

**LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS: LÍMITES Y  
DERECHO APLICABLE**

Dña. Elena Hernáez Salguero

Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública  
de la Comunidad de Madrid.

## I- Panorámica General sobre la modificación de los contratos públicos

La potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones Públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato *contractus lex inter partes y pacta sunt servanda*.

La jurisprudencia y la doctrina emanada de los órganos Consultivos, dictada en relación con la modificación contractual ha venido señalando de forma tradicional y reiterada en el tiempo que el principio de riesgo y ventura (el contratista asume las posibles pérdidas o ganancias que con respecto al presupuesto previsto se deriven de la ejecución del contrato) no significa que el contratista haya de asumir las alteraciones en el precio debidas al ejercicio por la Administración del *ius variandi*, si no que es posible la modificación de las condiciones contractuales basada en el **interés general** (STS 24 de diciembre de 1997 o 1 de febrero de 2000 o de 19 de febrero de 2008) y que el *ius variandi* es una prerrogativa **excepcional**, y que por lo tanto debe interpretarse restrictivamente. (SSTS de 16 de abril de 1999).

También el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid recuerda entre otros en su Dictamen 621/12, de 14 de noviembre de 2012 “*De esta manera, en los dictámenes relativos a consultas sobre modificación de contratos, se ha advertido sobre la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar, los proyectos de obras, de forma que solo excepcionalmente haya de acudir a la ulterior modificación objetiva del contrato, pues de lo contrario prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera*

*alteración de la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habrían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación.”*

Ahora bien, la práctica de la contratación de nuestras Administraciones Públicas nos demuestra cómo las modificaciones de los contratos se han convertido en habituales. Los licitadores presentan con normalidad ofertas por debajo del precio real, convencidos de que tras la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales en el precio inicialmente previsto. Ello supone vulneraciones de los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad. Así en la práctica de la contratación pública española, y en la normativa que la sustenta tradicionalmente se ha “volcado más energía” en la fase de ejecución de los contratos que en la de preparación pasando por alto o sin atender, más o menos conscientemente, a la consideración que una buena preparación podría dar lugar a la no necesidad de modificación de los contratos.

Ya en el informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública del Ministerio de Hacienda para el año 2004 se señala que “*Las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y su precio no son aquellos por los que se compitió*”. En el mismo sentido se pronuncia la Guía sobre contratación pública y competencia de la Comisión Nacional de la Competencia.

Estas prácticas además de suponer una vulneración de las disposiciones presupuestarias y económicas a las que están sujetas las Administraciones Públicas, ya que afectan a los costes de la inversión pública y dificultan el control presupuestario, en ocasiones suponen una clara vulneración de los principios que rigen la contratación pública.

Qué duda cabe que uno de los mayores ámbitos de influencia de las normas emanadas de las instituciones de la Unión Europea, es el referido a la contratación pública, en pro del mercado interior, y en acatamiento de las libertades establecidas en el Tratado de la Unión y, en particular, de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, para garantizar el establecimiento del mercado interior, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. O dicho de otra forma el Derecho Europeo, desde la primera generación de directivas de coordinación en materia de contratación pública persigue como objetivo básico asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

Como señala la Circular de la Abogacía del Estado 1/2011 no existe en la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004 (así como tampoco en las anteriores Directivas 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992; 92/36/CEE, de 14 de junio de 1993; y 93/37/CEE de 14 de junio de 1993) un precepto o conjunto de preceptos que discipline la modificación de los contratos. En realidad, el régimen jurídico de modificación de los contratos en el Derecho de la Unión Europea es una construcción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fundamento en los denominados principios estructurales del Tratado y ello como es lógico puesto que las Directivas antes citadas coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos del sector público, mientras que la modificación de los contratos como es obvio se produce en una fase posterior de ejecución de los mismos.

Aunque la modificación de los contratos afecta a la fase de ejecución de los mismos, deben observarse tales principios que deben influir en todas las

fases de la contratación administrativa y alumbrar todos los actos que se dicten en el seno tanto del procedimiento de adjudicación, como de ejecución contractual.

La Sentencia Succhi di Frutta de 29 de abril de 2004 As C-496/199, que contiene la doctrina sobre la materia, señala a la luz del principio de igualdad y transparencia que: *“si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta”*. Además de no hallarse prevista la modificación en la documentación de la licitación, es necesario que la modificación no afecte a ninguna condición esencial del contrato, de manera que de no ser así, lo procedente es resolver el contrato y convocar para ello el correspondiente procedimiento de licitación.

Por su parte la Sentencia de 19 de junio de 2008, Asunto C-454/06 Priesstex achrachtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund) y otros, mantiene que 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. 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.

Por último para cerrar el círculo, la Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013, As T- 235/11, afirma en su apartado 59 que *“un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 2011, Comisión/Grecia, C 601/10, no publicada en la Recopilación, apartado 41, y la jurisprudencia citada).”*

*A este respecto, el hecho invocado por el Reino de España de que la legislación española permite la modificación de los contratos públicos durante la fase de ejecución de éstos, desde una fecha anterior a la adhesión del Reino de España a la Unión, carece de pertinencia, ya que las normas de la Unión en materia de contratación pública se aplican a tales contratos a partir de la fecha de adhesión de dicho Estado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 28, y la jurisprudencia citada). procede recordar que, como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 supra (apartados 116, 118 y 125), se prohíbe a la entidad adjudicadora modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia, o alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales. 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.”*

Las distintas leyes reguladoras de la contratación pública habían establecido determinados límites al ejercicio del *ius variandi* de la Administración, sin embargo la legislación española no recogía en la Ley de Contratos del Sector Público, tal y como se había encargado de señalar la Comisión Europea, las exigencias de la Unión Europea que había puesto de manifiesto el incumplimiento del Reino de España en materia de modificación contractual.<sup>1</sup>:

Con tal objeto de dar cumplimiento a las exigencias de la Unión Europea en la materia, la Disposición Final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible añade un Título V, al Libro primero de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del

---

<sup>1</sup> De hecho existía un procedimiento de infracción abierto al Reino de España por la Comisión Europea, (carta de emplazamiento de 8 de mayo de 2008) motivado por el incumplimiento en la LCSP 30/2007, de las exigencias de y los principios en materia de contratación pública en la regulación que en la misma se hace de la modificación de los contratos, advirtiendo en el Dictamen motivado de 1 de diciembre de 2008 que las Directivas de contratación debían aplicarse también a la fase de ejecución de contratos. Noticia 20 de noviembre de 2009 “*La Comisión considera que el régimen de modificación de los contratos tras su adjudicación, tal y como está regulado en la LCSP, no respeta los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios) y en los artículos 12, 43 y 49 del Tratado CE.*

*La LCSP da a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos públicos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca.*

*Además, por lo que respecta a la realización de obras, la prestación de servicios o la entrega de suministros adicionales, la Comisión considera también que la LCSP permite que el órgano de contratación recurra a la utilización de procedimientos negociados sin publicación en contra de lo dispuesto en el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE.”*

Sector Público, bajo la rúbrica modificación de los contratos: (artículos 92 bis a quinquies, actuales artículos 105 a 108 del TRLCSP), y modifica el artículo 202 (Actual artículo 219 del TRLCPS), relativo a la potestad de modificación del contrato y los artículos relativos a la modificación de cada uno de los distintos tipos contractuales y los relacionados que afectan a la resolución contractual.

Con carácter general el artículo 219 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, en su redacción modificada, señala que:

*“1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211.*

*En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.*

*2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156.”*

Esta regulación por tanto distingue dos supuestos de modificaciones contractuales:

Las previstas en los pliegos y los anuncios de adjudicación de forma clara precisa e inequívoca, en los términos del artículo 106 TRLCSP, que podríamos denominar convencionales o contractuales.

Las no previstas en los pliegos que obedezcan a las causas del artículo 107, apartado 1 y con los límites del mismo artículo 107 apartado 2, que por contraposición a las anteriores, podríamos denominar legales.

## II. Recurso especial y modificación contractual. “Reflexiones en voz alta”

Realizada esta panorámica general de la modificación sin ánimo exhaustivo para no reiterar cuestiones tratadas ya por el ponente, quisiera centrar mi intervención en la **posibilidad de recurrir a través del recurso administrativo especial la modificación de los contratos**, cuestión esta no exenta de interés que el legislador no había contemplado de forma expresa y que, ante la posibilidad de que por la vía interpretativa pudiera insertarse en el ámbito objetivo del recurso tales modificaciones<sup>2</sup>, procede a excluir expresamente, mediante la modificación operada en la LCSP, por la ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (DF 1.8) que con una técnica más que discutible, desde la óptica de la seguridad jurídica, señala,<sup>3</sup> “*Se añade un párrafo final al apartado 2 del artículo 310 con el siguiente contenido (actual artículo 40 TRLCSP)*”

*Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92 bis a 92 quáter, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no, la resolución y la celebración de nueva licitación.”*

---

<sup>2</sup> De hecho el artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, es el que da pie para considerar dentro del ámbito del recurso especial la modificación contractual, siendo obvio que es de fecha anterior a la presentación de la enmienda por el Grupo parlamentario que entonces sustentaba al Gobierno.

<sup>3</sup> En este punto estoy de acuerdo con la opinión del profesora Isabel Gallego Córcoles, en el OCP ( 5 de septiembre de 2011).La apresurada exclusión de las modificaciones contractuales del ámbito del recurso especial en materia de contratación. “Más allá de reiterar la crítica a la deficiente técnica legislativa empleada...”

Esta inclusión se debe a la enmienda 31 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados con la siguiente motivación<sup>4</sup>: *“La disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha introducido una serie de cambios en la modificación de los contratos del Sector Público que plantean la cuestión de quién debe conocer de los recursos que puedan plantearse contra los acuerdos adoptados en relación con ellos. Especialmente relevante es el caso en que la controversia jurídica se suscite en relación a si debe o no procederse a la convocatoria de nueva licitación. En tales casos, podría entender algún interesado que la cuestión afecta a las materias sometidas al conocimiento del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales e interponer ante él el correspondiente recurso. Ante la ausencia de una disposición legal expresa sobre la cuestión debería ser el propio Tribunal quien sentara criterio, en primera instancia, sobre ello.*

*Esta simple circunstancia aconseja zanjar la cuestión legalmente, aprovechando la oportunidad que brinda la tramitación del proyecto ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad para hacerlo.*

*La enmienda se plantea en sentido negativo, es decir, declarando que tales recursos no son de la competencia del Tribunal, por considerar que de esta forma se evita introducir nuevos trámites que puedan retardar la tramitación de los modificados.”*

Por lo tanto *de lege lata*, la legislación española excluye expresamente del recurso administrativo especial la modificación de los contratos que hemos denominado legal, esto es la que se hubiera adoptado sin estar prevista en los pliegos en los casos a que se refiere el artículo 107 del TRLCSP.

---

<sup>4</sup> Diario Oficial 24 de mayo de 2011.—Serie A. Núm. 121-6

Esto no obstante cabe plantearse si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) permite que el control de la modificación legal de los contratos no prevista en los pliegos se verifique a través del recurso especial aplicando de forma directa los principios recogidos en la Jurisprudencia emanada del mismo, y por otro lado si cabe el recurso especial contra la modificación de los contratos prevista en los documentos de preparación del contrato (pliegos).

