un contrato administrativo típico, que reviste la modalidad de gestión de servicio público. Sin embargo, cuando ese mismo OPI requiere abrir una cuenta bancaria en la que gestionar sus cobros y pagos, atendiendo al objeto del contrato, será un contrato privado, en el que la preparación y adjudicación del contrato a la entidad financiera está sujeta a las normas de contratación administrativa y los efectos y extinción se regirán por el derecho privado.

Por último, aclarar que si ese mismo OPI requiere firmar un convenio con una entidad, con el objeto de colaborar en la promoción de un proyecto científico, estamos ante la figura del convenio, cuya regulación está excluida de las normas de contratación administrativa.

- a) La jurisdicción contencioso administrativa será la competente para resolver los conflictos que se susciten en torno a los contratos administrativos.
- b) En el caso de los contratos privados, el recurso se podrá interponer ante la jurisdicción contencioso administrativa si se relaciona con las fases de preparación y adjudicación, o bien, ante la civil si el acto recurrido se refiere a la fase de ejecución y extinción del contrato.

## 2.2. Especial referencia al *ius variandi*

Los contratos administrativos constituyen en sí mismos una categoría jurídica caracterizada por la desigualdad en la posición de las partes<sup>7</sup>. Tal como he señalado en apartados anteriores, las Administraciones Públicas tienen otorgadas una serie de prerrogativas en su actividad contractual. Una de las más importantes consiste en la facultad del órgano de contratación para modificar los contratos por «razones de interés público»<sup>8</sup>. Esto implica que la Administración contratante puede ejercer el *ius variandi*, Se trata de una facultad exorbitante que, en palabras de ESTEVE PARDO, consiste en “la facultad de decisión unilateral congénita a la Administración cuando actúa en la órbita de sus competencias, la que al proyectarse sobre el contrato administrativo le imprime ese carácter de mutabilidad.”<sup>9</sup>.

A pesar de que los supuestos sobre la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución implican modificación de las condiciones pactadas, no se enmarcan dentro del concepto del *ius variandi*, pues tales circunstancias no suponen el ejercicio de una facultad exorbitante.

La facultad del *ius variandi* ha de ejercerse siempre respetando los principios de transparencia y competitividad y los órganos de contratación han de velar por ejercer un

---

<sup>7</sup> Meilán Gil, J.L., “Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *Revista de Administración Pública*, núm. 139, 2013, pág. 11.

<sup>8</sup> En el preámbulo de La ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases del Estado, se reconoce que hay casos en los que no es posible ceñirse a la “... rigurosa disciplina del derecho de la Administración a modificar el contrato...” por lo que en ocasiones es necesario llevar a cabo modificaciones de contratos “...procurando que su ejercicio, basado en el interés público, sea todo lo respetuoso que merece con el vínculo contraído...”. Esta idea se mantiene en la actualidad y viene recogida en el art. 210 TRLCSP.

<sup>9</sup> Esteve Pardo, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, ob. cit. pág. 7.

uso razonable de esta prerrogativa. Sin embargo, en España, históricamente ha habido un abuso en el ejercicio del *ius variandi*, que consistía en adjudicar contratos a las empresas que presentaran las ofertas más económicas, aún a sabiendas que iba a ser muy difícil ejecutarlo en las condiciones inicialmente pactadas. Pero esto no preocupaba a la Administración ni a los adjudicatarios, pues la práctica de modificar los contratos estaba muy extendida y basándose en el interés público, muchas veces la Administración compensaba las pérdidas del adjudicatario, que no podemos olvidar, debía realizar el contrato a su riesgo y ventura<sup>10</sup>. Un ejemplo de esta mala praxis podemos encontrarlo en la noticia publicada a principios de 2014 por varios medios de comunicación, que anuncian la crítica situación en la que se encuentra una de las mayores obras de ingeniería mundial, el “Tercer juego de esclusas del Canal de Panamá” adjudicada al Consorcio “Grupos Unidos por el Canal (GUPC)”<sup>11</sup>. Este grupo está liderado por la constructora española Sacyr Vallehermoso e integrado también por la italiana Impregilo S.p.A., la belga Jan de Nul n.v y la panameña Constructora Urbana S.A. (CUSA). El motivo es que fueron adjudicatarios en base a una oferta que desde el principio se consideró temeraria y el tiempo ha confirmado que con los precios ofertados era imposible acometerla. Esto hace que se haya planteando la suspensión de la obra y peligre su continuidad.

El organismo contratante fue la Autoridad del Canal de Panamá (ACP), quien estimó el presupuesto de licitación en 5.250 millones de dólares. De los cuatro grupos presentados, sólo tres llegaron a la fase de valoración de ofertas, en el que la memoria técnica ponderó con un 55% y el precio con 45%<sup>12</sup>. El grupo español C.A.N.A.L. ofertó

---

<sup>10</sup> Precisamente la reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible se justifica en la necesidad de terminar con esta práctica. La UE impuso al Reino de España la obligación de transponer a su normativa una serie de limitaciones en la modificación de los contratos públicos, tal como se desarrolla en el apartado 3.3. de este trabajo.

<sup>11</sup> Sacyr e Impregilo cuentan cada uno con el 48% de las acciones del grupo, Jan de Nil tiene el 2% de las acciones y CUSA, el 1% restante.

<sup>12</sup> La Autoridad del Canal de Panamá hizo un esfuerzo por hacer el proceso transparente y respetar los principios de libre competencia. Para ello, una de las acciones que llevó a cabo fue publicar un documento con el resumen del proceso selectivo. Nada de esto sirvió para evitar las críticas al haber adjudicado un contrato que se sabía que era imposible llevar a cabo con esa oferta temeraria.

El documento puede consultarse en Autoridad del Canal de Panamá, *Resumen del Proceso para la selección del contratista: Proyecto del tercer juego de esclusas*, Panamá, julio de 2009, disponible en <https://micanaldepanama.com/wp-content/uploads/2012/02/resumen-ejecutivo.pdf>

por 5.981 millones de dólares, el grupo norteamericano Bechtel ofertó por 4.186 millones de dólares; y finalmente, el liderado por Sacyr, ofertó por 3.118 millones de dólares. El contrato se adjudicó a este último, ya que fue quien obtuvo la mayor puntuación total. El grupo de Bechtel ya advirtió que la española intentaría renegociar al alza el contrato durante la ejecución. Dijo que el presupuesto de Sacyr "*no daba ni para poner el hormigón*"<sup>13</sup>.

