

## MODIFICACIÓN

### **11/10 LÍMITES PARA LA MODIFICACIÓN DE CONTRATOS ADJUDICADOS QUE AFECTEN A LOS ELEMENTOS SUSTANCIALES.**

**Modificaciones de contratos ya adjudicados: límites. Examen de la normativa aplicable, de la doctrina del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como de la jurisprudencia comunitaria (sentencia Succhi di Frutta, de 29 de abril de 2004), que se muestran contrarias a las modificaciones que, por su incidencia en los elementos esenciales del contrato, puedan lesionar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia e igualdad <sup>1</sup>.**

## ANTECEDENTES

Examinada, al amparo de lo dispuesto en el apartado III.A.2.<sup>a</sup> de la Instrucción 1/2005, de 22 de junio, sobre régimen de coordinación de los Convenios de Asistencia Jurídica, su consulta sobre la propuesta de modificación del contrato de consultoría y asistencia a la Dirección de Obra de la nueva Planta Desaladora de Águilas/Guadalentín (Murcia), suscrito entre la sociedad estatal XX, S.A., y la empresa YY, S.A., este Centro Directivo emite informe en los siguientes términos:

1.º El Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica suscrito entre el Ministerio de Justicia (Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado) y la Sociedad Estatal XX, S.A., eleva consulta a este Centro Directivo sobre la adecuación a Derecho de la propuesta modificación del contrato de consultoría y asistencia a la Dirección de Obra de la nueva Planta Desaladora de Águilas/Guadalentín (Murcia), suscrito el 18 de julio de 2006 entre dicha sociedad estatal y la empresa YY, S.A.

---

<sup>1</sup> Dictamen de la Abogacía General del Estado de 14 de abril de 2010 (ref.: A.G. Entes Públicos 20/10). Ponente: Raquel Ramos Vallés.

Del borrador de informe y de la documentación que se acompaña al mismo se desprende que la propuesta de modificación supone un importe adicional de 680.680 euros, lo que representa un 29,20 por 100 del precio inicial del contrato.

2.º En su propuesta de informe, el Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica suscrito con XX, S.A., formula las siguientes conclusiones:

«Primera. Se informa desfavorablemente la modificación del Contrato de Consultoría y Asistencia a la Dirección de Obra de la Nueva Planta Desaladora de Águilas/Guadalentín (Murcia).

Segunda. La modificación propuesta debe ser objeto de un procedimiento de adjudicación.

Tercera. La adjudicación podría hacerse mediante el procedimiento negociado con el empresario al que se adjudicó el contrato principal».

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**I.** Se formula consulta sobre la adecuación a Derecho de la propuesta de modificación del contrato de consultoría y asistencia a la Dirección de Obra de la Nueva Planta Desaladora de Águilas/ Guadalentín (Murcia) celebrado el 18 de julio de 2006 entre la sociedad estatal XX, S.A., y la empresa YY, S.A. A tal efecto procede examinar, con carácter previo, las causas en las que se fundamenta la modificación propuesta, su alcance, y el régimen jurídico aplicable al contrato al que dicha modificación se refiere.

En cuanto al primero de los aspectos mencionados, la propuesta de modificación se justifica (anexo I) en que «debido a circunstancias de difícil previsión en el momento de redacción del Pliego de Bases y al tratarse de un contrato de consultoría y asistencia a la Dirección de Obra que debe adaptarse al desarrollo de los trámites de la obra, se han producido alteraciones sobre la previsión inicial de trabajos a la vez que han surgido otros nuevos a desarrollar». En concreto, la necesidad de la modificación se fundamenta en la circunstancia de que «se ha aprobado la modificación núm.1 del contrato de obra para ampliar la obra civil de la planta hasta una capacidad de 70 hm<sup>3</sup>/año, así como la capacidad de las estaciones de bombeo y conducciones de toma, vertido y distribución», y en que «se ha contratado la construcción de una subestación eléctrica que estará emplazada dentro de los terrenos de la planta y debe llevarse a cabo con los mismos procedimientos constructivos, rigor y calidad que las instalaciones principales».

Respecto al alcance de la modificación, de la documentación que se acompaña se desprende que ésta representa un importe adicional de 680.680 euros, lo que supone un incremento del 29,20 por 100 del pre-

**11/10** cio del contrato. En la propuesta de modificación se indican detalladamente los estudios y trabajos afectados por dicha modificación que se refieren, entre otros, a los trabajos en la subestación de 132/6,3 kV y líneas de alta tensión, y a los trabajos correspondientes a la ampliación de la planta desaladora. Se indica expresamente que la asistencia a la Dirección de Obra tendría, con la modificación propuesta, un contenido adicional al contemplado en el Pliego.

