

---

# 25 Sobre la existencia de un régimen dual de modificación de los contratos del sector público<sup>\*)</sup>

**CARLES PAREJA LOZANO**

*Socio de Pareja & Associats, Abogados Profesor Titular de Derecho Administrativo*

**NORMA MUNNÉ FORGAS**

*Asociada Senior de Pareja & Associats, Abogados*

---

## **Sumario:**

- . Introducción. Evolución del régimen de modificación de los contratos. Extensión a la fase de ejecución del contrato de los principios de igualdad de trato y transparencia
- 2. La regulación de las modificaciones contractuales contenida en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible
- 3. La regulación de las modificaciones contractuales en el nuevo paquete de Directivas de contratación. Hacia una flexibilización de la doctrina establecida por el TJUE
- 4. Sobre el régimen transitorio aplicable a las modificaciones contractuales. Normativa aplicable a los modificados de contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible
- 5. La transposición de las Directivas comunitarias al ordenamiento jurídico estatal. ¿Hacia la consolidación de un régimen dual de las modificaciones contractuales?

# 1. INTRODUCCIÓN. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS. EXTENSIÓN A LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE TRATO Y TRANSPARENCIA

La normativa reguladora de la contratación pública, o de la contratación del sector público en su denominación actual, ha establecido tradicionalmente una posición de preeminencia de la Administración Pública en los contratos administrativos en cuanto que garante del interés público. Esta posición de preeminencia ha comportado la atribución de determinadas prerrogativas para el poder adjudicador entre ellas, el *ius variandi*, entendido como la potestad de modificar unilateralmente las características del contrato. Sin embargo, dicha potestad se ha ido preconfigurando en un marco legal cada vez más restrictivo.

La [!\[\]\(3dfb8d66e81160ad61421a3452093d1b\_img.jpg\) 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 de obras, de suministro y de servicios, no regulaba la modificación de los contratos, al considerarla una cuestión propia de la fase de ejecución, no de la de preparación del contrato. En consecuencia, la [!\[\]\(21ece2018b00c7267b3324c50bbed633\_img.jpg\) Ley 30/2007, de 30 de octubre](#), de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), mantuvo la regulación del *ius variandi* contractual en los términos en los que el mismo había sido tradicionalmente configurado en nuestro ordenamiento jurídico, posibilitando la modificación de los contratos « *por razones de interés público* » y « *para atender a causas imprevistas* », con el único límite de que dichas modificaciones no afectasen a las condiciones esenciales del contrato <sup>1)</sup>.

Sin embargo, aunque las Directivas Comunitarias de 2004 no regularan de forma explícita el alcance del *ius variandi*, el derecho comunitario no era, ni es, ajeno a esta cuestión. De hecho, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había esbozado ya en 2004 su doctrina jurisprudencial en relación

con la necesidad de extender el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del Tratado UE a la fase de ejecución de los contratos y, por consiguiente, a las modificaciones contractuales <sup>2)</sup>.

El hito fundamental de esta doctrina lo constituye la conocida sentencia de 29 de abril de 2004 ( *Succhi di frutta*), en la que el Tribunal considera que el principio de igualdad de trato extiende su influencia a la fase de ejecución y, en especial, a las modificaciones contractuales, puesto que implica que todos los licitadores potenciales deben conocer *ex ante* las reglas del juego y estas deben aplicarse a todos de la misma manera. En este sentido, en los apartados 116 a 121 de la sentencia se sostiene que « *la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente*» [...] «*si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta*». [...] «*en el supuesto de que no se haya previsto expresamente tal posibilidad, pero la entidad adjudicadora pretenda desvincularse de una de las modalidades esenciales estipuladas durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, no puede continuar válidamente el procedimiento aplicando condiciones distintas a las estipuladas inicialmente*».

También la sentencia del TJUE de 9 de junio de 2008 (Asunto C-454/06, *Pressetext*) incidió en esta cuestión, concretando en este caso algunos de los supuestos en los que la modificación contractual afecta a las condiciones esenciales

del contrato, afirmando el Tribunal que «Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la [Directiva 92/50](#) cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46). La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. [...] Una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial».

Abundando en esta línea, la sentencia del TJUE de 13 de abril de 2010 (Asunto C-91/08, Wall AG vs. Landgericht Frankfurt am Main), declara que «Por consiguiente, debe responderse a la tercera cuestión que, cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación» <sup>3)</sup>.

En síntesis puede concluirse que para el TJUE, el elemento fundamental para determinar la procedencia de ejercer el *ius variandi* contractual radica en su previsibilidad. De este modo, siempre que la modificación del contrato esté prevista en los Pliegos con suficiente grado de precisión, y sus condiciones definidas de forma clara e inequívoca, deberá considerarse admisible, puesto que no infringirá los principios de igualdad de trato, ni transparencia.