El problema surgió cuando el grupo liderado por Sacyr plantea a la autoridad contratante la ejecución de un modificado, tal como viene siendo práctica habitual en España, pero la ACP deniega tal posibilidad y le obliga a ejecutar el contrato en las condiciones inicialmente pactadas. En un comunicado de la ACP señaló que "*no está dispuesto a asumir esta cantidad fuera del contrato. No importa qué tipo de presión se haga, nosotros mantenemos nuestra exigencia de que GUPC respete el contrato que ellos mismos aceptaron y firmaron*"<sup>14</sup>. Tras dos meses de negociaciones, ACP y el grupo de Sacyr llegan a un acuerdo conceptual. El contenido del acuerdo implicó que Sacyr e Impregilo "inyectarán 100 millones de dólares y la ACP adelantará 100 millones de dólares, lo cual permitirá alcanzar el ritmo normal de las obras durante el mes de marzo"<sup>15</sup>. Esta solución no contempla el aumento del precio del contrato para compensar los sobrecostos, tal como había solicitado Sacyr,

Siguiendo a GIMENO FELIÚ la potestad del *ius variandi* no es ilimitada, ni de alcance general. Tampoco puede usarse como excusa o justificación para ajustar ofertas y mucho menos, con el objetivo de reequilibrar un contrato porque el adjudicatario había presentada una oferta a la baja<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup>Nota de prensa publicada en [www.libremercado.com](http://www.libremercado.com), de fecha 08/01/2014

<sup>14</sup>Nota de prensa publicada en [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es) de fecha 02/01/2014

<sup>15</sup>Nota de prensa publicada en [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es) de fecha 28/02/2014

<sup>16</sup>Gimeno Feliú, J. M. "La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable" Jornada sobre contratación pública, segunda ponencia, Madrid, 25 de abril de 2013, pág. 30.

### 3. ANTECEDENTES

#### 3.1. Legislación sobre Contratos del Estado (1963-1995)

La Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, es la primera norma que codifica las reglas especiales de los contratos administrativos: causa, poder de interpretación, resolución unilateral de los conflictos, potestad directiva y sancionadora de la Administración contratante. Es el primer texto legal que reconoce expresamente la prerrogativa de modificar los contratos. Antes de que entrara en vigor, también era posible ejercer la prerrogativa, pero sólo si estaba recogida en los pliegos de condiciones<sup>17</sup>.

En la exposición de motivos se justifica que desde comienzos del s. XX se habían promulgado diferentes normas, pero “... *el avance de la ciencia del Derecho (...) exige (...) establecer (...) una regulación completa de los contratos del Estado, bajo principios jurídicos y administrativos acordes con las necesidades actuales...*”. Una de estas necesidades es la que se refiere al ejercicio del *ius variandi*, hasta entonces, no regulado. La LCE reconoce que “... *la modificación del contrato solo podrá acordarse dentro de los límites que establezca el Ordenamiento jurídico...*” y en su Base VI determina en qué términos puede llevarse a cabo la modificación de los contratos de obra<sup>18</sup>.

El Texto Articulado, aprobado por Decreto de 8 de abril de 1965, desarrolla la Ley de Bases, sin introducir cambios en la regulación de los modificados de los contratos.

El 13 de mayo de 1986, el BOE publica el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, por el que se modifica la Ley de Contratos del Estado para adaptarla a las directivas de la Comunidad Económica Europea. La aprobación de este texto viene

---

<sup>17</sup> Pliego de condiciones generales para la contratación administrativa de 13 de marzo de 1903, Pliego general para la contratación de obras públicas de 7 de diciembre de 1900, Pliego general para la contratación de obras públicas de 11 de junio de 1886, Pliego de condiciones generales para la contratación de obras públicas de 10 de junio de 1861, Pliego general de los contratos de obras públicas aprobado por Real Orden de 18 de mayo de 1846.

*Vid.* Parada, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, 18ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012

<sup>18</sup> La Ley de Contratos del Estado solo reconoce el *ius variandi* en los contratos de obra y no recoge esta potestad para el resto de contratos que tipifica, es decir, ni para los contratos de gestión de servicios públicos, ni para los contratos de suministro.

motivada por la necesidad de transponer al ordenamiento jurídico español, las normas comunitarias en materia de contratación administrativa, tras el ingreso de España a la Comunidad Europea. El compromiso adquirido por el estado español, se reflejó en la aprobación de este Real Decreto legislativo que introdujo reformas en aspectos tales como la capacidad para contratar, formas de acreditar la solvencia y procedimientos de adjudicación. No reformó la regulación sobre modificación de los contratos, por lo que durante más de treinta años se mantuvo en vigor la redacción dada por las leyes del 63 y del 65.

### **3.2. Legislación sobre Contratos de las Administraciones Públicas (1995-2007)**

Este periodo legislativo comienza tras la entrada en vigor de la Ley 13/1995. La exposición de motivos de esta ley señala que “... *la pertenencia de España a la Comunidad Europea exige la adecuación de nuestra legislación interna al ordenamiento jurídico comunitario, recogido, en materia de contratación administrativa, en diversas Directivas sobre contratos de obras, suministros y servicios, aplicables, precisamente por su carácter de Derecho comunitario, a todas las Administraciones publicas...*”

La estructura de la ley está determinada por una parte general que comprende la organización administrativa de la contratación pública y partes especiales que recogen las singularidades de los distintos tipos de contrato.

En consonancia con esta estructura, en el Libro I “De los contratos de las Administraciones Públicas en general” se señala que una de las prerrogativas de la Administración consiste en la modificación de los contratos por razón de interés público, con la previsión de que las necesidades se deban a causas nuevas o imprevistas y la modificación se formalice mediante documento administrativo.

En sucesivos artículos se regulan las condiciones de modificación que son específicas para los distintos tipos de contrato. Además, para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y contratos de servicio, se contemplaba como causa de resolución, la modificación del presupuesto en más o en menos de un 20% del precio del contrato; también, la alteración de las condiciones inicialmente contratadas.

En junio de 2000 se publica el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Este texto recoge todas las modificaciones habidas hasta ese momento y en especial, las que se aprobaron tras la entrada en vigor de la ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la ley 13/1995, de 18 de mayo. La disposición final única, apartado 2, de la mencionada Ley 53/99 autorizó al Gobierno para que en el plazo de seis meses a partir de su publicación en el BOE, elabore un texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incluyendo la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales, al que se incorporen las modificaciones que en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Esta norma se mantuvo en vigor hasta que España transpuso a su ordenamiento interno las normas contenidas en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

### **3.3. Legislación de Contratos del Sector Público (Desde 2008 hasta la actualidad)**

Mediante carta de emplazamiento de 8 de mayo de 2006, la Comisión Europea comunicó formalmente al Reino de España la disconformidad entre su ordenamiento interno y el Derecho europeo. Esta disconformidad se basaba en una mala práctica administrativa que consistía en que la Administración aceptaba ofertas de muy bajo valor que luego se compensaban al contratista con modificaciones del contrato. Esto era posible porque el límite del 20 por ciento para la modificación de los contratos no era un umbral máximo, sino que operaba únicamente como causa de resolución del contrato, si el contratista no estaba de acuerdo en aceptar una modificación por importe superior a ese 20 por ciento.

El expediente abierto por la Comisión consideraba que la legislación española confería a las entidades adjudicadoras poderes muy amplios, casi ilimitados, para modificar cláusulas esenciales de los contratos públicos tras su adjudicación, en condiciones que no se atenían a los principios de igualdad de trato entre licitadores, no discriminación y transparencia fijados por las normas sobre contratación pública de la UE y que la normativa existente abría la posibilidad de que la entidad adjudicadora recurriera a

procedimientos negociados sin publicación, infringiendo así el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE <sup>19</sup>.