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el contrato al que la modificación se refiere se celebró el 18 de julio de 2006, bajo la vigencia, por tanto, del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1 del TRLCAP, el referido contrato queda sometido a las prescripciones de dicho texto legal relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, rigiéndose sus efectos y extinción por el Derecho privado. En consecuencia, la modificación propuesta, en cuanto incidencia comprendida dentro de los posibles efectos del contrato, se registrarán por lo establecido expresamente en los pliegos y, en su defecto, por el Derecho privado.

Así las cosas, procede examinar el régimen de modificación contractual previsto en los pliegos y en el contrato, pero teniendo presente que el carácter privado del contrato y el sometimiento de sus efectos al ordenamiento jurídico privado no implica la atribución de una posibilidad ilimitada de modificación contractual, pues el principio de libre autonomía de la voluntad que preside la contratación privada (art. 1.255 del Código Civil) ha de ser matizado, en los contratos sujetos a las Directivas Comunitarias, por las limitaciones derivadas de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia e igualdad en los que se asienta la contratación pública (art. 2 de la Directiva 2004/18/CE y arts. 12, 43 y 49 del Tratado Constitutivo), habiendo declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia *Succhi di Frutta* de 29 de abril de 2004, C-492/99P) que los referidos principios se aplican no sólo en la adjudicación, sino también en la fase de ejecución de todos los contratos del sector público (entre los que se incluyen los celebrados por las sociedades estatales).

Si la observancia de los aludidos principios comunitarios, a efectos de valorar la adecuación a Derecho de las modificaciones contractuales, resulta obligada, en todo caso, su consideración en el momento actual resulta ineludible, teniendo en cuenta que la Comisión Europea ha iniciado formalmente un procedimiento de infracción contra el Reino de España (Dictamen Motivado de 2 de diciembre de 2008), precisamente por la presunta incompatibilidad de la legislación española con el Derecho Comunitario en materia de modificaciones contractuales.

Bajo la anterior premisa, procede examinar las previsiones que, en materia de modificación contractual, se han incluido en los pliegos y en el

contrato firmado entre XX, S.A., y la empresa YY, S.A., y la adecuación de la modificación propuesta tanto a dichas previsiones contractuales como a los principios que, conforme a una consolidada doctrina y jurisprudencia, limitan la posibilidad de modificar los contratos sujetos a las Directivas Comunitarias después de su adjudicación.

**II.** La propuesta de modificación se justifica en la cláusula 11 del contrato celebrado entre las partes, en la que se indica que lo siguiente:

«XX, S.A., podrá, durante la ejecución del presente Contrato, modificarlo mediante:

- La contratación de nuevos trabajos o servicios complementarios al objeto del presente Contrato.

- El incremento del alcance de los trabajos contratados.

- La eliminación de algunos de los trabajos contratados.

En cualquiera de los casos el importe del incremento o disminución del importe del contrato operado a instancia de XX, S.A., no podrá exceder del veinte (20) por 100 del precio del contrato señalado en la cláusula 2.1, al objeto de que los trabajos o servicios complementarios sean de obligado cumplimiento para el Consultor.

En estos supuestos, el Consultor quedará obligado a ejecutar, en su caso, los trabajos o servicios complementarios, de conformidad con lo establecido en el presente Contrato, sin derecho a reclamar ninguna indemnización, tanto en el caso de aumento como en el de disminución, y sin que por ningún motivo pueda disminuir el ritmo de los trabajos o servicios ni suspenderlos. Los trabajos y servicios complementarios serán objeto de retribución en la forma señalada en la cláusula 2.2 anterior».

La primera cuestión que se suscita es la de si el contrato prevé o no algún límite cuantitativo a las modificaciones que, en su caso, puedan introducirse. A tal efecto cabe señalar que la redacción de la cláusula 11 del contrato lo que parece establecer es un límite (del 20 por 100 del importe del primitivo contrato), que opera respecto de la obligatoriedad de las modificaciones para el contratista, en consonancia con lo dispuesto para la modificación de los contratos administrativos en los arts. 112.2, 149.e), 192.c) y 214.c) del TRLCAP [y, en el mismo sentido, en los artículos 207.2, 220.e), 275.c) y 284.c) de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –LCSP–].