No obstante, el TJUE no niega la posibilidad de modificar el contrato en ausencia de previsión convencional, si bien en estos casos la modificación podrá ser admitida siempre que no suponga una alteración substancial de las condiciones del contrato inicial. En este sentido, a lo largo de las sentencias citadas el TJUE ha ido desgranando los criterios para considerar cuándo una modificación del contrato supone una alteración substancial de las condiciones del contrato inicial, criterios que sucintamente pueden resumirse en:

- i) La relación que las modificaciones introducidas tengan con el objeto y características de prestación inicialmente contratada.
- ii) El efecto que las modificaciones introducidas tengan en el equilibrio económico del contrato ya adjudicado.
- iii) El efecto que las modificaciones introducidas tengan en las condiciones de capacidad y solvencia del contrato originario.

De esta forma, si la modificación comporta una ampliación del objeto del contrato a prestaciones no previstas inicialmente, su viabilidad estará sujeta al carácter complementario de las nuevas prestaciones y su vinculación funcional con las ya adjudicadas. Del mismo modo, las modificaciones no podrán suponer una alteración de la relación entre el precio y la prestación inicialmente contratada en beneficio del contratista (ampliando el margen de beneficio del contratista o el plazo de amortización o rebajando exigencias técnicas que hagan menos costosa la ejecución) ni, finalmente, podrán alterar los requisitos de habilitación profesional o clasificación

empresarial exigidos en el contrato inicial puesto que, en todos estos casos, deberá considerarse que se trata de una modificación substancial del contrato inicial que exigía una nueva adjudicación.

## 2. LA REGULACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES CONTENIDA EN LA LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

La consolidada doctrina del TJUE en relación con el significado y alcance de las modificaciones contractuales, así como la aparente ligereza con la que esta cuestión era tratada en la [LCSP](#), dio lugar a un contencioso entre el Reino de España y la Comisión Europea que finalizó mediante Dictamen Motivado de 2 de diciembre de 2008. En dicho Dictamen, la Comisión reiteraba su posición, entendiendo que la regulación de las modificaciones contractuales contenida en la LCSP infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en la medida en que no contenía ninguna referencia a la necesidad de prever en los documentos contractuales « *el tipo de modificación material que puede producirse o las circunstancias materiales en las que las modificaciones pueden llevarse a cabo* ».

La aprobación de la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible* (en adelante, LES) vino a resolver el contencioso planteado, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo régimen de los modificados contractuales ajustado a los requerimientos de la Comisión Europea. Dicho régimen, introducido por la disposición adicional decimosexta de la LES y actualmente recogido en los [artículos 105](#) a [108](#) del *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre](#)* (en adelante, TRLCSP), introduce importantes restricciones, tanto en el alcance de las modificaciones contractuales como en los supuestos que las pueden justificar.

En este sentido, se establece una clara distinción entre aquellas modificaciones contractuales previstas en los pliegos del contrato (modificaciones convencionales) de aquellas que no lo están, en cuyo caso, deberán sujetarse a los requisitos legalmente establecidos (modificaciones legales).

Respecto de las primeras, el TRLCSP exige no solo que las modificaciones estén previstas en el Pliego, sino que este determine y cuantifique esa modificación, señalando el porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueda afectar y el procedimiento que deberá seguirse para ello. El porcentaje del precio del contrato que podrá ser objeto de modificación, que no se sujeta a límite alguno, deberá ser tenido en cuenta, a su vez, para determinar el valor estimado del contrato de conformidad con los criterios del artículo 88 del TRLCSP.

Junto a las modificaciones convencionales, el TRLCSP regula también los límites y condiciones de los modificados contractuales no previstos en los pliegos. Para ello, el legislador estatal se ampara en la doctrina del TJUE relativa a la alteración de las condiciones esenciales del contrato y la necesidad de una nueva adjudicación, ofreciendo un margen de actuación a los poderes adjudicadores que permite modificar el contrato siempre que se den determinados supuestos legalmente definidos y se respeten determinados límites. Se trata, por consiguiente, de supuestos legalmente previstos de modificación contractual.

En la regulación de estos supuestos, el artículo 107 del TRLCSP distingue claramente entre lo que considera supuestos habilitantes de la modificación y los límites que, en todo caso, dicha modificación deberá respetar<sup>4)</sup>. En relación con los supuestos habilitantes, estos se fundamentan en la inadecuación y la imprevisibilidad, siendo de destacar, no obstante, la persistencia del denominado *factum principis* como elemento habilitador de la modificación<sup>5)</sup>.

En relación con los límites a los que dichas modificaciones quedan sujetas, el apartado 2 del artículo 107 del TRLCSP dispone que « *la modificación del contrato acordada conforme*

*a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria ».* Acto seguido, se enumeran los límites a la modificación substancial, límites que coinciden en lo fundamental con la doctrina establecida por el TJUE si bien con un importante matiz. Así, el legislador estatal ha optado por introducir un límite económico, no establecido por la jurisprudencia comunitaria, de acuerdo con el cual se entenderá que altera las condiciones esenciales de la licitación toda modificación que iguale o exceda en más o en menos, un 10% del precio de adjudicación del contrato. Con ello, se prohíbe cualquier modificación no prevista en los pliegos que supere dicho límite <sup>6)</sup>.