En el mismo sentido se ha manifestado el Consejo de Estado, que ha reconocido que “...se detectan situaciones que no serían admisibles en el mundo de los negocios entre particulares, lo que evidencia el contraste entre las predicadas prerrogativas de la Administración, que operan con frecuencia, sobre todo, a favor del contratista, y la debilidad o ineficacia real de los controles administrativos, en la preparación, la vigilancia y el seguimiento de los contratos...”, llegando incluso a comprobar “... el uso de prerrogativas administrativas a iniciativa y en interés del contratista...”<sup>20</sup>.

A pesar de la carta de emplazamiento que España recibió en mayo de 2006, el 31 de octubre de 2007, se publicaba en el BOE la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que entraría en vigor 6 meses más tarde. La justificación para la promulgación de esta nueva Ley se basaba en la obligación de adaptar la normativa comunitaria a la legislación sobre contratos públicos, recogiendo así el mandato contenido en la directiva 2004/18/CE. Sin embargo, en lo que se refiere a *ius variandi*, la redacción inicial mantiene la regulación dada por las normas predecesoras, sin introducir cambios significativos, salvo el requisito de que, para modificar un contrato, esta posibilidad y las condiciones en que se puede producir, deben recogerse en los pliegos y en el contrato. Pero esto no fue suficiente, pues seguía sin recoger la exigencia europea. El 2 de diciembre de 2008 la Unión Europea emite un dictamen sobre el incumplimiento por parte de España.

Esta situación motivó la necesidad de acometer una reforma, de manera que se adaptara la normativa española, al no ser del todo conforme al Derecho de la Unión Europea, que como es sabido, es de prevalente aplicación<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Nota de prensa publicada en [www.europa.eu](http://www.europa.eu) (Bruselas, 06/04/11).

<sup>20</sup> Memoria 2004 del Consejo de Estado, Madrid, 2005, págs. 130 y 131.

<sup>21</sup> Tal como señala la Circular de la Abogacía del Estado, 1/2011, la directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, no recogía la necesidad de regular la modificación de los contratos. Tampoco viene determinado en las anteriores Directivas 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, la 92/36/CEE, de 14 de junio de 1992, ni la 93/37/CEE de 14 de junio de 1993. Esta exigencia europea se basa en un constructo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tiene su fundamento en los principios estructurales del Tratado.

Esta reforma tuvo lugar tres años más tarde y vino de la mano de la Ley 2/2011, de 4 de enero, de Economía Sostenible (en adelante LES), que modificó la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público<sup>22</sup>. En el preámbulo se señala que “*En especial, se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por ciento el precio inicial del contrato. Asimismo, se establece una mayor transparencia de la información en la contratación pública*”. La redacción actual y su interpretación se analizan en el siguiente apartado.

Una de las consecuencias que tuvo la entrada en vigor de la reforma operada con la LES fue el establecimiento de una nueva causa de resolución del contrato, en los casos en que se acredite la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o que exista una posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato. La ley señala que en estos supuestos el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.

Esta nueva causa de resolución y el correlativo supuesto de indemnización, solo es aplicable a los contratos administrativos, lo que se deduce por su interpretación sistemática, al estar contenida en el Libro IV “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos” del TRLCSP.

El 6 de abril de 2011, un mes después de la entrada en vigor de esta ley, la Comisión Europea hizo público el cierre del procedimiento de infracción contra España<sup>23</sup>.

Actualmente está en vigor el Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que recopila en un

---

<sup>22</sup> Vid. De la Morena López, J., “Modificación de los contratos a partir de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible” *Revista Práctica, Contratación Administrativa*, núm. 108, Año 11, mayo de 2011, págs. 6-7.

<sup>23</sup> Nota de prensa publicada en [www.europa.eu](http://www.europa.eu), el 6 de abril de 2011.

único texto normativo gran cantidad de normas que modificaban la Ley 30/2007, algunas de ellas, muy poco tiempo después de su entrada en vigor<sup>24</sup>.

Por otra parte, a finales de 2013 se publicó la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Esta norma promueve la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno, como ejes fundamentales de toda acción política. Respecto a la modificación de contratos, no cambia la normativa en vigor, pero sí añade la obligación, para los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, de hacer pública, la información relativa a todos los contratos y sus modificaciones<sup>25</sup>. Para cumplir con este requerimiento, la Administración General del Estado desarrollará un Portal de la Transparencia, dependiente del Ministerio de la Presidencia, que facilitará el acceso de los ciudadanos a la información<sup>26</sup>. El Título I relativo la transparencia de la actividad pública, entrará en vigor en diciembre de 2014<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Vid. Gallego Córcoles, I., “Modificación de los Contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Práctica Contratación Administrativa*, núm. 109, Año 11, junio de 2011, págs. 52-58. En este artículo GALLEGO CÓRCOLES analiza con profundidad, entre otros aspectos, la aplicación temporal de las directivas sobre contratación pública.

<sup>25</sup> Art. 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

<sup>26</sup> Esto implica que se deberá desarrollar el Portal de la Transparencia, cuyo coste asciende a 1,7 millones de euros, según nota de prensa publicada en <http://www.elmundo.es> de fecha 13 de octubre de 2013.

<sup>27</sup> Disposición final novena de la Ley.

## **4 RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL**

### **4.1. Modificaciones prohibidas**

La actual legislación contempla una serie de condiciones por las que no es posible modificar los contratos. Una de ellas es que no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas. Tampoco se podrá modificar el contrato con el fin de cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, ni para incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. Si se diera alguna de estas circunstancias, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas para estos supuestos.

A través de la modificación de los contrato, tampoco se podrán alterar las condiciones esenciales ni las bases que dieron lugar a la adjudicación, pues esto supondría vulnerar el principio de libre competencia, que es transversal a todo procedimiento de contratación pública. Esto no es nuevo, pues ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa venía pronunciándose en este sentido, al afirmar que: *“... Hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que (...) celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato (...) la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre competencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce...”*<sup>28</sup>.

### **4.2. Modificaciones convencionales.**

La modificación convencional es aquella que se prevé en el pliego o en el anuncio de licitación<sup>29</sup>. El Informe N°1/2011 de la Abogacía General del Estado analiza los

---

<sup>28</sup> Informe 52/00, de 5 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, sobre “Prórroga de un contrato de gestión de servicios públicos y posibles modificaciones del mismo”.

<sup>29</sup> Informe N°1/2011 de la Abogacía General del Estado.

requisitos a los que se supedita la admisibilidad y validez de la modificación e identifica dos tipos.

El primer tipo hace referencia a requisitos de índole material (o sustantiva). Implica que los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma. Igualmente se ha de detallar de forma clara, precisa e inequívoca, el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse. Asimismo se debe expresar el porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueda afectar la modificación.

