



**Consulta sobre la interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público sobre la modificación de los contratos. Informe 01/2009 de 7 de abril.**

*Tipo de informe: facultativo.*

**ANTECEDENTES**

1. Por el Secretario General de la Consejería de Educación, Formación y Empleo dirige a esta Junta Regional de Contratación Administrativa escrito de consulta en el que, tras una extensa y pormenorizada exposición de antecedentes, y a la vista de lo previsto en el artículo 2 del Decreto nº 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa y se dictan normas en materia de clasificación de empresas, formula las siguientes cuestiones que se transcriben textualmente:

1º.- ¿Es requisito imprescindible para que la Administración pueda ejercitar su prerrogativa de modificar el contrato con posterioridad a su adjudicación que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los documentos contractuales prevean expresamente tal facultad? E incluso, a mayor abundamiento, a la luz de la redacción del artículo 202.2 de la Ley 30/2007 ¿es necesario que se prevean en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el documento contractual de manera expresa las causas tasadas por las cuales podría tener lugar la modificación del contrato?

2º.- En el caso de que se prevea tal facultad, ¿podría afectar la modificación tal y como sostiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 43/08 a las condiciones esenciales del contrato, o sería no ajustada a derecho tal posibilidad tal y como parece desprenderse de la propia literalidad del artículo 202.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y de la consolidada jurisprudencia comunitaria?

En el caso de que el órgano al que me dirijo considere que sí se admite la posibilidad de introducir modificaciones que afecten a las condiciones esenciales del contrato, ¿podría esta tener lugar sólo si concurren las causas previstas en el pliego o también en el caso de que concurren causas no previstas?

B) El artículo 202 de la Ley 30/2007 expone en su apartado primero que el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas. Sin embargo, el apartado segundo del citado artículo exige que las condiciones en que podrá producirse la modificación deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual.

Así, de una interpretación literal de ambos apartados parece desprenderse que sólo deberían preverse en el pliego modificaciones que obedezcan a causas imprevistas, lo cual parece un contrasentido.



De otro lado, la doctrina del Consejo Jurídico de la Región de Murcia viene recogiendo que el término “*causas imprevistas*” utilizado por la Ley de Contratos debería interpretarse como “*circunstancias imprevistas*” (de orden técnico o económico) que puedan aparecer. En este sentido se pronuncian entre otros el Dictamen 175/05 o el 70/07 del citado órgano en el cual se establecían las siguientes consideraciones:

*“Es doctrina ampliamente seguida por este Consejo Jurídico y por los distintos Consejos Consultivos que las causas nuevas o imprevistas no pueden confundirse con las imprevisiones del proyecto, y que el precepto legal sólo ampara aquellas causas que resultaban imprevistas para el proyecto inicial, sin que pueda acogerse una interpretación tan extensa que legitime modificar el contrato incluso en lo que razonablemente pudo contemplarse en dicho proyecto inicial y no se contempló. De otra forma podría darse lugar, de una parte, al quebranto de los principios rectores de la contratación administrativa (conurrencia y objetividad), y de otra, a convertir la potestad modificadora en discrecional, cuando, según el Tribunal Supremo, “el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los art. 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese ‘ius variandi’, en todo caso requiere una singular motivación de los hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus pliegos regidos por el principio ‘ne varietur’ ”.*

Asimismo, el dictamen número 85/01 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia se pronunciaba de la siguiente forma: “*A la hora de redactar los proyectos, se han de tener en cuenta todas las posibilidades y optar por la más conveniente al interés público, evitando así modificaciones futuras con una buena planificación. Ahora bien, ese deber de velar por la mejor forma de dar satisfacción a las necesidades públicas se extiende desde la proyección hasta la ejecución de la obra y su total finalización. Esa es, en el fondo, la razón última legitimadora de la potestad de modificación de los contratos administrativos. Si durante la ejecución surgen “necesidades nuevas o causas imprevistas”, el órgano de contratación no sólo puede sino que estará obligado a ejercer esa potestad. El núcleo de la discusión se centra entonces en no confundirlas con posibles errores de proyección. Un criterio que primariamente nos puede servir para diferenciarlos es el cronológico, pues si el hecho que da lugar a la necesidad de cambio en el proyecto preexistía al mismo o era previsible que sobreviniera, se puede entender que hubo un fallo en la elaboración del proyecto que no contempló todas las posibilidades razonablemente admisibles. De no ser así, puede, en principio hablarse de necesidad nueva o causa imprevista”.*