Aunque, como ya se ha indicado, la regulación contenida en la LES (y posteriormente en el TRLCSP) planteó inicialmente algunas dudas acerca de su adecuación a los principios y jurisprudencia comunitaria, estas se han visto totalmente disipadas con la aprobación del nuevo paquete de Directivas Comunitarias, cuya eficacia directa, si no existe antes trasposición nacional, está prevista para el próximo 18 de abril de 2016.

### **3. LA REGULACIÓN DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES EN EL NUEVO PAQUETE DE DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN. HACIA UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LA DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TJUE**

A diferencia de la [!\[\]\(3d8c13c92b853674f749aac6fa869926\_img.jpg\) Directiva 2004/18/CE](#), el nuevo paquete de Directivas Comunitarias en materia de contratación pública (formado por la [!\[\]\(ce455c990c00145a2dda1d9a310cb682\_img.jpg\) Directiva 2014/24/UE](#), de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE, la [!\[\]\(de9e6664b8ceb5519927d73e240a55d9\_img.jpg\) Directiva 2014/23/UE](#), de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la [!\[\]\(f7025958c2763d977981ad2aefd8cb1b\_img.jpg\) Directiva 2014/25/UE](#), de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en

los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales) contiene ya una regulación detallada del régimen de modificación de los contratos.

La necesidad de que las Directivas comunitarias regulasen un aspecto propio de la fase de ejecución de los contratos ya se había puesto de manifiesto por parte de la Comisión Europea en el *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE* (27 de enero de 2011) en el que se señalaba que « *Una cuestión particularmente compleja es la de cambios posteriores que tienen una repercusión en el propio contrato o en su ejecución. Según la jurisprudencia del TJE, la modificación de las disposiciones de un contrato público durante la validez de éste exige un nuevo procedimiento de adjudicación, si introduce diferencias sustanciales con respecto al contrato original. El TJE ha dado ya algunas indicaciones sobre qué modificaciones deben considerarse sustanciales. En concreto, se considera que lo son cuando introducen condiciones que habrían permitido la participación de otros licitadores o la selección de otras ofertas, si amplían el contrato en gran medida o si modifican su equilibrio económico. Sin embargo, los poderes adjudicadores han indicado que, para determinados tipos de modificaciones, la jurisprudencia no resulta suficientemente clara en cuanto a determinar si es necesario un nuevo procedimiento de licitación» [7\)](#).*

Como consecuencia de ello, la nueva tanda de Directivas ha considerado oportuno regular directamente el régimen de modificación de los contratos y concesiones. Ahora bien, en contra de lo que los antecedentes expuestos hasta este momento podrían hacer prever, las nuevas Directivas han recogido con matices la jurisprudencia del TJUE, introduciendo una regulación menos estricta, que ofrece cierto grado de flexibilidad a la actuación de los poderes adjudicadores.

Más concretamente, los artículos 72 de la Directiva de contratos y 43 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, de Concesiones (en adelante, Directiva de Concesiones)

establecen en términos idénticos el siguiente régimen para las modificaciones contractuales:

*1. Los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:*

*a) 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. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco;*

*b) para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista:*

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

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

*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 presente Directiva;*

*c) cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:*

*i) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever,*

*ii) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato,*

*iii) 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 presente Directiva;*

*d) cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de:*

*i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a),*

*ii) la sucesión total o parcial del 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 presente Directiva, o bien*

*iii) 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 con arreglo al artículo 71;*

*e) cuando las modificaciones, con independencia de su valor, no sean sustanciales a los efectos del apartado 4.*

*Los poderes adjudicadores que hayan modificado un contrato en los casos previstos en las letras b) y c) del presente apartado publicarán un anuncio al respecto en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este anuncio contendrá la información establecida en el anexo V, parte G, y se publicará de conformidad con el artículo 51.*

*2. Por otra parte, también se podrá modificar un contrato sin necesidad de comprobar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d), y sin que sea preciso iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva si el valor de la modificación es inferior a los dos valores siguientes:*

*i) los umbrales indicados en el artículo 4, y*

*ii) el 10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros, y el 15% del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras.*

*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.*

*3. A efectos del cálculo del precio mencionado en el apartado 1, letras b) y c), y en el apartado 2, el precio actualizado será el valor de referencia si el contrato incluye una cláusula de indexación.*

*4. Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación 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 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 circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).*

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

Es obvio que la regulación de las modificaciones contractuales que se contiene en este precepto adolece, al

menos en parte, de algunos defectos de técnica legislativa, ya que los supuestos generales se regulan únicamente al final de tan extenso precepto. La defectuosa sistemática exige un esfuerzo interpretativo a fin de distinguir entre aquellos supuestos en los que las modificaciones contractuales se permiten con carácter general, de aquellos otros que están sujetos a la concurrencia de un presupuesto legal habilitante.