A diferencia de lo que ocurre con las modificaciones legales, en este supuesto no opera el tope del 10 por ciento. La ley no limita el porcentaje que el órgano de contratación puede aprobar pero sí obliga a que este importe se tenga en cuenta en el cálculo del valor estimado del contrato, que es el que determina el procedimiento de adjudicación y publicidad de la licitación.

El segundo tipo de requisitos son los de índole formal o adjetiva, e implica que el pliego o el anuncio de licitación deben indicar el procedimiento que haya de seguirse para la modificación del contrato.

Los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción, por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente, para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.

En estos supuestos, la posibilidad de modificar el contrato no parece un privilegio exorbitante por parte de las entidades del sector público, la Administración, ya que desde el principio, las partes conocen los supuestos concretos en los que cabe la posibilidad de modificación del contrato y al estar cuantificada dentro del valor estimado del contrato, determina también el procedimiento a seguir. En este sentido, MEILÁN GIL señala que el “... *interés general queda subsumido, encapsulado en las determinaciones que figuran en la documentación, en la que se expresa la voluntad de*

*la Administración, que, con la de los particulares, constituye el contrato y los vincula mutuamente...*<sup>30</sup>.

#### **4.3. Modificaciones legales<sup>31</sup>**

Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación se engloban bajo el término de modificaciones legales o no convencionales y sólo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas. Es decir, si se dieran circunstancias geológicas, hídricas, arqueológicas, medioambientales o similares que no se hubieran podido prever antes de la adjudicación del contrato. En todo caso, debe entenderse, respetando la debida diligencia requerida en la buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas<sup>32</sup>.

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

En este sentido, un ejemplo contrario a lo que este precepto regula, es el caso de una empresa que fue adjudicataria de un contrato de obra y la propia empresa admite que desde el principio existieron errores en el proyecto inicial de la obra y no puede cumplir

---

<sup>30</sup> Meilán Gil, J.L., “Las prerrogativas de la administración ...” ob. cit., pág. 11.

<sup>31</sup> El término de “modificación legal” es el acuñado en la Circular N°1/2011, de la Abogacía General del Estado.

<sup>32</sup> Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sobre las modificaciones de los contratos (BOE N° 86, de fecha 10 de abril de 2012)

con el plazo de entrega previsto en los pliegos<sup>33</sup>. En estos casos no es posible hacer una modificación del contrato dado que se parte de que las deficiencias eran conocidas desde el principio, con el proyecto de obra. Pero el adjudicatario no cuestionó dicho proyecto y aceptándolo sin reservas, logró la adjudicación del contrato, imponiéndose a los demás licitadores. No es jurídicamente correcto que con posterioridad al contrato se parta de las deficiencias de lo que se admitió, como base para una pretensión de modificación o indemnización. Si el proyecto adolecía de deficiencias sustanciales que lo hacían irrealizable, lo lógico hubiese sido no suscribir el contrato, o que, si estas se manifestasen después, la contratista hubiese instado su resolución, con las eventuales consecuencias derivadas de ella, y no mantenerse en el marco de la plena eficacia del contrato y dentro de ella imputar a la Administración incumplimientos. Por otra parte, las modificaciones contractuales no tienen por objeto la subsanación de deficiencias del proyecto inicial, sino que responden a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos. El Informe N°1/2011, de la Abogacía del Estado aclara qué se debe entender por causa de fuerza mayor. Y señala que no debemos entender como causas de fuerza mayor las señaladas en el Art. 231 TRLCSP, porque este precepto se refiere únicamente al contrato de obras y por tanto, no se aplica al resto de contratos. En su lugar, se entienden por causa de fuerza mayor los señalados en el Art. 1105 del Código Civil (sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, no fueran inevitables).

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

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato. En estos supuestos, cuando el poder adjudicador es también la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que pueden afectar a las especificaciones del contrato, los pliegos deberán definir las

---

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sec. 7ª, de fecha 13/9/2012, RC 2105/2008.

prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar durante la ejecución del contrato<sup>34</sup>.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la modificación del contrato no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. El concepto de condición esencial del contrato es un concepto jurídico indeterminado, pero el TRLCSP tasa los supuestos para considerar alteración de las condiciones esenciales del contrato:

- a) La modificación varía sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
- b) La modificación altera la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
- c) Para la realización de la prestación modificada es necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas. En este sentido, el informe N°1/2011, de la Abogacía del Estado aclara que, aunque este precepto alude a la solvencia, debe entenderse equiparado a la clasificación. Partiendo de esta afirmación distingue tres supuestos. El primero de ellos es que a consecuencia de la modificación se exija el requisito de la clasificación, cuando ésta no fue exigida en el contrato inicial pero con motivo del aumento del precio después del modificado supere el umbral a partir del cual es exigible. El segundo supuesto es que a consecuencia de la modificación se exija clasificación en un grupo o subgrupo distinto al requerido en el contrato inicial. Y por último, que aún manteniéndose el grupo o subgrupo, a consecuencia de la modificación se exija una categoría distinta. El Informe concluye que “... *cabe razonablemente entender que los supuestos consignados en los apartados 1) y 2) (...) tienen la suficiente importancia o entidad para concluir que se aprecia una alteración sustancial...*”. Respecto al tercer supuesto, el Informe concluye que no hay alteración sustancial de las condiciones del contrato si lo que se exige como consecuencia de la modificación es una categoría inmediatamente superior. Pero sí habrá alteración sustancial de las

---

<sup>34</sup> Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, BOE N° 86, de fecha 10 de abril de 2012.

condiciones del contrato cuando, a consecuencia de su modificación, se deba exigir una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente requerida.

d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite. Esto implica que cualquier modificación que supere el 10% será siempre calificada como esencial. Las modificaciones del precio que sean inferiores a ese 10% no deben ser consideradas automáticamente como no esenciales<sup>35</sup>.

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

En opinión de MEILÁN GIL, esta regulación tan exhaustiva de los casos en los que cabe la posibilidad de modificación del contrato por causa no prevista en los pliegos, se debe a que difiere del contenido de la Directiva comunitaria y por tanto, es «de comprometida validez»<sup>36</sup>.

#### **4.4. Procedimiento para la modificación de los contratos administrativos**

Los contratos administrativos sólo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en la ley. Las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas y se deben formalizar en documento administrativo<sup>37</sup>.

Si la posibilidad de modificación del contrato no estuviera prevista en los pliegos o en el anuncio, o bien excediera los límites previstos en la ley, se deberá proceder a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las nuevas condiciones pertinentes<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107... ob.cit. pág. 34.

<sup>36</sup> Meilán Gil, J.L. “Las prerrogativas de la administración ...”, ob. cit. 11.

<sup>37</sup> Art. 219 TRLCSP.

<sup>38</sup> Art. 105 TRLCSP.

En los casos en los que las modificaciones estuvieran previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, el procedimiento se llevará a cabo en la forma que éstos establezcan. Si el proyecto o pliego de especificaciones técnicas hubieran sido preparados por un tercero ajeno al órgano de contratación, se le deberá dar audiencia antes de proceder con la modificación del contrato. A estos efectos, dispondrá de un plazo mínimo de tres días para que formule las consideraciones convenientes<sup>39</sup>.