Aunque no existe mucha doctrina sobre la concreta cuestión que se nos plantea cabe destacar la opinión del profesor Pablo Calvo Ruata y el magistrado de la Audiencia Nacional, Jesús Cudero Blas <sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Pablo Calvo Ruata” La zozobra de la modificación de los contratos públicos”. (Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011 I 03 I 2012.) “A pesar de algunas opiniones a favor, no parece esta tesis muy plausible. Y ello, porque la modificación de los contratos afecta fundamentalmente a lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial está concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en fase de preparación y adjudicación. Pero además, porque la concreción de la modificación cuando esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego conlleva que si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori. También debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 195.4 (211.4 TR) –que conserva su redacción inicial, al no haber sido afectado ni por la Ley 34/2010 que reformó el Recurso Especial, ni por la LES–, por el cual los acuerdos que adopte el órgano de contratación –obviamente en materia de interpretación, modificación y resolución– pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

Y si se descarta la posibilidad de recurso especial respecto de los actos de activación de las modificaciones convencionales, todavía más problemático resulta depurar la introducción de modificaciones imprevistas” del art. 107 TRLCSP a través del recurso especial. En cualquier caso, la discusión parece haber sido zanjada con la adición al art. 310.2 c) de la LCSP por obra del núm. 8 de la Disposición Final de la Ley 24/2011 de 1 de agosto de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la Seguridad (BOE núm. 184 de 2 de agosto de 2011), del siguiente párrafo que hoy luce en el art. 40.2.c) del TRLCSP: Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.”

Jesús Cudero Blas "Revista de Jurisprudencia", número 2, de 10 de mayo de 2012 “Resulta innecesario, en efecto, señalar que no cabe el recurso especial frente a los actos dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego, pues tales decisiones no se desenvuelven en modo alguno en la fase preparatoria de los contratos, ni guardan relación de ninguna clase con los actos que pueden ser objeto de recurso según el propio art. 40,2 -EDL

**1) Postura de los distintos Tribunales de contratación pública.** Con carácter general los tribunales de contratación pública no se han pronunciado de forma específica en sus resoluciones en relación con la posibilidad de entender dentro del ámbito objetivo del recurso la modificación contractual con la legislación existente, dado que solo en el caso de Aragón se ha presentado un recurso contra una modificación, sin embargo sí se han hecho algunas manifestaciones en distintos documentos:

-Tribunal Andaluz: Señala en su memoria anual correspondiente al año 2012, al referirse a los actos recurribles que *“También son recurribles los actos de renuncia a la celebración del contrato, y desistimiento del procedimiento de adjudicación dejando fuera los relativos a la ejecución, modificación y extinción de los contratos”*.

-Tribunal Central de Recursos Contractuales: En la memoria correspondiente al año 2012 no recoge entre los actos susceptibles de recurso las modificaciones contractuales.

-Tribunal de Aragón: En su Guía de procedimiento, ya antes de la modificación de la ley que proscribe el recurso contra la modificación legal de los contratos, considera recurribles *“las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal -por ejemplo, los encargos de ejecución a medios propios o los modificados que no cumplen los requisitos legales-”*, sin distinguir entre modificaciones legales o convencionales.

Además en su Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013, por el que se resuelve un recurso interpuesto contra la modificación del contrato denominado «Servicios de Vigilancia y Seguridad en los edificios administrativos del Gobierno de Aragón gestionados por el Departamento

---

2011/252769- (no son, desde luego, anuncios de licitación, pliegos o documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, tampoco constituyen actos de trámite cualificados ni, en fin, pueden calificarse como acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores).”

de Política Territorial e Interior», el TACPA reconoce la admisibilidad de los recursos contra las modificaciones contractuales, recogiendo las conclusiones del Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, al afirmar: *“Debe señalarse a estos efectos, que el objeto del recurso es ajeno al ámbito propio del recurso especial, al ser una actuación que no está cubierta por el régimen del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (introducido por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón).*

Determina este artículo 12 bis, bajo la rúbrica «Publicidad de los modificados», lo siguiente: *“La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal. Ello no obstante, y sin entrar a analizar si la modificación que se propone estaba o no prevista en el contrato, de lo anteriormente descrito se constata que la posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «ius variandi» en la medida en que esta en juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión*

*de «ius variandi» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito.*

*Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución”.*

-Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: El Tribunal Madrileño, (TACPCM) con carácter general ha venido considerando el carácter precontractual del recurso en relación con diversas cuestiones, (como por ejemplo la procedencia de la inadmisibilidad de los recursos interpuestos contra los actos dictados en procedimientos de contratación en los que el contrato ya se hubiera formalizado), atendiendo a la que considera finalidad de la norma que establece y regula el procedimiento de recurso, (artículo 3 del Código Civil).

Aunque no se ha presentado ningún recurso concreto contra actos dictados en relación con la modificación de contratos, sí que se han dictado dos resoluciones en las que se hace referencia a la cuestión. En la Resolución 17/2011, de 8 de junio, el TACPCM no se pronuncia de manera expresa y específica sobre la posibilidad de recurrir la modificación de los contratos a través del recurso administrativo especial, entre otras cosas, aún no se había adoptado la Ley 24/2011, de 1 de agosto, pero sí que realiza un comentario, que podríamos denominar *obiter dicta*, en la apreciación como recurribles de los actos de renuncia no incluidos expresamente en el elenco de actos recurribles del artículo 40 del TRLCSP, señalando que “*Como consecuencia de la argumentación realizada se puede concluir que de acuerdo con la regulación del artículo 310 de la LCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, en relación a los contratos sujetos al Derecho comunitario, los actos del*

*procedimiento de licitación son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, mientras que cuando se trata de actos de ejecución del contrato (modificación, resolución, desistimiento posterior o cualquier otro) cabe el régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.”*

En el mismo sentido en la Resolución 30/2011, de 29 de junio, con objeto de determinar la competencia del Tribunal para conocer de un recurso relativo a un contrato de gestión de servicios públicos, señala que *“El objetivo del recurso es que los licitadores puedan impugnar las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección hasta la adjudicación” (...)* *“Son susceptibles del recurso especial en materia de contratación aquellos contratos que superan los umbrales establecidos en el anteriormente citado artículo 310.1 y dentro de estos, aquellos actos enumerados en el apartado 2 hasta la fase de adjudicación y no los que comprendan la fase de ejecución del contrato.”*

## **2) Posibilidad de entender incluida la modificación contractual entre los actos susceptibles de recurso especial:**

- Modificaciones convencionales o previstas en los pliegos:

De acuerdo con lo hasta ahora visto, por prohibición expresa de la Ley no son susceptibles de recurso especial las modificaciones legales de los contratos, sin perjuicio de que al no prohibir la ley el recurso contra las modificaciones convencionales quepa plantearse si esta omisión permite considerar que cabe recurso contra las mismas en el ámbito de la interpretación auténtica de la Ley.