Un primer supuesto de modificación contractual permitida con carácter general, de conformidad con lo expuesto en el apartado 1.e) de este precepto, es aquel en el que las modificaciones no son substanciales a efectos de la Directiva, independientemente de cuál sea su valor.

De ello bien podría deducirse que la Directiva ha optado por invertir la regla general establecida por la jurisprudencia comunitaria, abriendo la puerta a las modificaciones contractuales salvo en aquellos casos en los que se pretenda una alteración substancial de las condiciones de la licitación. De hecho, esta había sido la opción planteada en las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo a la propuesta de Directiva<sup>8)</sup> y, aunque la regulación que ha quedado definitivamente plasmada sigue partiendo de la base del carácter excepcional de las modificaciones contractuales, se prevé la posibilidad de modificar los contratos sin necesidad de presupuesto habilitante ni límite económico, siempre que dicha modificación no suponga una alteración substancial de las condiciones de licitación. Aun así, está por ver cuál será la interpretación que la jurisprudencia comunitaria haga de este precepto y su concreto alcance.

En segundo lugar, las Directivas permiten, con carácter general, las modificaciones contractuales cuando el valor de estas sea inferior, en más o en menos, bien al umbral establecido para los contratos SARA, bien al 10% del contrato inicial en el caso de los contratos de servicios o de suministros, bien al 15% del valor del contrato inicial en el caso de los contratos de obras<sup>9)</sup>. La Directiva es clara en este caso al prever que estas modificaciones serán admisibles « *sin necesidad de comprobar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d)* »,

esto es, sin necesidad de comprobar si se trata de una modificación substancial o no a efectos de la propia Directiva, si bien tendrán como límite la prohibición de alterar la naturaleza global del contrato. Como se verá, en este punto la Directiva ya introduce la distinción, que se mantiene a lo largo del precepto, entre modificación substancial y alteración de la naturaleza global del contrato, distinción que resulta difícil de precisar en sus límites y que sin duda corresponderá al TJUE acabar de interpretar.

En cualquiera de estos dos supuestos, las modificaciones serán posibles sin necesidad de justificar la concurrencia de un presupuesto legal habilitante.

En cambio, las letras a) a d) del apartado primero del precepto regulan aquellos supuestos en los que la modificación es admisible aun cuando tenga la consideración de modificación substancial a los efectos de lo previsto en el apartado cuatro.

Este tipo de modificaciones están sometidas tanto a la existencia de un presupuesto legal habilitante (previsión en los pliegos, obras adicionales a cargo del contratista, circunstancias imprevisibles, mutación subjetiva) como a límites adicionales tales como que, con carácter general, las modificaciones no excedan del 50% del valor del contrato inicial y no se altere la naturaleza global del contrato.

En definitiva, de acuerdo con el nuevo régimen de las modificaciones contractuales establecido por las Directivas Comunitarias, toda modificación del contrato será admisible si no afecta a sus condiciones esenciales. Incluso en el supuesto de que afecte a dichas condiciones esenciales, la modificación podrá ser admisible si resulta amparada por alguno de los supuestos legalmente tasados en el artículo 72, con las condiciones establecidas. El único límite infranqueable, en cualquier caso, es que la modificación no altere la naturaleza global del contrato, piedra angular del sistema diseñado por las Directivas que, sin embargo, no han establecido cuáles son los rasgos distintivos de este concepto, a diferencia de lo que sucede con el concepto de

modificación substancial, que sí ha sido plenamente definido en el apartado cuarto de dicho precepto <sup>10)</sup>.

Es evidente que la regulación de las modificaciones contractuales que resulta de las nuevas Directivas comunitarias es más abierta y flexible que la prevista en el TRLCSP, puesto que ni se exige en todo caso la concurrencia de un presupuesto habilitante de la modificación, ni el límite cuantitativo opera como definidor del carácter substancial o no de ésta. No sólo esto sino que, en coherencia con la regulación del procedimiento negociado sin publicidad, las Directivas incorporan la posibilidad de modificar el contrato para la adición de prestaciones adicionales cuando no sea factible por razones económicas o técnicas la adjudicación de dichas prestaciones a un nuevo adjudicatario, supuesto que no está expresamente previsto en el artículo 107 del TRLCSP como uno de los presupuestos legales habilitantes de una modificación contractual.

Con ello y contrariamente a lo que venía siendo habitual, en la actualidad la regulación que el legislador estatal ha hecho de las modificaciones contractuales resulta ser más estricta y rígida que la prevista por las Directivas Comunitarias <sup>11)</sup>. Aunque en este punto las Directivas actúan como mínimo común normativo, siendo posible que los Estados establezcan una regulación de las modificaciones contractuales más restrictiva que la prevista a nivel comunitario, lo cierto es que esta discordancia reguladora puede ocasionar problemas interpretativos a la hora de determinar si la modificación de un contrato se ajusta a la legalidad. No solo eso sino que, como se verá a continuación, de mantenerse en la nueva ley de contratos del sector público (de momento solo en fase de anteproyecto) impondrá una dualidad de regímenes aplicables a las modificaciones contractuales en función de la fecha de adjudicación del contrato.