Efectivamente, el TRLCAP no establecía ningún límite cuantitativo a la modificación de los contratos, limitándose a regular cuándo las modificaciones constituían una causa de resolución potestativa para el contratista. Así, eran causa de resolución las modificaciones que, aunque fueran sucesivas, implicasen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, del 20 por 100. Las referidas causas de resolución sólo facultaban al contratista a instar la resolución del contrato, pero no implicaban su extinción si el contratista

**11/10** mostraba su conformidad con la modificación propuesta, de tal forma que, es tal caso, el contrato continuaba vigente, aunque las modificaciones superasen, en poco o en mucho, el 20 por 100 del precio primitivo del contrato. Como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en el informe 21/1967, de 7 de julio, si se supera el límite porcentual del 20 por 100 existe causa de resolución potestativa para el contratista, salvo que la modificación sea sustancial, en cuyo caso ello determina la resolución obligatoria para la Administración.

Ahora bien, el hecho de que el contrato que se examina no establezca un límite cuantitativo expreso a las modificaciones contractuales (como tampoco el TRLCAP ni la vigente LCSP), no implica que sean jurídicamente admisibles cualesquiera modificaciones contractuales. Tanto la doctrina del Consejo de Estado y de la JCCA como la jurisprudencia se oponen a la introducción de alteraciones profundas en la fase de ejecución de los contratos cuando tales alteraciones puedan lesionar los principios de publicidad y concurrencia, lo que se produce siempre que quepa presumir razonablemente que las nuevas condiciones del contrato podrían haber permitido concurrir a licitadores que no lo hicieron o presentar a los que sí concurren ofertas distintas, de tal forma que la adjudicación pudiera haber recaído en un adjudicatario distinto.

El Consejo de Estado ha señalado (por todos, dictamen 2582/95, de 1 de febrero) que «la introducción de profundas modificaciones en el objeto de los contratos, sin dar lugar a una nueva licitación, puede lesionar los principios de publicidad y concurrencia». En la misma línea se ha expresado reiteradamente la JCCA (informes 48/1995, de 21 de diciembre de 1995; 47/1998, de 17 de marzo de 1999; 52/2000, de 5 de marzo de 2001; 50/2003, de 12 de marzo de 2004, o 18/2006, de 20 de junio de 2006), pues «celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato... la solución que representa la adjudicación para el adjudicatario en cuanto al precio y demás condiciones no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podrían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concededores de la modificación que ahora se produce».

En suma, entiende la doctrina que la variación sustancial de la voluntad de la entidad contratante ha de dar lugar a un nuevo expediente de contratación y, en definitiva, a un contrato administrativo diferente, de tal forma que los perjuicios que al interés público pueda ocasionar el hecho de ser necesario adjudicar un nuevo contrato, previa resolución del anterior, e incluso indemnizar por ello al contratista, se justifican en el interés general que la legislación de contratos trata de proteger y en la salvaguarda de los principios en los que se fundamenta la contratación pública.

Como ya se ha indicado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que los mencionados principios resultan aplicables no sólo a los

contratos administrativos, sino también al resto de contratos sujetos a las Directivas Comunitarias, y no sólo en la fase de adjudicación, sino también en la de ejecución, pues «si la entidad adjudicataria pudiera modificar a su arbitrio durante la fase de ejecución las propias condiciones de licitación, sin habilitación previa y expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato resultarían desnaturalizados» (sentencia Succhi di Frutta, antes citada).

Y, en consecuencia, entiende el Tribunal (sentencia Succhi di Frutta) que una modificación contractual posterior a la adjudicación es contraria al Derecho Comunitario, a menos que se cumpla alguna de las dos siguientes condiciones:

a) Que la modificación no afecte a ninguna condición esencial de la licitación, entendiéndose que una modificación es esencial cuando no quepa excluir que las condiciones originales, menos favorables, hayan disuadido a otros licitadores a participar en la licitación, o que a la vista de las condiciones actuales podría haber otros licitadores interesados en la licitación, o que la adjudicación hubiera recaído en otro licitador distinto.

b) Que la posibilidad de efectuar una modificación, así como sus modalidades, esté prevista de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación.