En los casos de modificaciones no previstas en los pliegos, el TRLCSP establece un procedimiento general aplicable al ejercicio de todas las prerrogativas de las Administraciones pública. El procedimiento contiene ciertas singularidades según cuál sea el tipo de contrato de que se trate.

Cuando, como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación<sup>40</sup>.

En el procedimiento para realizar una modificación de los contratos, como en cualquier otro, se aplicará de forma subsidiaria, los preceptos contenidos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y resto de normas complementarias. Pero se ha de tener en cuenta que, según doctrina del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, no debe llevarse a cabo una aplicación supletoria indiscriminada de la LRJPAC, si el resultado es contrario a los principios generales que rigen la contratación administrativa<sup>41</sup>.

La tramitación de un modificado, no siempre da lugar al derecho a ser indemnizado. Si el contratista no insta la resolución del contrato y acepta las modificaciones contractuales, el ejercicio de *ius variandi* no determina siempre, necesariamente,

---

<sup>39</sup> Art. 108 TRLCSP.

<sup>40</sup> Art. 99.3 del TRLCSP.

<sup>41</sup> Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado número 16/00, de 11 de abril de 2000 “Aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a los procedimientos en materia de contratación y Dictamen del Consejo de Estado N° 477/2001, de fecha 20/03/2001, sobre expediente de resolución contractual de la concesión de servicios de Bar Restaurante y Cafetería del Palacio de Congresos de Madrid.

derecho a ser indemnizado, al no tratarse de una situación que esté amparando un fraude de los principios de contratación administrativa y que no limita las garantías del contratista. El fundamento es que la ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista y la modificación del contrato no puede emplearse como instrumento para favorecer al adjudicatario<sup>42</sup>.

En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la modificación del contrato deberá darse audiencia al contratista<sup>43</sup>.

En la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, el acuerdo de modificación del contrato deberá ser adoptado previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos de variación del precio del contrato por aplicación de cláusulas de revisión de precio, prórroga del plazo de ejecución y de demora en la ejecución del contrato<sup>44</sup>.

Será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros<sup>45</sup>.

Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos, sin perjuicio de su impugnación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La omisión de alguno de los trámites anteriores determinará la nulidad del procedimiento y la retroacción de las actuaciones al momento en que se prescindió del mismo. Cierta jurisprudencia ha relativizado la exigencia del trámite de audiencia del

---

<sup>42</sup> Así se reconoce en la STS, Sec. 7ª, 7/6/2012, RC 2050/2009.

<sup>43</sup> Art. 108 TRLCSP.

<sup>44</sup> En aplicación de lo dispuesto en el art. 83.1 de la Ley 30/92, este informe no es vinculante.

<sup>45</sup> El Art. 211 TRLCPS establece expresamente que este informe es preceptivo. A tenor del art. 83.1 de la Ley 30/92, no es vinculante.

contratista “... de manera que únicamente cuando genere indefensión en el interesado podrá servir para producir efectos invalidantes...”<sup>46</sup>.

La omisión del procedimiento establecido ha dado lugar a numerosa jurisprudencia. La cuestión es ¿en qué situación queda el contratista que acepta un modificado aprobado por la Dirección Facultativa de la obra (que no tiene competencia para ello) sin que previamente se haya instruido expediente de modificación aprobado por el órgano de contratación? En estos casos la jurisprudencia aplica la doctrina del enriquecimiento injusto, que ha sido configurada para legitimar el derecho del contratista a cobrar las unidades de obra realmente ejecutadas, siempre que quede acreditada la buena fe del contratista, a pesar de que no se haya seguido el procedimiento establecido para la modificación de los contratos<sup>47</sup>. Por ello, esta modificación se consolidará y aprobará con la certificación final de las obras realmente ejecutadas<sup>48</sup>. Sin embargo, no toda ampliación de obra extracontractual ha sido amparada bajo esta doctrina, al haber aplicado la jurisprudencia el principio de que nadie puede enriquecerse con sus propios actos ilícitos<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Por todas, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Nº Roj: STS 3048/2002.

<sup>47</sup> Siguiendo a FERNÁNDEZ MONTALVO, R, “Jurisprudencia local en el Tribunal Supremo” *Anuario del Gobierno Local 2008*, págs. 215-218, el principio del enriquecimiento injusto o sin causa, es una figura jurídica que tiene como referencia la sentencia de 28 de enero de 1956. Al aplicar la figura del enriquecimiento injusto, se considera que la ausencia de causa equivale a falta de justo título para conservar en el patrimonio el incremento o valor ingresado. Los requisitos para considerar que ha habido enriquecimiento injusto son los siguientes: en primer lugar, el aumento del patrimonio del enriquecido; en segundo término, el correlativo empobrecimiento de la parte actora; en tercer lugar, la concreción de dicho empobrecimiento representado por un daño emergente o por un lucro cesante; en cuarto término, la ausencia de causa o motivo que justifique aquel enriquecimiento y, por último, la inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del citado principio.

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sec. 7ª, 15/12/2011, RC 4643/2008 y así lo recoge RUIZ LÓPEZ, M.Á., en su Informe de doctrina jurisprudencial sobre Contratación Administrativa 2009-2012.

<sup>48</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 8489/2011, Sala de lo Contencioso, Madrid.

<sup>49</sup> Usted pregunta” *Revista Práctica Contratación Administrativa*, número 104, Año XI, enero de 2011.

#### **4.5. Procedimiento para la modificación de los contratos del resto de las entidades del sector público.**

Con anterioridad a la reforma introducida por la LES, la normativa para la modificación de los contratos sólo operaba respecto a los contratos administrativos. Pero a partir de la modificación introducida en la LCSP por la LES, la normativa sobre modificación de los contratos también se aplican a los contratos privados<sup>50</sup>.

Respecto al procedimiento a seguir, el TRLCSP no lo establece, señalando únicamente en su art. 20 que los efectos y extinción de estos contratos se regirán por el Derecho Privado, siendo el orden jurisdiccional civil, el competente para conocer de las controversias que surjan entre las partes.

---

<sup>50</sup> Art. 20 del TRLCSP.

## 5 LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y LA NUEVA DIRECTIVA.

En los anteriores apartados se ha señalado de qué manera la normativa europea ha incidido en la regulación interna de nuestro país. Las primeras normas europeas en esta materia se dictan desde la década de los 70, si bien España se incorpora a la CEE en junio de 1985. A partir de esa fecha, comenzaría un continuo periodo de adaptación de las directrices europeas a la normativa interna. La primera norma sobre contratos públicos que recoge esta necesidad de adaptación fue el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo<sup>51</sup>. A partir de entonces, las sucesivas reformas han tenido su justificación en la necesidad de armonizar la normativa española con la europea. En la actualidad asistimos a lo que GIMENO FELIÚ denomina “contratos públicos de cuarta generación”<sup>52</sup> ligados a políticas que fomentan un escenario más competitivo.