#### 4. SOBRE EL RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES. NORMATIVA APLICABLE A LOS MODIFICADOS DE CONTRATOS ADJUDICADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Como se ha avanzado, las diferencias en la regulación de las modificaciones contractuales que se aprecian entre el TRLCSP y las nuevas Directivas comunitarias alcanzan su máxima relevancia en la determinación de la normativa aplicable a los modificados de contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible.

La Ley de Economía Sostenible introdujo en nuestro ordenamiento el nuevo régimen de las modificaciones contractuales con el fin de adaptarlo a los principios comunitarios. Sin embargo, la disposición transitoria séptima de dicha Ley continuó manteniendo el mismo régimen de transitoriedad que el establecido con carácter general en la [LCSP](#), remitiendo la regulación de los efectos del contrato y de las incidencias en fase de ejecución a la normativa vigente en el momento en que el contrato fue adjudicado <sup>12</sup>). Dicho régimen transitorio responde evidentemente a los principios de seguridad jurídica e inmutabilidad de las condiciones del contrato, de forma que en el momento de su formalización las partes puedan prever los efectos que derivaran de las posibles incidencias en su ejecución.

Aunque las disposiciones transitorias citadas no incluyan de forma expresa las modificaciones contractuales dentro de los efectos del contrato, esta es una cuestión que afecta a su cumplimiento y ejecución. Este ha sido, en efecto, el pronunciamiento que de forma casi unánime han emitido los diversos órganos consultivos que se han pronunciado sobre esta materia, siendo de destacar en este sentido la [Circular de la Abogacía del Estado 1/2011, de 7 de abril](#) ( JUR 2014,

99813 ) , relativa al régimen de modificación de los contratos del sector público, en la que expresamente se dispone que « *Aunque la disposición transitoria transcrita no se refiera expresamente a la modificación del contrato, ha de entenderse que ésta queda comprendida en el ámbito de dicha norma transitoria, ya que la modificación del contrato queda regulada en el capítulo IV del libro cuarto de la LCSP, libro que lleva por rúbrica la de "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos"» [13](#)).*

Ahora bien, todos los órganos consultivos que han analizado esta cuestión coinciden en señalar que, no obstante la literalidad de la indicada disposición transitoria, no puede remitirse la regulación de las modificaciones contractuales *in totum* a la normativa anterior, sino que su procedencia deberá ser siempre analizada bajo la vigencia de los principios propios del derecho comunitario.

En este sentido, la doctrina administrativa emanada de las diversas Juntas Consultivas de Contratación ha sostenido de forma reiterada que, en la medida en que el régimen de modificación de los contratos previsto en la normativa anterior a la LES (ya sea la LCSP, ya sea el [TRLCAP](#)) no se ajustaba a los principios comunitarios, esta remisión no puede entenderse de forma incondicionada, ni avalar modificaciones que infrinjan los principios y la normativa comunitaria. En consecuencia, para determinar la procedencia de la modificación de un contrato adjudicado al amparo de la normativa anterior a la LES, deberán tenerse en cuenta no sólo las previsiones de la legislación vigente en el momento en que el contrato se celebró, sino también los principios del derecho comunitario plasmados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Así lo entendió la Abogacía del Estado en la ya citada Circular 1/2011, de 7 de abril, en la que manifiesta que « *El criterio correcto, por ajustado al Derecho de la Unión Europea, consiste en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la*

*vigencia de esta norma legal y que actualmente están en fase de ejecución, y ello en razón de que ese régimen de modificación de los contratos no surge ex novo, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea y, como se ha dicho, su implantación venía motivada por el desajuste del Derecho español al Derecho de la Unión Europea, desajuste que se plasmaba no sólo en la LCSP, sino también en textos legales anteriores (🔴 [Ley 13/1995, de 18 de mayo](#), de Contratos de las Administraciones Públicas y Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por 🔴 [Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio](#)). Ahora bien, siendo éste el criterio correcto, es lo cierto que el tenor literal de la disposición transitoria séptima de la LES es muy claro en el sentido de que el nuevo régimen jurídico no se aplica a la modificación de los contratos ya adjudicados a la entrada en vigor de la LES».*

No obstante, es evidente que en dicha circular la Abogacía del Estado no ofreció una solución unívoca a la cuestión planteada, puesto que si bien inicialmente parecería decantarse por aplicar a las modificaciones de contratos adjudicados con anterioridad a la LES el régimen de los modificados previsto en dicha norma, finalmente renuncia a esta conclusión, atendiendo al tenor literal de la disposición transitoria.

La ambigüedad con la que la Abogacía del Estado resolvió esta cuestión ha dado lugar a planteamientos aparentemente contradictorios por parte de los distintos órganos consultivos, en relación a la aplicación o no a dichos modificados de la regulación vigente en la actualidad.