La modificación de los contratos prevista en los pliegos, puede centrarse en el establecimiento del alcance y requisitos de la misma que deberá

verificarse, en su caso mediante la impugnación de los pliegos, que constituyen uno de los actos susceptibles de recurso en virtud del artículo 40.1.a) del TRLSCP. Mas allá de eso la aplicación del recurso especial en la modificación que se derive de los pliegos implicaría únicamente el control material del cumplimiento de los mismos, que entiendo que no puede asimilarse a una nueva adjudicación y que debe residenciarse completamente en la fase de ejecución contractual, al tratarse del cumplimiento del contrato en tanto en cuanto, como es sabido las cláusulas de los pliegos se consideran parte integrante del contrato de acuerdo con el 115.3 del TRLCPS; en la que en principio no opera el recurso especial, sino en su caso la cuestión de nulidad por las causas tasadas que se establecen en el artículo 37.

Además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 211 del TRLCSP el Consejo de Estado u órganos consultivos de las Comunidades Autónomas deberán informar preceptivamente en las modificaciones del contrato, cuya cuantía, aislada o conjuntamente sea superior al 10% del precio primitivo del contrato, cuando este sea igual o superior a 6 millones de euros.

Se previene por tanto en la ley de contratos un control administrativo por un órgano independiente y cualificado de la modificación de los contratos por la vía del dictamen de los órganos consultivos, aunque dicho control no es efectivo en una franja cuantitativa de contratos, efectivamente entre el umbral de 200. 000 euros de los contratos de servicios y suministros y los 5.000.000 de euros, para los contratos de obras en que procede el recurso especial y los 6.000.000 de euros para la emisión de informe por los órganos consultivos.

- Modificaciones legales o no previstas en los pliegos:

Por otro lado, respecto de los actos dictados por los órganos de contratación en relación con las modificaciones no previstas en los pliegos

,-o legales-, que sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos, las mismas no serían recurribles por exclusión expresa establecida en el artículo 40.2 del TRLCSP. En este punto la redacción de la Ley es clara y no deja margen a la interpretación, sin perjuicio de que pueda opinarse que el legislador estatal puede no haber sido respetuoso con la normativa europea y más concretamente con los principios rectores de la contratación pública en la modificación legal efectuada (además en agosto ).

Además de plantear si *de lege ferenda* debería incluirse en el ámbito de aplicación del recurso especial las modificaciones contractuales, cabe plantearse si ello es posible con la normativa vigente, al considerar que mediante la modificación contractual se está procediendo a realizar una nueva adjudicación del contrato, lo que justificaría su sumisión al recurso administrativo especial. Y ello por aplicación del derecho nacional a la luz de las Directivas en materia de contratación.

Esta posibilidad ha sido prevista por algunos gobiernos autonómicos. Efectivamente el artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, introducido por Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, bajo el título “Publicidad de los modificados”, exige que los actos del órgano de contratación por los que se acuerde la modificación de un contrato se publiquen, en todo caso, en el Boletín y perfil en que se publicó la adjudicación, con indicación de las circunstancias justificativas, el alcance e importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de la potestad de modificación. Asimismo, dichos acuerdos deberán notificarse a los licitadores que fueron admitidos a la licitación, incluyendo la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales.

En el mismo sentido el artículo 20 de la recientísima Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, prevé también la notificación de las modificaciones contractuales a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación, de no ajustarse a los requerimientos legales.

Se trata en ambos casos de la introducción de medidas tendentes en primer lugar a lograr la transparencia en la modificación como apuntó el informe de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la Contratación Pública, año 2004 *“En línea con la idea de reforzar la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato. La misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste”*, pero que dan un paso más respecto del principio de transparencia al prever junto con la publicación, la notificación de la modificación a los licitadores que fueron admitidos con el objeto de permitir en su caso la interposición de recurso fundado, siendo respetuosas con la legislación vigente en tanto en cuanto se trata de permitir el control a través de su impugnación mediante un posible recurso, sin especificar si se trata del especial o no.

En la línea de dar alguna forma de publicidad a las modificaciones contractuales la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y el buen gobierno de las Illes Balears, dispone en su artículo 19.2 f) la obligación de publicar en el perfil de contratante «las modificaciones del contrato adjudicado que representen un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, si procede» y la Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012, recoge en su artículo 40 la obligación de dar

publicidad «en Internet» a los contratos menores, las modificaciones contractuales y contratos complementarios.

Es fundamental destacar en relación con esta cuestión, el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de contratación Administrativa de Aragón que considera que cualquier decisión que esté sujeta a las normas comunitarias y que produzca efectos jurídicos —como sin duda lo es una modificación de las previsiones de un contrato— puede ser recurrida, sin distinguir en función de su contenido o del momento de su adopción (STJUE de 23 de enero de 2003, Macedonio Metro y Michaniki). Entiende por ello la Junta que el recurso especial contra decisiones de modificaciones contractuales es conforme al sistema de recursos comunitario en materia de contratación pública, por ser esa la opción del legislador estatal, que si bien ha excluido la aplicación del recurso especial para los casos de modificaciones contractuales no previstas en el pliego (artículo 40.2 TRLCSP), no es menos cierto que la práctica de las modificaciones previstas o convencionales (artículo 106 TRLCSP) sí puede ser objeto de recurso especial, en tanto son un elemento propio de la valoración de ofertas. Concluye la Junta que no le corresponde *“contradecir el mandato que con carácter de legislación básica contiene el artículo 40.2 TRLCSP sobre exclusión del objeto del recurso especial de las modificaciones no previstas, pero cabe advertir la posible incongruencia del precepto, que lleva a dar distinto trato a las modificaciones del contrato según sea su presupuesto habilitante, ya que a la vista de la jurisprudencia comunitaria, su aplicación podría resultar desplazada por la eficacia directa del Derecho de la UE, en los supuestos concretos que se sometan a los órganos competentes para conocer del recurso especial”*.