Por su parte, en el citado Informe 43/08, de 28 de julio de 2008, exponía la Junta Consultiva de Contratación Administrativa lo siguiente:

*“(…) la Intervención solicita informe sobre la forma en que debe interpretarse el artículo 202.2. Se trata de aclarar si de la interpretación de este apartado conjuntamente con el primero cabe deducir que la Ley permite a los pliegos la posibilidad de modificar el contrato en las circunstancias establecidas en ellos, o si, por el contrario, las modificaciones previstas en el pliego habrán de cumplir los requisitos del artículo 202.1. La cuestión surge porque el artículo 202.2 dispone que “la posibilidad de que el contrato sea modificado y las*



*condiciones en qué podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en el pliego y en el documento contractual". La expresión "de acuerdo con el apartado anterior" parece exigir que las modificaciones previstas en el pliego reúnan los requisitos del primer apartado del artículo, o lo que es lo mismo, que se introduzcan por razones de interés público, para atender a causas imprevistas y sin que afecten a las condiciones esenciales del contrato.*

*De aceptarse esta interpretación llegaríamos al contrasentido de considerar que sólo se pueden prever en el pliego las modificaciones que obedezcan a causas imprevistas. Es evidente que tal interpretación habrá de ser rechazada de plano pues conduce al absurdo. En consecuencia, entiende la Junta Consultiva que el artículo en cuestión debe ser interpretado tomando como base los antecedentes que lo justifican, de una parte, y de otra, la finalidad que se pretende cumplir con él".*

De la interpretación que realiza la Junta del artículo 202 a lo largo del dicho informe parece derivarse que dicho órgano interpreta "causas imprevistas" en el sentido literal del término, esto es, como aquellas causas que no aparecen enumeradas en el pliego.

Por todo ello, se formula a esta Junta Regional de Contratación Administrativa la siguiente cuestión:

3º.- A efectos de lo dispuesto en el artículo 202.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, ¿seguiría interpretándose el término "causas imprevistas" como causas imprevisibles o que no hayan podido ser previstas actuando de modo diligente tal y como tradicionalmente venía interpretándose por la más consolidada doctrina administrativa del Consejo Jurídico de la Región de Murcia o, por el contrario, habría de adoptarse el criterio sostenido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que equipara las "causas imprevistas" como causas no recogidas en el pliego? »

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

**1.** El presente informe se emite con carácter facultativo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 13 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa y se dictan normas en materia de clasificación de empresas.

**2.** La repuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas a esta Junta en el escrito de consulta remitido va a depender de la interpretación que se haga del artículo 202.1 y 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, donde se establece el régimen general de modificaciones de los contratos administrativos por parte de los órganos de contratación.

La Ley de Contratos del Sector Público, como expresamente reconoce en el apartado I de su Exposición de Motivos, responde a la necesidad de



incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la normativa europea en materia de contratación, constituyendo la trasposición de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Estado, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

Y es que desde la adhesión a las Comunidades Europeas, la normativa comunitaria ha sido el referente obligado de nuestra legislación de contratos públicos, de tal forma que las sucesivas reformas que han llevado a partir del Texto Articulado de la Ley de Bases de la Ley de Contratos del Estado hasta la actual Ley de Contratos del Sector han tenido como una de sus principales justificaciones la necesidad de adaptar esta legislación a los requerimientos de las directivas comunitarias.

Como se desprende del escrito de consulta, donde de manera pormenorizada se transcriben algunos de los términos de la sentencia Succhi di Frutta de 24 de Abril de 2004, del emplazamiento de la Comisión de las Comunidades Europeas al Gobierno de 8 de mayo de 2008, del Informe 43/08 de 28 de julio de La Junta Consultiva de Contratación del Estado y la doctrina consolidada del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en materia de modificaciones de los contratos, la interpretación del mencionado artículo 202 se hace difícil, resultando multitud de dudas en cuanto a la configuración de la potestad de modificación de los contratos en el nuevo marco de la Ley de Contratos del Sector Público.