A nuestro entender, la opción integradora y respetuosa con el sentido de la norma necesariamente pasa por considerar que, si bien estas modificaciones deberán ajustarse en todo caso a los principios derivados del Tratado de la Unión tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia del TJUE, no podrá exigirse su sujeción estricta a los concretos límites específicos y requisitos por los que ha optado el legislador estatal, actualmente plasmados en los 🔴 [artículos 15](#) a 🔴 [107](#) del TRLCSP.

Este es, por otro lado, el sentido del [Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón número 23/2011, de 12 de septiembre](#) ( JUR 2011, 328915 ) , relativo a las «Cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos», introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuando concluye que *« A juicio de esta Junta Consultiva, la conclusión de que la normativa aplicable al eventual modificado de un contrato debe ser la vigente cuando se celebró el mismo, no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con la [Directiva 2004/18/CE](#) –en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la misma– y tal y como ha interpretado el TJCE en Sentencia de 29 de abril de 2004 (Socchi di frutta), en la que se concluye que los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como a su ejecución».*

Este criterio ya había sido avanzado por esta misma Junta Consultiva en su informe 3/2009, de 15 de abril, y se ha ido reiterando posteriormente, en el informe 4/2012, de 1 de febrero, sobre las condiciones contractuales que tienen carácter esencial a los efectos de la modificación de los contratos, así como en el [informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón número 1/2014, de 22 de enero](#) ( JUR 2014, 26846 ) , en relación con la normativa aplicable a los modificados de contratos adjudicados con anterioridad a la LES, en el que concluye lo siguiente *«[...] la normativa aplicable a los modificados de los contratos debe de ser la vigente en el momento de celebración del contrato, en el supuesto que nos ocupa la LCAP (artículos 102 y 164), pero interpretada en coherencia con las Directivas y la jurisprudencia comunitaria, y sin olvidar que el nuevo régimen incorporado por la LES, aunque no directamente aplicable, debe servir como referencia».*

En el mismo sentido, el [informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, número 9/2014, de 11 de abril](#) ( JUR 2014, 140323 ) , sostiene que *« los*

*contratos adjudicados bajo la vigencia de la LCSP se continúan rigiendo con respecto a las modificaciones contractuales por aquella Ley, si bien interpretada de acuerdo con los principios que informan la contratación pública según la construcción jurisprudencial efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, aunque no sea directamente aplicable, deben tomarse como referencia las modificaciones introducidas por la LES, actualmente incorporadas al [TRLCSP](#)» 14).*

En suma, pues, estas modificaciones quedaban huérfanas de regulación concreta, debiendo adaptarse a los principios derivados del [Tratado de la Unión Europea](#) y de las Directivas Comunitarias sin que, no obstante, pudiese exigirse su sujeción a los concretos requisitos del [artículo 107](#) del TRLCSP 15). Hasta la aprobación de las nuevas Directivas, los criterios y requisitos establecidos en el [artículo 107](#) del TRLCSP, aunque no directamente aplicables, constituían la principal pauta interpretativa de la voluntad del legislador comunitario, hasta el punto que prácticamente impedían avalar una modificación de un contrato anterior que resultase contraria a sus postulados.

Sin embargo, esta situación ha cambiado considerablemente a partir de la aprobación de las nuevas Directivas. Dado que el régimen de modificación de los contratos que ha sido establecido a nivel comunitario mantiene diferencias significativas con la regulación estatal, nos encontramos en la actualidad ante una dualidad de regímenes, ambos perfectamente definidos.

Ante esta situación, cabe preguntarse si los criterios establecidos en las nuevas Directivas son directamente aplicables a las modificaciones de contratos adjudicados con anterioridad a la LES, configurando un doble régimen de modificaciones contractuales, unas sujetas al [TRLCSP](#) y otras sujetas únicamente a las Directivas.

Parece evidente que ello será así, al menos hasta que no se produzca la transposición de las nuevas Directivas a nuestro ordenamiento jurídico interno. En la medida en que las

nuevas Directivas regulan ya de forma clara y concisa el régimen de las modificaciones contractuales, será esta regulación la que deberá utilizarse como parámetro para determinar la adecuación o no a los principios del tratado de la UE de las modificaciones de contratos adjudicados con anterioridad a la LES, careciendo de sentido a partir de ese momento el recurso a la jurisprudencia del TJUE o a la propia normativa nacional como pauta de interpretación de la voluntad del legislador comunitario.

## 5. LA TRANSPOSICIÓN DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTATAL. ¿HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UN RÉGIMEN DUAL DE LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES?

Dado que la dualidad de regímenes descrita proviene de las diferencias existentes en la regulación de las modificaciones contractuales que se contienen actualmente en el [TRLCS](#) y las previstas en las nuevas Directivas, es evidente que dicha dualidad puede mantenerse en función de cuál sea la regulación de las modificaciones que se contenga en la nueva Ley de Contratos del Sector Público, que deberá aprobarse en transposición de las referidas Directivas.