Respecto de la eficacia directa de las normas de derecho comunitario, legitimadora de la tesis que permitiría el recurso especial contra la modificación de los contratos, debe recordarse que las directivas no gozan de efecto directo a diferencia de los reglamentos de acuerdo con lo

dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (art. 189), actual artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sin embargo, las diferencias entre Directiva y Reglamento se han ido difuminando desde el momento en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia 148/78, de 5 de abril, as. Ratti) declaró el efecto directo de una directiva que no había sido cumplida por el Estado destinatario dentro del plazo establecido.

O en la sentencia Sinmenthal, de 9 de marzo de 1978, en que el Tribunal apreció que "*Todo juez competente en determinada materia tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho Comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando de aplicar toda disposición de la ley nacional anterior o posterior eventualmente contraria a la regla comunitaria*".

En este caso la norma a aplicar sería la Directiva de recursos<sup>6</sup>, puesto que la Directiva de coordinación de procedimientos de adjudicación, aunque fija las reglas y los principios generales aplicables a la contratación

---

<sup>6</sup> Artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE DEL CONSEJO, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, modificada por la directiva 2007/66/CEE "En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directiva 2004/18, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa. (1)

2. Los Estados miembros velarán para que entre las empresas que deban alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato no se produzcan discriminaciones a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales.

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.(...)

del sector público, no contiene reglas atinentes a la fase de ejecución de los contratos, sin perjuicio de que como hemos indicado los principios en materia de contratación deben aplicarse durante toda la vida del contrato y constituir el escenario en el que se desenvuelve el mismo.

A este respecto el derecho de los ciudadanos que podría en su caso legitimar la aplicación subsidiaria y directa de los principios generales de la Directiva de recursos, sería el derecho al recurso, que sin perjuicio de que no responde a las exigencias de la indicada Directiva, sí que cabe como es obvio en nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo reconducir la adjudicación directa ilegal que constituiría la modificación contra legem, a una causa de nulidad de derecho administrativo de las recogidas en el artículo 62 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, por remisión del artículo 32 del TRLCSP, que declara nulos del pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido. Ahora bien tal recurso como es sabido, no garantiza la suspensión de la adjudicación hasta su resolución, sin perjuicio de que solicitada la misma al amparo del artículo 111 de la LRJ-PAC, debiera ser concedida a la luz de los principios de la Directiva de recursos, que permite en su artículo 1.5 que los Estados miembros exijan a la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el poder adjudicador, en cuyo caso velarán por que la interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato.

### **3) Dificultades para entender con la legislación actual que procede recurso administrativo especial contra las modificaciones contractuales**

- La principal dificultad estriba en la existencia de una norma que expresamente prohíbe el recurso especial contra las modificaciones de los contratos no previstas en la ley.

Los órganos encargados de la resolución del recurso especial, aunque tienen una función cuasi jurisdiccional no forman parte estrictamente hablando de la misma, por lo que resultaría difícil para ellos poder dejar de aplicar el último inciso del apartado 2 del artículo 40 del TRLCSP, introducido por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, por aplicación directa de las Directivas de recursos y de coordinación de procedimientos de adjudicación, sin el instrumento complementario del planteamiento de una cuestión prejudicial, -ya que no olvidemos se trata de una cuestión interpretativa-.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> De nuevo podemos traer a colación la sentencia Sinmenthal, de 9 de marzo de 1978, en que el Tribunal apreció que "**Todo juez competente** en determinada materia tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho Comunitario (...)" y la Sentencia de 2 de junio de 2005 Koppensteiner GMBH. "A este respecto, baste recordar que **los órganos jurisdiccionales nacionales** que conocen del litigio y deben asumir la responsabilidad de la resolución judicial que ha de recaer son los únicos a quienes corresponde apreciar, en lo que respecta a las características especiales de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder pronunciar su sentencia como la procedencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia. En consecuencia, dado que las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, en principio, el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse (véase, en particular, la sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-1931, apartado 21). (...)

"**Un órgano jurisdiccional nacional** ante el que un licitador solicita la anulación de un acuerdo por el que se cancela una licitación por ser contrario al Derecho comunitario y cuyo Derecho nacional no permite juzgar esta demanda se enfrenta a la cuestión de si está obligado, en virtud del Derecho comunitario, a declarar la admisibilidad de tal recurso de anulación y, de ser así, en qué condiciones.

33 A este respecto procede señalar que la obligación de los Estados miembros derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, **se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales** (véase, en particular, la sentencia de 4 de marzo de 1999, HI, C-258/97, Rec. p. I-1405, apartado 25).

34 Aunque corresponda al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar los organismos de los Estados miembros competentes en materia de procedimientos de contratación pública para dirimir los litigios que afecten a derechos individuales conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 28, y de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros, C-81/98, Rec. p. I-7671, apartado 49), no resulta evidente que en el procedimiento principal se plantee un problema de competencia jurisdiccional de esta índole.

- Encaje con el carácter precontractual, rápido y eficaz del recurso: En el sentido de las Resoluciones 17 y 30/2011 del TACPCM, puede entenderse que no procede entender incluido en el ámbito de aplicación del recurso especial la modificación contractual.