La interpretación de la normativa actual en materia de contratación administrativa en general y en relación con el *ius variandi*, en particular, ha de realizarse conforme al Derecho europeo, como es sabido por todos.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo (TJUE) en materia de modificación de contratos se puede resumir en los siguientes principios<sup>53</sup>:

1. La documentación de la licitación debe expresar de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que se puede llevar a cabo la modificación del contrato.
2. Si las condiciones de la modificación no están recogidas en los pliegos ni en el anuncio de licitación, la modificación del contrato no puede afectar a las condiciones esenciales del mismo.
3. Si fuera necesaria la modificación de una de las condiciones esenciales del contrato, y esta posibilidad no estuviera recogida en los pliegos ni en el anuncio,

---

<sup>51</sup> Véase apartado 3.1.

<sup>52</sup> Gimeno Feliú, J.M. “La modificación de los contratos...” ob. cit., pág. 3.

En opinión de GIMENO FELIÚ, estas nuevas directivas “...pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas...”. Siguiendo su razonamiento, las directivas del 2004 supusieron un avance pero seguían siendo insuficientes en un contexto de crisis económica como el actual, al no estar alineadas con los objetivos de la Estrategia Europa 2020 “...para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

<sup>53</sup> Circular N° 1/2011, de la Abogacía del Estado.

se debe proceder a resolver el contrato y adjudicar uno nuevo, convocando para ello el correspondiente procedimiento de licitación.

La jurisprudencia del TJUE aclara que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste, constituyen una nueva adjudicación cuando presentan características sustancialmente diferentes de la del contrato inicial y por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato <sup>54</sup>.

El TJUE ha señalado que las modificaciones que deben considerarse sustanciales, son aquéllas que introducen condiciones que habrían permitido la participación de otros licitadores o la selección de otras ofertas, si amplían el contrato o si modifican su equilibrio económico<sup>55</sup>. En este sentido se pronuncia la sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, Comisión contra CAS SUCCHI DI FRUTTA SPA. La Comisión tramitó una licitación para fijar las condiciones para el suministro de zumo de frutas y confituras para las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán. El pago al adjudicatario se realizaría en especie (en manzanas y naranjas). La Comisión modificó el contrato porque desde el momento de la adjudicación, las cantidades de manzanas y naranjas eran insignificantes en relación con las cantidades necesarias. El objeto de la modificación era permitir a las empresas adjudicatarias que lo aceptaran, que el pago, en vez de manzanas y naranjas, se hiciera efectivo con la entrega de otros productos, como nectarinas y melocotones. Para ello, se fijaría un porcentaje de equivalencia.

Una empresa, Succhi di Frutta, que no había sido adjudicataria, recurrió el contrato de modificación. Para poder recurrirlo, el TJUE había considerado que tenían legitimación. En el recurso interpuesto por esta empresa, se alegaba que no se había respetado los principios de igualdad de trato y de transparencia. También se alegaba que hubo alteración sustancial del contrato por la sustitución de las frutas, que además, se produjo poco tiempo después de la adjudicación.

---

<sup>54</sup> Sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337, Rec. P. I-8377, apartados 44 y 46.

<sup>55</sup> Comisión Europea, *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, 2011, pág. 27.

El anuncio de licitación no contemplaba la posibilidad de sustituir el pago en manzanas o de naranjas por melocotones y nectarinas. Tampoco se contemplaba la posibilidad de fijar coeficientes de equivalencia. La Sentencia afirma que “...cuando una entidad contratante ha señalado prescripciones en el pliego de cláusulas administrativas, el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas...” y que ese procedimiento de comparación debe respetar en todas sus fases no sólo el principio de igualdad, sino también el de transparencia, para que todos ellos dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas<sup>56</sup>.

La Sentencia determina que si se contempla la posibilidad de realizar modificaciones en algunas condiciones de la licitación, tras la adjudicación del contrato, la entidad contratante está obligada a preverlo expresamente, en el anuncio de licitación elaborado por ella. De esta manera, todas las empresas interesadas en participar en la licitación podrán conocer tal posibilidad desde el principio y estarán en igualdad de condiciones en la formulación de su oferta.

Este planteamiento se mantiene en Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE<sup>57</sup>, que señala que una modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público durante su período de vigencia se considerará una nueva adjudicación y requerirá un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con ella<sup>58</sup>.

La tendencia del Derecho comunitario, recogido en la nueva directiva, propone limitar las prerrogativas que actualmente tiene el órgano de contratación, consistentes en modificar e interpretar unilateralmente los contratos administrativos en su fase de ejecución<sup>59</sup>. Esta es la influencia de la normativa europea que nos marca el camino a seguir. Y una cuestión que preocupa a la UE, por considerarla «compleja» es la de cambios posteriores a la formalización del contrato<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Marco jurídico, hechos y procedimientos, número 72 de la Sentencia de 29.4.2004.

<sup>57</sup> DOUE» núm. 94, de 28 de marzo de 2014, páginas 65 a 242 (178 págs.). Esta directiva deroga a la anterior Directiva 2004/18/CE.

<sup>58</sup> Art. 72.1. de la Directiva 2014/24/UE.

<sup>59</sup> Meilán Gil, José Luis, “Las prerrogativas de la administración...” ob. cit. , pág. 11.

<sup>60</sup> Comisión Europea, *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, 2011, pág. 27

Así lo recoge la Directiva 2014/24/UE, que en su Considerando 111 señala que en cada contrato, los poderes adjudicadores deben tener la posibilidad de prever modificaciones, sin que ello suponga otorgarles una discrecionalidad ilimitada.

En el Considerando 107 expone que es necesario recoger la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aclarando que será obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales. Sin embargo, deja la puerta abierta para que el órgano de contratación introduzca modificaciones en el contrato que representen un cambio menor. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la Directiva dispone umbrales de mínimos, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación.

En su Considerando 108 reconoce expresamente la necesidad de modificar el contrato inicial sin nuevo procedimiento de contratación, en los casos en que las entregas adicionales 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 desproporcionada.

Toda esta regulación viene desarrollada en el artículo 72 de la Directiva, cuyo plazo límite para la transposición al Derecho español finaliza el 18 de abril de 2016. El texto de este artículo establece que los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación, cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, 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. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. Esta disposición es equivalente a la actualmente contenida en el art. 106 TRLCSP.

En ningún caso se puede aceptar la opción de modificaciones que, de llevarse a cabo, puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco.

Asimismo podrán ser objeto de modificación del contrato, en el caso de 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 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 genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador. No obstante, 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. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la Directiva.

También podrán modificarse los contratos cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever<sup>61</sup>; que la modificación no altere la naturaleza global del contrato; que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En 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 Directiva y deberán publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Otro de los supuestos en los que se admite la modificación del contrato, es cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de una opción o cláusula de revisión inequívoca prevista inicialmente en los pliegos; si se produce la sucesión total o parcial del

---

<sup>61</sup> En opinión de GIMENO FELIÚ, esta imprevisión debe referirse a situaciones que, en sentido estricto, sean realmente imprevisibles y no sean achacables a la imprevisión por falta de diligencia.