Pues bien, a tal efecto debe tenerse en cuenta que, en el Borrador del Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público que ha sido sometido a información pública, se mantiene el límite económico de la modificación como uno de los elementos definitorios de su carácter sustancial, considerando que tendrán esta condición todas las modificaciones que *« supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15% del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10%, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos»*.

Como ya se ha visto, esta vinculación entre el carácter sustancial de la modificación y su cuantía económica no se

da en las Directivas, que permiten apreciar la posibilidad de modificaciones no substanciales por encima de dichos límites.

Es más, las Directivas configuran un supuesto general de modificación por debajo de estos umbrales no sujeto al análisis de «substancialidad» de la modificación, los denominados modificados de *minimis*, cuya existencia no se contempla en el borrador del Anteproyecto de Ley.

De esta forma, aunque la regulación de las modificaciones prevista en el borrador de anteproyecto se ajusta a la estructura y contenido de las Directivas, el anteproyecto opta por mantener la exigencia de requisitos adicionales para dichas modificaciones, en una regulación más restrictiva que la establecida a nivel comunitario.

Por otro lado, no sólo no se modifica el régimen transitorio, sino que en el anteproyecto ya se establece de forma expresa que el régimen de modificación de los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor no quedará afectado por la nueva regulación. Así, la disposición transitoria primera del Anteproyecto incluye ya de forma expresa la modificación de los contratos como una de las cuestiones propias de su ejecución, en los siguientes términos: « *Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*».

Con esta regulación parece confirmarse pues, la existencia de un doble o incluso triple régimen jurídico de las modificaciones contractuales.

Por un lado, los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LES, los cuales, según se ha sostenido, tendrán como parámetro para determinar la procedencia de sus eventuales modificaciones el régimen previsto en las nuevas Directivas Comunitarias.

En segundo lugar, los contratos adjudicados entre la entrada en vigor de la LES y la nueva Ley de Contratos del Sector

Público. Dichos contratos deberán adecuarse, en cuanto a sus modificaciones y de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria primera del Anteproyecto, a lo previsto por las normas vigentes al momento de su adjudicación (bien la LES, bien posteriormente el TRLCSP).

Y, finalmente, los contratos que se adjudiquen con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público.

Sería recomendable que la nueva regulación que se promulgue en transposición de las actuales directivas tuviese en cuenta la inseguridad jurídica que la disparidad de regímenes aplicables produciría y a tal efecto optase, bien por transponer directamente el régimen de los modificados previsto en las Directivas Comunitarias sin añadir requisitos adicionales, bien por sustraer las modificaciones contractuales del régimen de transitoriedad, sujetando todas las modificaciones contractuales al régimen legal vigente en el momento de su aprobación. De hecho, salvo en aquellos casos en los que la posible modificación estuviese ya prevista en el Pliego, en cuyo caso debería regirse por los pactos convencionales, la sujeción de las modificaciones no previstas en los Pliegos al régimen legal vigente en el momento de su formalización supondría la aplicación del mismo régimen establecido para las prórrogas de los contratos y sería una solución acorde con el carácter constitutivo de una nueva adjudicación que debe darse a cualquier modificación que no respete los límites legales.

1

El [artículo 202](#) de la LCSP disponía con carácter general que « *Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato* ». Dicha regulación no difería en exceso de la contenida en el [artículo 101](#) del [Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de acuerdo con el cual, « *Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o*

*causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente».* La LCSP únicamente introdujo a la regulación existente la necesidad de respetar las condiciones esenciales del contrato, sin concretar más en qué supuestos estas podrían verse alteradas.

2

Esta doctrina jurisprudencial se había avanzado ya en la sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, en la que se esboza la tesis de que la voluntad de las partes de volver a negociar el contrato permite la aplicación de las disposiciones de las Directivas, señalando el Tribunal a tal efecto (apartado 46) que *« De lo anterior se deduce que, en el caso de autos, incumbe a la Comisión presentar cuantas pruebas sean necesarias para acreditar que se iniciaron nuevas negociaciones con posterioridad al 22 de septiembre de 1995 y que tales negociaciones demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato, extremo que podría justificar la aplicación de las disposiciones de la [Directiva 93/38](#)».*

3

En el mismo sentido, acerca del alcance de las modificaciones contractuales, pueden citarse las sentencias del TJUE de 15 de octubre de 2009 (Acoset); 29 de abril de 2010 (Comisión vs. Alemania) y 31 de enero de 2013 (Asunto T235/11, comisión vs. España), entre otras. Asimismo, un excelente análisis de la doctrina jurisprudencial del TJUE en esta materia se encuentra en GIMENO FELIÚ, J. M., «La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable», en *La Contratación Pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013.