Pues bien, de la documentación que se acompaña a la solicitud de informe se desprende que, en el supuesto que se examina, no concurre ninguno de los dos requisitos admitidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para que una modificación posterior a la adjudicación pueda considerarse ajustada al Derecho Comunitario y, concretamente, a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia que se desprenden del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE y de los artículos 12, 43 y 49 del Tratado Constitutivo. Efectivamente, la modificación propuesta, tanto desde un punto de vista cuantitativo (afecta casi al 30 por 100 del precio primitivo del contrato), como cualitativo (incide sustancialmente no sólo en el precio, sino también en el objeto del contrato, esto es, en las prestaciones inicialmente pactadas), ha de considerarse una modificación sustancial, por cuanto que cabe presumir razonablemente que, con las nuevas condiciones, los licitadores o las ofertas presentadas podrían haber sido distintos. Y, siendo esencial la modificación que se propone, tampoco la documentación que rige la licitación establece de forma «clara, precisa e inequívoca» los concretos supuestos en los que el contrato podrá ser modificado, limitándose a recoger con frases genéricas, en la cláusula 11 del contrato y en la cláusula 4.5 del documento núm. 3 («Condiciones Técnicas»), supuestos generales que, en la práctica, podrían dar cabida a todo tipo de modificaciones contractuales. En definitiva, la documentación que rige la licitación no refleja de forma clara, precisa e inequívoca las concretas circunstancias y el alcance de la modificación contractual que ahora se propone, de tal forma que pudiera ser conocida por todos los licitadores al tiempo de formular sus ofertas,

**11/10** como exige la jurisprudencia comunitaria para considerar que una modificación contractual posterior a la adjudicación no vulnera los principios a los que necesariamente ha de someterse la contratación pública.

Por todo lo expuesto, procede informar desfavorablemente la modificación propuesta, cuya tramitación exigiría, conforme a lo indicado y sin perjuicio de lo que seguidamente se expone a propósito de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, la resolución del actual contrato y la celebración de una nueva licitación, a menos que dicha modificación tenga una individualidad o autonomía propia que permita su adjudicación independiente del contrato principal.

**III.** Descartada la adecuación a Derecho de la modificación propuesta, resta examinar si las prestaciones a las que dicha propuesta se refiere pueden considerarse como servicios complementarios del contrato principal, susceptibles de ser adjudicados a la misma empresa a la que se adjudicó este contrato por el procedimiento negociado sin publicidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 158.*b*) de la vigente LCSP (texto legal que resultaría de aplicación al nuevo procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo establecido en su disposición transitoria primera.1).

Con base en lo dispuesto en el artículo 31.4.*a*) de la Directiva 2004/18/CE, el artículo 161.1, en relación con el artículo 158.*b*) de la LCSP, admite la adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad de aquellos «servicios complementarios que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarios para la ejecución del servicio tal y como estaba descrito en el proyecto o en el contrato sin modificarlo, y cuya ejecución se confíe al empresario al que se adjudicó el contrato principal de acuerdo con los precios que rijan para éste o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que los servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar graves inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento y que el importe acumulado de los servicios complementarios no supere el 50 por 100 del precio primitivo del contrato».

La distinción entre las modificaciones contractuales y las obras o servicios complementarios no siempre es clara. En principio, la doctrina y la jurisprudencia consideran que, así como la modificación está claramente conectada con el objeto del contrato y responde a causas imprevistas que exigen una alteración del mismo, las obras complementarias puede separarse de dicho objeto y requieren la elaboración de un proyecto independiente, si bien por su estrecha vinculación con el contrato principal, cuando se cumplan los requisitos exigidos podrán adjudicarse por el procedimiento negociado sin publicidad. En definitiva, las obras complementarias tienen un grado de independencia respecto del contrato principal que las modificaciones contractuales no tienen. Así se desprende del informe de la JCCA 16/99, de 30 de junio, en el que se sostiene «... ambos contratos, el que se refiere a la obra principal o a la consultoría o servicios