**3.** Dicho lo anterior, hacer una interpretación del apartado 1 y 2 del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público correcta y adecuada a la normativa europea que debe trasponer es arriesgado y venturoso teniendo en cuenta que la propia Comisión de las Comunidades Europeas el 8 de mayo de 2008 emplazó al Gobierno de España a adecuarse a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, que emanan del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE y de los artículos 12, 43 y 49 del Tratado CE en materia de modificación de contratos, habiendo remitido dicha Comisión recientemente un dictamen, que constituye la segunda fase del procedimiento de infracción del artículo 226 del Tratado CE, que si no recibe una respuesta satisfactoria de España, podría remitir el asunto ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 21/07, de 30 de marzo de 2007, en el que establecía criterios interpretativos para la aplicación del artículo 2.1 de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mantenía que debía de hacerse *“atendiendo no solo al elemento gramatical, sino también a los criterios histórico, sistemático y teleológico a que hace referencia el artículo 3 del Código Civil y que, por tanto, tenga en cuenta, como demanda esta disposición, los antecedentes del precepto, su posición estructural en el ordenamiento y su “espíritu y finalidad”, debe dar absoluta preponderancia a las directrices que se desprenden de las disposiciones comunitarias de las que trae causa, las cuales, además de constituir su contexto normativo de*



*referencia, podrían incluso llegar a desplegar una eficacia directa en caso de omisión o insuficiencia de la norma nacional de transposición. Por ello, deben descartarse las interpretaciones que produzcan un resultado contrario al perseguido por las normas europeas y, por el contrario, dar primacía a aquellas que coadyuven a su obtención o realización.*

A pesar del llamado por la doctrina y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea, conforme al cual se entiende que en supuestos de no adaptación o de adaptación incorrecta del derecho comunitario, las disposiciones de las directivas que sean incondicionales y suficientemente precisas pueden ser invocadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y ante las propias Administraciones Públicas, lo cierto es que las directivas, al contrario de lo que ocurre con los reglamentos comunitarios, no son de aplicabilidad directa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

En opinión de esta Junta la interpretación de los apartados 1 y 2 del mencionado artículo 202, que conforme a su literalidad pueden parecer incongruentes y aunque su redacción pueda tener su origen en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en especial, como apunta en su informe 43/08, de 28 de julio la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en la Sentencia "Succhi di Fruta", no puede llevarse a cabo de manera tal que lleguemos a darle un sentido contrario a sus propias palabras.

Si con posterioridad se declara por el Tribunal de Justicia Europea que la regulación de los modificados que recoge la ley de Contratos del Sector Público no está en consonancia con los principios antes mencionados de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, que emanan del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE y de los artículos 12, 43 y 49 del Tratado CE, deberá ser el Estado Español quien deba de proceder a la modificación de su articulado, como ocurrió en tiempo atrás con las sucesivas modificaciones del ámbito subjetivo de aplicación de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La utilización por parte del mencionado artículo de conceptos jurídicos indeterminados, tales como interés público, causas imprevistas, elementos esenciales de los contratos acentúa aun más la dificultad de su interpretación, por lo que algunas de las respuestas a las cuestiones planteadas deberán determinarse en cada uno de los supuestos de modificación que pueda plantearse.

**4.** la Secretaría General de Educación, Formación y Empleo plantea en su escrito tres cuestiones en relación con las dudas suscitadas en la modificación de los contratos a la vista de la redacción del artículo 202.1 y 2 de la Ley de Contratos del Sector Público, que en realidad se desglosan en otras tantas que pasamos a analizar.



En primer lugar se pregunta con carácter general si es un requisito imprescindible para que la Administración pueda modificar los contratos con posterioridad a su adjudicación que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los documentos contractuales prevean expresamente tal facultad.

Conforme a la literalidad del artículo 202.2 la respuesta debe ser afirmativa. La exigencia de que debe recogerse en los pliegos y en el documento contractual la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior del mismo artículo parece incongruente con el requisito de que las modificaciones del contrato deban de responder siempre a causas imprevistas, por ello y para darle sentido a dicho apartado, en opinión de esta Junta debe entenderse aquella como una exigencia de carácter general de previsión en los referidos documentos la posibilidad de modificar el contrato, los supuestos y límites establecidos legalmente, en sentido similar a la previsión de las modificaciones contractuales recogida en artículo 66.2c) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para los pliegos de condiciones administrativas generales.