4

El apartado primero del artículo 107 del TRLCSP establece como supuestos habilitantes de la modificación contractual, en ausencia de previsión en los pliegos, los siguientes. *« a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas. b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas. c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos. d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de*

*acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato. e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato ».*

5

Las dos modalidades de modificación contractual previstas por el TRLCSP (legal y convencional), así como la enumeración de una serie de supuestos legales habilitantes, suscitó algunas dudas acerca de su adecuación a la jurisprudencia comunitaria. A tal efecto, la regulación del artículo 107 fue objeto de una Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, aprobada por Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado y publicada en el BOE de 10 de abril de 2012. En dicha recomendación la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado señala que *« Los Servicios de la Comisión Europea manifiestan su conformidad con el nuevo régimen español, cuyo origen se encuentra dentro de la normativa europea y en diferentes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sirven de fundamento para esta regulación, cuyo contenido se encuentra recogido dentro del actual Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. No obstante, realizan una serie de precisiones sobre la interpretación correcta que debe darse de algunas de las disposiciones que se contienen dentro del citado [artículo 107](#) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que se regula, como indicamos, el régimen de las modificaciones de los contratos públicos »*. Entre dichas recomendaciones, destaca la relativa al *factum principis*, en la que se expone que *«En estos casos, cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que puedan afectar a las especificaciones del contrato, los pliegos del contrato deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior de la ejecución del contrato»*.

6

La recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, aprobada por Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, considera, en relación con el límite del 10% del valor que *« toda modificación que exceda del 10% debe ser considerada como esencial, pero no todas las modificaciones del precio que sean inferiores a ese 10% deben ser rechazadas automáticamente como no esenciales »*, puesto que en este último caso deberá comprobarse si la modificación incurre en alguno de los supuestos enumerados en dicho precepto.

7

En consecuencia, la Comisión sometía a consulta las siguientes preguntas: « 39. *¿Deberían las Directivas sobre contratación pública regular la cuestión de las modificaciones sustanciales de un contrato durante su período de validez? En tal caso, ¿qué elementos de aclaración propondría?* 40. *Cuando deba organizarse un nuevo procedimiento de licitación a raíz de la modificación de una o más condiciones esenciales, ¿estaría justificada la aplicación de un procedimiento más flexible? ¿De qué procedimiento podría tratarse?»*. El documento de síntesis de las respuestas al Libro Verde refleja que una mayoría de repuestas procedentes de todos los grupos interesados apoyaba la introducción de previsiones que definiesen y clarificasen las condiciones y consecuencias legales de una modificación esencial de un contrato durante su ejecución.

8

*Vid.* Documento de Enmiendas 001-281 presentadas por la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor del Parlamento Europeo a la propuesta de Directiva de adjudicación de contratos de concesión (documento de 9 de enero de 2014). La enmienda 224 proponía la introducción de un apartado primero en el artículo 42 del siguiente tenor: « *una concesión vigente podrá ser modificada mediante una adición al contrato salvo si las modificaciones son sustanciales* ». La justificación de dicha enmienda era « *aclarar el artículo especificando que se puede modificar una concesión vigente (principio general) excepto si las modificaciones son sustanciales (exclusiones)* ».

9

La voluntad de establecer un umbral de mínimos a las modificaciones contractuales queda perfectamente reflejada en el considerando 107 de la Directiva de contratos, cuando señala que « *En todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales de minimis , por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación. Las modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la presente Directiva*».

10

Como se verá, el anteproyecto de la nueva [Ley de Contratos del Sector Público](#) sí que ha optado por introducir una definición de este concepto y, a tal efecto, el artículo 202.2 incorpora en su inciso final que « *En todo caso, se entenderá que se altera ésta (en referencia a la naturaleza global del contrato) si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato*».

11

Como señala GALLEGO CÓRCOLES, I., en «La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública», X Congreso AEPDA, « *resulta paradójico, que culminado el colosal esfuerzo de adaptarnos en este ámbito a la \*Derecho de la Unión, lo que sólo conseguimos con la aprobación de la [Ley 2/2011, de 11 de marzo](#), de Economía Sostenible (en adelante LAS) éste nos sorprenda ahora con una regulación mucho más posibilista*».

12

La disposición transitoria séptima de la LES dispuso «*Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*». En idéntico sentido, la [disposición transitoria primera](#) de la LCSP y también del posterior Texto Refundido.

13

En el mismo sentido, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Aragón número 23/2011, de 12 de septiembre, así como el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 4/2012, de 30 de marzo.

14

En sentido contrario, sujetando las modificaciones de contratos adjudicados con anterioridad a la LES a la regulación vigente en la actualidad en el [TRLCSP](#)> los informes de la Junta Superior de Contratación de la Comunidad Valenciana números 5/2013, de 13 noviembre y 1/2014, de 15 mayo.

15

Las disposiciones transitorias tanto de la LES como del [TRLCSP](#) son lo suficientemente claras como para descartar una aplicación directa del régimen de los modificados que se contiene en dicha norma a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor.

\*

El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de sus autores y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.