principales son distintos del que comprende la ejecución de la actividad complementaria consecuente, por lo que su tramitación exige el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 11 de la Ley, la tramitación de expedientes distintos e independientes integrados cada uno de los documentos que expresa el artículo 68, es decir, la certificación de la existencia de crédito; aprobación del gasto; pliego de cláusulas administrativas particulares, proyecto y pliego de prescripciones técnicas. Requieren también la aplicación del correspondiente procedimiento de adjudicación que evidentemente serán diferentes, acto de adjudicación que de lugar a la perfección de cada contrato...», de tal forma que «las prestaciones propias de los contratos que se adjudiquen para actuaciones complementarias de otros contratos del mismo tipo requieren tanto para la formalización del expediente de contratación como para cuantas actuaciones y trámites se efectúen para su ejecución y cumplimiento un tratamiento independiente y diferenciado del contrato principal...». En el mismo sentido se expresa el Consejo de Estado (por todos, dictámenes 424/1992, de 2 de abril de 1992; 3.357/2003, de 20 de noviembre de 2003, y 403/2006, de 4 de mayo de 2006), que entiende que «la diferencia entre obras complementarias y modificaciones de obras “no aparece clara en todos los casos”, y son criterios aplicables para la distinción entre una y otra la posibilidad de utilización separada de las obras nuevas y su necesidad en relación con el proyecto inicial, entre otros».

Este Centro Directivo, atendiendo a la doctrina del Consejo de Estado, ha señalado en anteriores ocasiones (informe A.G. Entes públicos 67/07, de 28 de diciembre), que los principales criterios que permiten diferenciar los supuestos de obras o servicios complementarios (que han de ser objeto de un nuevo contrato, diferente del inicial, a cuya adjudicación puede ser aplicado el procedimiento negociado sin publicidad), de las simples modificaciones de los contratos ya adjudicados (que constituyen meras novaciones objetivas de los mismos, que subsisten, aunque modificados), son la posibilidad de utilización separada de las obras o servicios nuevos, su necesidad en relación con el proyecto inicial, las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independientes, la existencia de un nuevo proyecto completo o de una mera modificación del único proyecto inicial, o la mayor o menor interconexión física y económica de las prestaciones a ejecutar con las que son objeto del contrato principal.

En el supuesto que se examina resulta claro que las nuevas prestaciones no figuran en el proyecto ni en el contrato, y que el importe acumulado de dichos servicios no supera el 50 por 100 del precio primitivo del contrato, como exige el artículo 158.b) de la LCSP. Se indica en la propuesta de informe que, de la motivación incluida en el borrador parece desprenderse también que la separación técnica o económica de los servicios complementarios puede ocasionar graves inconvenientes a XX, S.A., o que, siendo dichos servicios separables, son estrictamente necesarias para el perfeccionamiento del contrato.



Ahora bien, la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad exige la acreditación, por parte de la entidad contratante que pretende beneficiarse del mismo, de la concurrencia de las circunstancias excepcionales que justifican su aplicación, que han de ser objeto de interpretación estricta –sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de mayo de 1994 (C 328/1992, Comisión/Reino de España), 10 de abril de 2003 (20/2001 Comisión/República Federal Alemana), y 2 de junio de 2005 (C 394/2002, Comisión/República Helénica), entre otras muchas–.

Dado que, hasta la fecha, la entidad contratante sólo ha planteado articular la contratación de los servicios adicionales por la vía de la modificación contractual, se considera necesario supeditar la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad del artículo 158.b) de la LCSP a la emisión por parte de los servicios técnicos de XX, S.A., de un informe en el que, previa valoración de las circunstancias fácticas y técnicas concurrentes (posibilidad de utilización separada de los servicios nuevos, su necesidad respecto del proyecto inicial, y el grado de dificultad técnica de la adjudicación y ejecución independientes), se justifique, en su caso, la concurrencia de la causa legal prevista en el citado artículo 158.b), esto es, la posibilidad de que las prestaciones adicionales puedan configurarse como servicios complementarios susceptibles, por reunir todos los requisitos exigidos en el citado precepto, de ser encomendados al contratista principal.

En atención a todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.** Por los motivos expuestos en los fundamentos jurídicos II y III del presente informe, se informa desfavorablemente la propuesta de modificación del contrato de consultoría y asistencia a la Dirección de Obra de la Nueva Planta Desaladora de Águilas/Guadalestín (Murcia) suscrito el 18 de julio de 2006 entre la Sociedad Estatal XX, S.A., y la empresa YY, S.A.

**Segunda.** De acuerdo con las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico IV del presente informe, la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad para la contratación de las prestaciones adicionales a las que se refiere la consulta como servicios complementarios del contrato principal –a efectos de su adjudicación a la empresa a la que se adjudicó éste– se supedita a la acreditación, a través del informe técnico correspondiente, de la concurrencia de los requisitos exigidos al efecto en el artículo 158.b) de la LCSP.