En este punto consideran que el carácter precontractual del recurso impide su extensión a los actos de modificación contractual, tanto el profesor Calvo Ruata, como Jesús Cudero Blas.<sup>8</sup>

El profesor Calvo Ruata considera que las facultades y mecanismos exigidos por las Directivas de recursos para garantizar la limpieza, transparencia, eficacia e igualdad de los licitadores en los procedimientos de adjudicación, no son en algún modo trasladables a la fase de ejecución cuando como consecuencia de una modificación contractual se vulneren significativamente las condiciones de la adjudicación originaria.

Señala el último que *“El análisis de los arts. 105 a 108 del Texto Refundido -EDL 2011/252769- pone de manifiesto que las decisiones que pueden ser adoptadas por los poderes adjudicadores sobre las*

---

35 En efecto, en el presente asunto consta que, según la normativa nacional aplicable, el Bundesvergabeamt es competente para conocer los recursos relativos a las «decisiones», en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, adoptadas por las entidades adjudicadoras en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios.

36 Además, el órgano jurisdiccional remitente ha indicado (véase el apartado 20 de la presente sentencia) que la legislación nacional aplicable excluye el examen y, en su caso, la anulación, en el marco de un recurso ante el Bundesvergabeamt, de acuerdos consistentes en la cancelación de una licitación después de la apertura de ofertas en un procedimiento de adjudicación abierto.

37 Pues bien, como se ha recordado en el apartado 30 de esta sentencia, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 se oponen a tal exclusión.

38 Dichas disposiciones de la Directiva 89/665 son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG.

39 En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.”

<sup>8</sup> Jesús Cudero Blas, Op. citada *ut supra*.

Pablo Calvo Ruata, Op. citada *ut supra*.

*modificaciones de los contratos (estén o no sus causas previstas en la documentación que rige la licitación) resultan ser completamente ajenas a lo que puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación, no solo porque aquellas decisiones se adoptan en un momento distinto del intercontractual (la ejecución y cumplimiento), sino porque no inciden en las finalidades perseguidas por el recurso especial que nos ocupa, que no son otras que las de garantizar que los actos anteriores a la adjudicación del contrato (y la propia adjudicación) puedan ser recurridos de manera eficaz por quien acredite un interés legítimo en la licitación.”*

La normativa comunitaria, y por trasposición, la normativa contractual española, ha pretendido establecer un recurso en materia de contratación pública de carácter rápido y eficaz, con el objeto de impedir que se consoliden situaciones de ilegalidad, que se verían reparadas únicamente tras la resolución del correspondiente recurso ante los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso administrativo, mediante la satisfacción de una eventual indemnización, tras un proceso largo, costoso y con las vicisitudes procesales propias de los recursos contenciosos administrativos. el recurso tiene carácter precontractual <sup>9</sup>esto es que define su ámbito de aplicación respecto de todos aquellos actos relacionados con la licitación administrativa previos a la formalización del contrato.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia puedan haber calificado la modificación ilegal de nueva adjudicación, dicho carácter ilegal exige un examen del acto realizado ya en fase de ejecución contractual, de manera que en principio la modificación legal no cabe duda que responde a la fase de ejecución del contrato. Además la modificación es equiparada a una

---

<sup>9</sup> La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público introdujo dos mecanismos de control de la legalidad de los procedimientos de contratación pública, el recurso especial de carácter precontractual y la cuestión de nulidad de carácter contractual, para los supuestos descritos en su artículo 37. La Directiva 1989/665/CEE, de 21 de diciembre en su artículo 2 quinquies califica expresamente el recurso de precontractual por oposición a la cuestión de nulidad.

nueva adjudicación en los casos en que se realice sin respetar los principios de derecho comunitario, y tras la modificación operada por la Ley 2/2011 de economía sostenible, sin dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 219, 105 a 107 del TRLSCP <sup>10</sup>, lo que exigiría un previo examen de la cuestión por el órgano competente para la resolución de recursos antes de saber si se encuentra o no ante una modificación ilegal que determinaría su competencia.

Sin embargo, junto con el recurso especial la Directiva de recursos 66/2007/CEE del Parlamento y del Consejo, establece la denominada cuestión de nulidad cuando señala en su considerando 13 *que con el fin de luchar contra la adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del derecho Comunitario en materia de contratos públicos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, debe preverse una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria. Por tanto todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal debe considerarse en principio, sin efectos, ineficacia que debe ser apreciada por un órgano de recursos independiente o derivar de del resultado de una decisión de dicho órgano.*

Nada ha dicho el legislador estatal respecto de la procedencia de la indicada cuestión de nulidad en el caso de las modificaciones ilegales, que a

---

<sup>10</sup> La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de junio de 2008 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH Asunto C-454/06, define de forma negativa los supuestos en que una modificación deben ser considerados una nueva adjudicación, que según el ponente y gran sector doctrinal justificarían el recurso especial contra la misma señalando los supuestos que no constituyen una modificación ilegal y por ende una nueva adjudicación, para concluir “En efecto, 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.** 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. “

la postre constituyan una adjudicación directa ilegal, por no respetar los límites y los requisitos establecidos en la ley. Por lo tanto, en principio, de buscar un encaje para el control por parte de los órganos especiales de recurso de dichas modificaciones quizá el mismo podría incardinarse en la cuestión de nulidad, sin necesidad de posicionarse frente a la prohibición de recurso especial establecida por el legislador. Quizá podría caber la cuestión de nulidad fundada en la causa contemplada en el apartado a) del punto 1, del artículo 37 del TRLCSP, si consideramos que en realidad la modificación ilegal es una nueva adjudicación realizada sin convocatoria de licitación y por tanto no publicada en el DOUE.

- Problema de legitimación: Cabe plantear quién estaría legitimado para interponer el recurso especial en materia de contratación contra las modificaciones.