Por ejemplo, un contrato mixto que tenga por objeto el diseño y fabricación de un prototipo. El órgano de contratación aprueba un pliego de prescripciones técnicas con unas especificaciones muy detalladas del prototipo que desea adquirir. La empresa adjudicataria es la que presenta la mejor solución técnica. Aprobado el diseño, comienza la fabricación. Al tratarse de un prototipo y ser éste un elemento innovador, se dan una serie de circunstancias técnicas que fueron imposibles ser previstas desde un inicio. La entidad contratante actuó diligentemente, la empresa adjudicataria presentó una oferta técnica pero estas condiciones novedosas aconsejan una modificación en algunas de las prescripciones previstas para la fabricación. Este sería un ejemplo de circunstancias imprevisibles no achacable a falta de diligencia.

contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la Directiva; o bien, la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional.

Siempre que las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales<sup>62</sup>, se podrán modificar los contratos, sin necesidad de proceder a una nueva licitación.

No obstante lo anterior, aunque se trate de modificaciones sustanciales, los contratos se podrán modificar si el valor de esa modificación es inferior al 10% del precio de contrato inicial de servicios o de suministro, o 15% si el contrato es de obra, siempre que se trate de contratos por importe inferior a 5.186.000 euros, en los contratos públicos de obras; 134.000 euros, en los contratos públicos de suministro y de servicios; adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales; y 207.000 euros, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores; 750.000 euros, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales.

Sin embargo, la modificación no podrá alterar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco. Cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor neto acumulado de las sucesivas modificaciones.

Se considera modificación sustancial del contrato, cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

a) que la modificación 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

---

<sup>62</sup> GIMENO FELIÚ destaca que no se utiliza el término “esencial” como ocurre en el TRLCSP, sino “sustancial. Aunque este autor no justifica el motivo de este cambio terminológico, en mi opinión podría deberse a una traducción de la directiva al castellano.

aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación;

b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;

c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;

d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en aquéllos casos en los que no haya habido una opción o cláusula específica de revisión; ni se deba a sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial.

A la vista del nuevo marco comunitario, MEILÁN GIL se cuestiona si el *ius variandi* sigue siendo necesario. Reconoce que el límite de la modificación está en la necesidad de llevar a cabo una nueva adjudicación y que la Directiva tasa los supuestos en los que es posible modificar los contratos, dejando un amplio margen para su interpretación. Existen varias fórmulas que permitirían prescindir del *ius variandi*. Así, el diálogo competitivo, permite poner el énfasis en la determinación de las soluciones técnicas o financieras más adecuadas, en proyectos complejos. Las controversias se someterán a la decisión de un tribunal independiente, responsable de la supervisión y coordinación de las actividades de ejecución y todos los poderes adjudicadores estarán sujetos a esta supervisión. Asimismo, teniendo en cuenta que existe un procedimiento para la modificación de los contratos, que incluye trámite de audiencia, informes del Consejo de Estado en algunos casos, posibilidad de interposición de recursos y obligación de publicación, ya no estamos en presencia de un acto unilateral por parte de la Administración, que es en lo que consiste el *ius variandi* <sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Meilán Gil, J.L., “Las prerrogativas de la administración ...” ob. cit., pág. 11.

## 6. CONCLUSIONES

La actividad contractual de las entidades que conforman el sector público, representa una importante partida en el presupuesto de gastos destinados a servicios e inversiones. Es preciso ordenar la actividad administrativa para que la ejecución de esos gastos se realice de modo eficiente. Para ello, las normas que regulan la contratación administrativa deben ser lo suficientemente flexibles para asegurar el buen fin del contrato, pero la actividad contractual también debe ser sometida a estrictos controles de legalidad que inhiban cualquier intento de desviación de los principios transversales que rigen las actuaciones de los poderes públicos.

A lo largo de este trabajo se ha evidenciado que partimos de un momento histórico en el que apenas se regulaba el *ius variandi*, configurándose como una facultad exorbitante, sólo limitada por el interés público, mientras que en la actualidad asistimos a un escenario más regulado y más controlado, en el que esta prerrogativa no se extingue, pero tampoco es tan discrecional como lo fue en un principio.

Son tres las conclusiones que extraemos respecto a la prerrogativa del *ius variandi*.

1. La potestad para modificar los contratos públicos unilateralmente ha sido conceptualizada como una facultad exorbitante y por ello, nos planteamos si realmente es necesario mantenerla o por el contrario, las administraciones deben actuar como un particular, sin esa coraza que le atribuye el ejercicio de prerrogativas. Hemos analizado que tras la reforma introducida con la LES la modificación de los contratos está relegada a supuestos previamente conocidos por todos los licitadores y si no estuviera prevista en los pliegos, o en el anuncio de licitación, sólo podrá llevarse a cabo en circunstancias tasadas. La recién estrenada directiva mantiene la posibilidad de modificar los contratos si así se recoge en los pliegos o en el anuncio de licitación. Pero para aquéllos casos en los que no esté previsto, el ejercicio del *ius variandi* se mantiene para circunstancias cada vez más excepcionales.

MEILÁN GIL cuestiona la innecesidad de mantener esta prerrogativa. Su razonamiento se basa en que actualmente el *ius variandi* ha dejado de ser una decisión unilateral como lo fue en sus orígenes, pues el procedimiento para llevar a cabo una modificación, incluye la audiencia al contratista, la posibilidad de interponer recursos y el sometimiento a un tribunal independiente.

En nuestra opinión, la modificación de los contratos como facultad exorbitante, tal como la conocimos antes del 2011, ya no existe. En su lugar, se configura un carácter más restrictivo, que impulsa la resolución del contrato que no pueda llevarse a cabo en las condiciones inicialmente pactadas e insta al órgano de contratación a la adjudicación de un nuevo contrato. Ello no significa que el *ius variandi* vaya a desaparecer. Todo lo contrario, en la actualidad se ve reforzado con las normas que lo regulan, pero se minimiza el componente de discrecionalidad que históricamente lo ha caracterizado.

Entendemos que el *ius variandi* sigue siendo necesario, siempre que el objetivo de introducir modificaciones en las condiciones inicialmente pactadas, persiga el interés público. Esta tendencia ha sido señalada en las distintas normas aprobadas desde 1963 hasta la actualidad. Si la administración actuara como un particular, no tendría la capacidad de imponer al contratista la obligación de llevar a cabo determinadas modificaciones, salvo las que estuvieran previstas en los pliegos que rigen la licitación.

Asistimos a una progresiva modulación del *ius variandi*. Aún siendo una prerrogativa del órgano de contratación, está sometida a una serie de límites y puede ser revisada. En cualquier caso, entendemos que la Administración debe conservar esta prerrogativa en beneficio del interés público, respetando los límites que los principios rectores de la contratación administrativa imponen: transparencia, no limitación de la competencia, fomento de la concurrencia y publicidad.