Por la misma razón apuntada anteriormente esta Junta entiende que no es necesario que se prevean en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el documento contractual de manera expresa todas y cada una de las causas tasadas por las cuales podría llevarse a cabo una modificación, por lo que esta podrá tener lugar cuando, además de las otras condiciones exigidas y previstas en el artículo 202.1, responda a circunstancias que puedan calificarse de imprevistas.

En definitiva aunque la literalidad de la Ley en cuanto a la exigencia del apartado 2 del artículo 202 nos lleve a considerar a la misma como un requisito imprescindible o inexcusable, no podemos desconocer que también es defendible otra interpretación de aquel apartado conforme al cual prevalecería el "ius variandi" frente a la omisión de la previsión de modificación, en el sentido de que esta omisión en los referidos documentos no podría llegar a impedir al órgano de contratación introducir modificaciones pues iría en contra de lo dispuesto en el artículo 194 de la LCSP, que atribuye a la Administración entre otras prerrogativas, la de modificarlos por razones de interés público dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos que señala en la propia Ley, y que no son otros que los recogidos en el apartado 1 del artículo 202.

Así mismo pregunta la Secretaría General de de Educación, Formación y Empleo si podría afectar la modificación de un contrato a sus condiciones esenciales y, de admitirse esta posibilidad por esta Junta si aquella podría tener lugar sólo si concurren las causas previstas en el pliego o también en el caso de que concurren causas no previstas.

Al formular la primera parte de la pregunta ya adelanta el consultante el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –el



de admitirla en determinados supuestos- y el mantenido por la consolidada jurisprudencia comunitaria en sentido opuesto.

Respecto a esta cuestión reiteramos lo recogido en la consideración 3 de este informe por lo que la interpretación del artículo 202. 1 y 2, aunque su redacción pueda tener su origen en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en especial, como apunta en su informe 43/08, de 28 de julio la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en la Sentencia "Succhi di Fruta", no puede llevarse a cabo de manera tal que lleguemos a darle un sentido contrario a sus propias palabras.

Si el apartado 1 del reiterado artículo 202 es claro y no ofrece dudas el sentido de sus palabras y el 2 recoge textualmente la expresión "de acuerdo con el apartado anterior", la respuesta debe ser negativa porque la modificación debe de reunir todos y cada uno de los requisitos establecidos en dicho apartado primero y por lo tanto no podrán las modificaciones afectar a las condiciones esenciales del contrato.

Por ello esta Junta no comparte el criterio de interpretar este segundo apartado del artículo 202 en el sentido de que las modificaciones recogidas en los pliegos y documento contractual deban cumplir sólo parcialmente los requisitos del apartado primero, responder a necesidades de interés público y justificación de estas en el expediente, y no el relativo a que sean imprevistas y que no afecten a las condiciones esenciales del contrato.

Si la "modificación sustancial" y sus condiciones de aplicación están expresamente previstas en el momento de preparación del contrato no nos encontraríamos ante una modificación del contrato en el sentido que se ha entendido tradicionalmente ésta, esto es como la facultad de variar unilateralmente las condiciones del contrato inicial, sino posiblemente ante supuestos de variaciones o alternativas del contrato conocidas por las partes y en cuyo caso es indiferente que afecten o no a sus condiciones esenciales.

Íntimamente relacionado con la cuestión planteada es la dificultad de determinar a priori cuales son las condiciones esenciales del contrato ya que al ser éste un concepto jurídico indeterminado, no se puede definir con carácter general para toda clase de contrato e incluso para una determinada categoría de estos, debiendo determinarse estas para cada caso en concreto ya que incluso, como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 43/08, en contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato.

Para concluir en cuanto a la última pregunta formulada por el consultante relativa a la interpretación que debe darse al término "causas imprevistas" que aparece en el artículo 202.1, la opinión de esta Junta Regional de Contratación Administrativa es que debe entenderse como razonadamente imprevisibles o que no hayan podido ser previstas actuando de modo diligente en el momento de preparación del contrato y ello no sólo porque así lo entiende



el Consejo de Estado y nuestro más alto órgano consultivo, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia sino también porque de entender dicha expresión como "causas imprevistas en el pliego" se estaría desnaturalizando la potestad de la Administración de modificar el contrato una vez perfeccionado el mismo, convirtiéndose en una atribución indiscriminada que dejaría al libre criterio de la Administración la novación de sus contratos, permitiendo incluso su utilización para salvar o corregir posibles deficiencias o imprevisiones en los documentos preparatorios del contrato celebrado.