A este respecto tanto la Legislación en Aragón, como en Navarra (artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón y artículo 20 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra), señalan que dichos acuerdos deberán notificarse a los licitadores que fueron admitidos a la licitación a efectos de que puedan interponer un recurso fundado. Por lo tanto residencian la legitimación en todos los licitadores admitidos a la licitación. Siguen así las conclusiones sentadas al respecto en la Sentencia de primera instancia del Asunto Succhi de Fruta C-191/1996 (FJ 57), *“procede considerar que la demandante resulta individualmente afectada por la Decisión controvertida. Lo es, en primer lugar, en su condición de licitador a quien no se ha adjudicado el contrato, ya que una de las condiciones importantes de la adjudicación –la relativa al modo de pago de los suministros de que se trata– ha sido modificada posteriormente por la Comisión. En efecto, tal licitador no sólo está individualmente afectado por la Decisión de la Comisión que determina el resultado, favorable o*

*adverso, de cada una de las proposiciones presentadas como consecuencia del anuncio de licitación [sentencia (de 6 de marzo de 1979) Simmenthal/Comisión, (92/78, Rec. p. 777), apartado 25]. También conserva un interés individual en procurar que se cumplan los requisitos del anuncio de licitación en la propia fase de adjudicación. En efecto, el hecho de que la Comisión no indicara en el anuncio de licitación la posibilidad de que los adjudicatarios obtuvieran otra fruta distinta de la prevista en pago de sus suministros privó a la demandante de la posibilidad de presentar una oferta distinta de la que había presentado y, de esta forma, de disponer de las mismas oportunidades que Trento Frutta.”*

Respecto de esta cuestión la Sentencia de 29 de abril de 2004, dictada en casación respecto del Asunto Succhi de Fruta C-496/99 indica: “*Tal interpretación (la realizada por la Comisión considerando que solamente los adjudicatarios están legitimados para impugnar, en su caso, una decisión adoptada en ejecución del contrato) tendría necesariamente como consecuencia que las infracciones del Derecho cometidas por la entidad adjudicadora con posterioridad a la adjudicación del contrato, pero que tuvieran por efecto poner en tela de juicio la legalidad del procedimiento de licitación en su conjunto, no podrían ser sancionadas si no afectaran a la situación del adjudicatario o de los adjudicatarios.*

*Dicha conclusión resultaría incompatible con lo establecido en el artículo 173, párrafo cuarto, del Tratado, que garantiza una vía de recurso a los particulares afectados directa e individualmente por el acto impugnado; también sería incompatible con el principio fundamental según el cual, en una comunidad de Derecho, debe garantizarse debidamente el respeto de la legalidad.”*

Ello en principio acercaría el ejercicio de la acción a una suerte de acción pública en defensa de la legalidad, al permitir el ejercicio de la misma a

licitadores que en modo alguno hubieran podido ser adjudicatarios, y a los que una eventual anulación de la modificación en nada afectaría o beneficiaría. Todo ello sin dejar de ser consciente de que efectivamente, tal y como señalan las sentencias antes indicadas, el licitador admitido hubiera podido ser el adjudicatario de eventualmente de conocer de antemano las circunstancias de la modificación y por ende haber hecho una oferta diferente.

Por otro lado esta cuestión de la legitimación se incardina con el derecho de defensa y en concreto con la cita del artículo 173. 4 del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE, tras su modificación) “*Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente.*”. Esta mención se refiere únicamente al recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que regula.

Ahora bien, al igual que entendemos que la consideración de todos los licitadores como legitimados puede ser muy amplia, dado que probablemente la mayoría de ellos en ningún caso podría haber sido el adjudicatario del contrato originario en los términos y condiciones inicialmente establecidos, se plantea entonces, teniendo en cuenta que se trata de impedir falseamientos de la libre competencia y de la transparencia, que resultarían afectados los intereses de todos aquellos que de haber sido otras las condiciones afectadas por la modificación pudieran haber licitado, como ocurre en el caso de que se impugnen los pliegos, con lo que la publicación permitiría la interposición del recurso a cualquier interesado que hubiera podido licitar con las condiciones objeto de modificación.

En todo caso correspondería al Tribunal apreciar la legitimación ad causam al caso concreto y sin establecer apriorismos que limitaran el acceso al mismo, pero evitando al mismo tiempo convertirlo en una acción pública.

- Problema de plazo: En el caso de que se considere una legitimación amplia, en que el dies a quo para el cómputo del plazo fuera el de la publicación de la modificación, al no existir en el procedimiento momento alguno que permita determinar con certeza, cuándo se produce el conocimiento del acto, cabrían dos opciones interpretativas, o bien considerar estrictamente que el plazo comienza a computar desde el día de la publicación o bien desde el momento en que el interesado tuvo conocimiento de la misma que solo puede presumirse desde el momento que realice actos que impliquen su conocimiento singularmente la propia interposición del recurso, con lo que el plazo quedaría abierto *sine die*.

Lo mismo puede decirse de aquéllas Comunidades Autónomas o del Estado que no tienen prevista entre sus normas la notificación de las modificaciones.<sup>11</sup> Sin que por otro lado la Directiva 2004/18 regule la modificación de los contratos durante su ejecución y lógicamente contenga norma alguna que prevea la obligación de los Estados miembros de publicar o notificar las mismas.

Todo ello sin perjuicio de que la propuesta de nueva Directiva de contratación pública prevé la obligación de publicar las modificaciones contractuales (artículo 72). Pero hasta el momento al no existir dicha obligación para todas las Administraciones Públicas existe un problema no

---

<sup>11</sup> Tienen prevista en su legislación la necesidad de publicar la modificación de los contratos: Galicia (Ley 4/2006, de 30 de junio de transparencia y de buenas prácticas de la Administración pública Gallega); Aragón ( Ley 3/2011 de Contratos de sector Público de Aragón); Navarra Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra) las Islas Baleares , Ley 4/2011 de 31 de marzo de la buena administración y del Buen Gobierno de las Illes Bleares.

solo de efectividad de la posibilidad de impugnación, sino también del cómputo del plazo, problema que se agrava por la circunstancia de que el TCRC tiene convenios con distintas Comunidades Autónomas, algunas de las cuales sí prevén la obligatoriedad de la publicación, lo que le obligaría a mantener distintos criterios relativos a la admisibilidad en función de la procedencia del contrato.