2. La segunda conclusión gira en torno a la idea de que esta tendencia en la limitación del *ius variandi*, obedece a la premisa de la UE sobre la defensa de la competencia. En este sentido, recordemos que uno de los pilares básicos sobre los que se fundamenta la UE, desde sus orígenes, es el respeto y promoción de la libre competencia. Históricamente, en España ha habido una mala *praxis* en el ejercicio del *ius variandi*. Consideremos que partimos de una situación poco regulada y con amplio margen de discrecionalidad, que en nuestro país ha desembocado en la “cultura de los modificados”, con el perjuicio para las empresas que presentaron ofertas serias y el sobrecosto que esto ocasiona para el erario público. A lo largo de las dos últimas décadas, la tendencia ha sido limitar al órgano de contratación en sus prerrogativas. La contratación pública ha de ser fiel a los principios que la rigen. España ha recibido advertencias por parte de la UE, al considerar que mediante esta figura se estaban encubriendo compensaciones al contratista para que éste obtuviera una retribución

superior a la pactada. La UE insiste que la modificación del contrato ha de perseguir el interés público y debemos tener presente que el contratista debe ejecutar el contrato a su riesgo y ventura. Por tanto, la Administración sólo debe intervenir en aquellos casos en los que sea necesario restaurar el equilibrio económico cuando el interés público así lo justifique, teniendo como premisa el respeto de la libre competencia.

3. A pesar de que se ha regulado con más firmeza y de haber estrictos controles normativos, se sigue ejerciendo un mal uso de la figura del modificación de contratos. Es preciso mantener los controles pero sólo un cambio de cultura hará posible evitar el fraude en la contratación pública. La norma impone límites, pero quienes tienen potestades decisorias, deben ser conscientes de la necesidad de aplicarlos. No se puede ni se debe prohibir el *ius variandi* pero sí se puede “educar” en el buen uso de esta facultad. Por ejemplo, la adjudicación de las tres esclusas del Canal de Panamá se hizo a través de un proceso transparente, competitivo, con las máximas garantías para la competidores y aún así, el fracaso no fue sorpresa para nadie, pues era un secreto a voces, que sólo acudiendo al modificación la empresa podría soportar los costes no presupuestados inicialmente. La empresa adjudicataria, de nacionalidad española, daba por hecho que esa diferencia a la baja sería compensada durante la ejecución del contrato, como venía siendo costumbre en España.

Por todo ello, consideramos que la clave radica en un cambio cultural. Las limitaciones legales no son el único instrumento para frenar el incorrecto ejercicio del *ius variandi*. Es preciso hacer conciencia de los perjuicios que ocasiona este uso inadecuado. Y la forma de hacer cultura o conciencia es mediante la comunicación, que en contratación administrativa se canaliza a través de la publicación y la notificación. La actual Directiva recoge la obligación de publicar determinados supuestos de modificaciones, pero se debería dar un paso más y se debería obligar a que se publiquen las modificaciones de los contratos en el BOE, en la plataforma de contratación del sector público y en perfil del contratante. Así se hace, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Aragón, que además establece la obligación de notificarlo a todos los licitadores, dando la posibilidad de interponer recurso administrativo.

Otra de las medidas que se podrían poner en marcha sería que todos los órganos de contratación de todas las entidades del sector público, solicitaran informe previo, que debería ser preceptivo y vinculante, al Servicio Jurídico del Estado o de la Comunidad

Autónoma que le corresponda. En este sentido, la Abogacía del Estado o de la Comunidad Autónoma, jugaría un papel también pedagógico pues en su informe, se señalarían las circunstancias por las que se aprueba el inicio del procedimiento del modificado, o cuáles son las causas que justifican su rechazo, con indicación de posibles alternativas a los modificados. Debemos tener en cuenta que la ley de contratos no está dirigida únicamente a administraciones públicas que cuentan con una unidad específica de asesoramiento jurídico. Las entidades del sector público son muchas y de variada naturaleza, cada una, con medios personales diferentes y con mayor o menor conocimiento jurídico a la hora de interpretar el ejercicio del *ius variandi* y el resto de normas que conforman el complejo entramado de la contratación administrativa española. En este sentido, el asesoramiento previo sería una buena medida para prevenir prácticas poco deseables para todos los actores de la contratación administrativa.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Autoridad del Canal de Panamá, Resumen del Proceso para la selección del contratista: Proyecto del tercer juego de esclusas, Panamá, julio de 2009, [Consulta 17-03-2014], disponible en: <https://micanaldepanama.com/wp-content/uploads/2012/02/resumen-ejecutivo.pdf>
- Comisión Europea, 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, 2011, [Consulta 20-03-2014]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:ES:PDF>.
- De la Morena López, J., “Modificación de los contratos a partir de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible” *Revista Práctica, Contratación Administrativa*, núm. 108, Año 11, mayo de 2011.
- Esteve Pardo, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Fernández Montalvo, R. “Jurisprudencia local en el Tribunal Supremo”, *Anuario del Gobierno Local 2008*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Públic, [Consulta 31-05-2014]. Disponible en: [http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/613/FERNANDEZ\\_MONTALVO\\_p215\\_249Anuario%202008MA.pdf?sequence=1](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/613/FERNANDEZ_MONTALVO_p215_249Anuario%202008MA.pdf?sequence=1)
- Gallego Córcoles, I., “Modificación de los Contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Práctica Contratación Administrativa*, núm. 109, Año 11, junio de 2011.
- García de Enterría, E., “Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 10, 1953, págs. 241-281.
- García de Enterría, E., “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 41, 1963, págs. 99-128.

- Gimeno Feliú, J. M. “La modificación de los contratos: Límites y Derecho aplicable” Jornada sobre contratación pública, segunda ponencia, Madrid, 25 de abril de 2013.
- Grupo de Contratos del Sector Público de Gómez-Acebo & Pombo, *Patologías de la Contratación Pública*, España, Comunicación Impresa, S.L., enero 2014, [Consulta 16-04-2014]. Disponible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/patologias-de-la-contratacion-publica.pdf>
- Meilán Gil, J.L., “Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, *Revista de Administración Pública*, núm. 139, 2013, págs. 11-41.
- Parada, R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, 18ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Ruiz López, M.Á., Informe de doctrina jurisprudencial sobre Contratación Administrativa 2009-2012, Gabinete Técnico de la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia [Consulta 12-03-2014]. Disponible en: [http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos\\_Jurisprudencia\\_del\\_Tribunal\\_Supremo\\_2009%232E%232012%232E%23\\_Contratacion\\_administrativa\\_7b6b412d%232E%23pdf/chk.0ef5832994d240b9e3c4f58080e51e8c](http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Jurisprudencia_del_Tribunal_Supremo_2009%232E%232012%232E%23_Contratacion_administrativa_7b6b412d%232E%23pdf/chk.0ef5832994d240b9e3c4f58080e51e8c).
- Santamaría Pastor, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General II*, segunda edición, Iustel, Madrid, 2009.
- “Usted pregunta” *Revista Práctica Contratación Administrativa*, número 104, Año XI, enero de 2011.