- Problema de la **efectividad del recurso al no prever la ley la necesidad de suspender la modificación**, puesto que la resolución de modificación constituiría una adjudicación perfeccionada, la Ley no prevé plazo suspensivo alguno en el que pudiera operar el recurso especial. Así el artículo 219 del TRLSCP previene que las modificaciones de los contratos se formalicen conforme al artículo 156 que regula la forma en que se llevará a cabo en el caso de las adjudicaciones. Ahora bien, aunque el último apartado del citado artículo 156 prevé un plazo entre la adjudicación y su formalización, lo cierto es que lo circunscribe únicamente para los contratos susceptibles de recurso especial conforme al artículo 40.1 de lo que resulta complicado inferir que dicha espera deba verificarse también en el caso de las modificaciones, expresamente excluidas del recurso especial por el mismo artículo 40 en su apartado segundo, siendo así que como más arriba hemos señalado la finalidad principal del recurso especial es permitir que se revise por un órgano independiente y especializado la adecuación a derecho de la adjudicación con carácter previo a su formalización, para evitar la consolidación de situaciones de ilegalidad. Por otro lado las normas que prevén la publicación de las modificaciones no especifican si se trata de la Resolución de modificación o su formalización, de manera que podría incluso tratarse de ésta con el mismo efecto de imposibilitar el recurso especial.

### III-Propuesta de Directiva, (texto de compromiso de Bruselas, 24 Julio 2012)

La propuesta de nueva directiva en materia de contratación incluye un capítulo IV que bajo la rúbrica, la ejecución del contrato, comprende la regulación de cuestiones que exceden de la fase de preparación y adjudicación, a que se atiene la actual Directiva 2004/18, regulando en concreto en el artículo 70 las condiciones de ejecución del contrato, en el artículo 71 la subcontratación, en el artículo 72 la modificación de los contratos durante su vigencia, y en el artículo 73 la resolución de contratos.

Aunque aún no ha sido aprobada, ni lógicamente transpuesta, a efectos interpretativos debe señalarse lo dispuesto en el artículo 72.1 “*Una modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público durante su período de vigencia se considerará una nueva adjudicación a efectos de la presente Directiva y requerirá un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con ella*”. De lo que puede inferirse que cuando la Directiva equipara la modificación sustancial del contrato a una nueva adjudicación, recogiendo la doctrina jurisprudencial que sirve de base para considerar que la modificación constituye el ámbito de aplicación objetivo del recurso especial, lo hace, a mi juicio, a los únicos efectos de establecer una suerte de supuesto de resolución contractual que permitiría, excepcionando el principio *pacta sunt servanda*, proceder a una nueva adjudicación del contrato. Lo que en principio no permite anudar a las modificaciones sustanciales y en su caso realizadas sin cumplir el procedimiento establecido para ello, todas y cada una de las normas o principios atinentes a la adjudicación del contrato de forma directa (como sería el caso del recurso especial en materia de contratación).

De ser tal el deseo del legislador europeo sería más clarificador para todos que expresamente se previera tal posibilidad sin necesidad de abocar

a las autoridades nacionales a incluir o excluir la modificación del contrato del ámbito objetivo del recurso especial vía interpretativa.

#### **IV-Conclusión.-**

Considero que cualquier control sobre las modificaciones contractuales, en tanto en cuanto pueden conculcar los principios que rigen la contratación pública y suponen un terreno en el que son posibles las corruptelas es deseable. Debe alumbrarse en todo caso, como señala el profesor Gimeno Feliú, una nueva gestión pública presidida por la transparencia, integridad, y la eficacia que coadyuvarán a dignificar y potenciar la contratación pública en beneficio del Común, frenando la corrupción tan desafortunadamente ínsita en la condición humana<sup>12</sup>

El documento Libro Verde de la modernización de la política de contratación pública de la UE «Hacia un mercado europeo de la contratación más eficiente» Bruselas, 27.1.2011.COM (2011) 15 final señala al respecto en su apartado “2.5. *Interrogantes acerca de la ejecución del contrato*” que “*Aparte de exigir transparencia previa para las cláusulas de ejecución del contrato (indicación en el anuncio de licitación o en las especificaciones), las Directivas actuales no regulan la ejecución del contrato. Sin embargo, algunos problemas que pueden plantearse durante la fase de ejecución pueden afectar gravemente a la no discriminación entre licitadores y a la solidez de la contratación pública en general. Se plantea la cuestión de si las normas de la UE deben proporcionar instrumentos específicos que permitan a los poderes adjudicadores tratar más eficazmente estos problemas*”.

Ahora bien, que con la legislación actual deba considerarse vía interpretativa que ese control corresponda a los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, a través de este

---

<sup>12</sup> J.m Gimén Feliú “ La nueva gestión pública” Heraldo de Aragón (7 de enero de 2012).

último, obviando la prohibición expresa del TRLCSP, no está exento de problemas, además de los puramente organizativos o de medios, coincidiendo en este punto con aquellos autores que consideran que se ha perdido una oportunidad de zanjar la cuestión de las modificaciones ilegales<sup>13</sup>, cerrando el círculo que junto con la restricción de los supuestos en que esta es posible, supondría el establecimiento de un control específico y expresamente atribuido a través del recurso especial o la utilización de la cuestión de nulidad, en su caso, como más arriba he apuntado.

En todo caso considero que cualquier decisión a este respecto debe venir de la mano del legislador estatal o cuando menos de una interpretación de la normativa vigente coordinada entre todos los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación.

---

<sup>13</sup> Isabel Gallego Córcoles. Op citada.supra