

Las modificaciones sustanciales en la Ley de Contratos del Sector Público y la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

09/26/2022

Manuel Ruiz Daimiel

Según dos resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, las modificaciones sustanciales no tienen cabida en nuestra legislación de contratos públicos. En este breve artículo se pretende demostrar que esa doctrina es errónea, ya que tanto la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 como la Directiva 2014/24, permiten, bajo ciertas condiciones, las modificaciones sustanciales del contrato por causas imprevistas.

Para el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) no tienen cabida las modificaciones sustanciales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (LCSP), trasposición de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Así lo afirma de manera tajante en dos resoluciones, la 27/2020 y la más reciente 436/2022. De acuerdo con esta última resolución: *es preciso analizar si con la modificación operada en el objeto del contrato se ha producido una modificación de carácter sustancial, en cuyo caso no podrá llevarse a cabo la modificación aun cuando ésta responda a circunstancias sobrevenidas imposibles de prever en el momento en el que tuvo lugar la licitación.*

Pero ¿la LCSP, o la Directiva 2014/24, no permiten la modificación del contrato de carácter sustancial derivada de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato? Veámoslo.

El artículo 205 de la LCSP, referido a la modificación imprevista del contrato, dispone que ésta solo podrá tener lugar en tres supuestos, siempre que la misma se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. Estos supuestos son los siguientes:

- a. Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados. Este supuesto recoge lo que en la anterior legislación se conocía como contratos complementarios¹.
- b. Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:
 1. Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
 2. Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
 3. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a

este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Este supuesto es el recogido en el artículo 72.1 c) de la Directiva.

c. Cuando las modificaciones no sean sustanciales

Se corresponde con la letra e del apartado 1 artículo 72 de la Directiva.

A continuación, el artículo 205 al igual que hace el 72 de la Directiva nos dice que se entiende por modificaciones sustanciales:

- Cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio.
- Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.
- Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.
- Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. Este supuesto se daría *en todo caso* cuando el valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral a partir del cual se considera que el contrato es SARA.

De esta regulación se pueden desprender algunas conclusiones:

- i. Que hay tres supuestos de modificación imprevista, siendo uno de ellos el que la modificación no sea sustancial, lo que permite interpretar lógicamente que los otros dos supuestos, en concreto el recogido en la letra b sobre circunstancias imprevisibles, permite modificaciones sustanciales siempre que se respeten los límites recogidos en el propio apartado.
- ii. Que entre esos límites no se recoge que la modificación sea sustancial. La modificación por causas imprevisibles debe derivarse de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever, no debe alterar la naturaleza global del contrato (quiera esto decir lo que quiera decir), y no puede implicar una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.
- iii. Si el legislador hubiera querido que uno de los límites a la aplicación de este supuesto fuese el carácter sustancial de la modificación, lo hubiese señalado así, pero no lo ha hecho. No hay margen para la interpretación, ya que el artículo 205 señala claramente cuáles son los límites para las modificaciones de los contratos por causas imprevisibles. ¿No estaríamos ante un supuesto de aplicación del viejo aforismo de que donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete?.
- iv. Que uno de los supuestos de modificación no sustancial es cuantitativo: modificaciones de importe inferior al 15 por ciento si se trata de obras o de un 10 por ciento, para el resto de contratos, siendo las de importe superior sustanciales en todo caso al ampliar de forma importante el ámbito del contrato. Lo que implicaría, de acuerdo con la doctrina del TACRC, que las modificaciones por causas imprevisibles no podrían superar estas cuantías porque entonces serían sustanciales, pero resulta que, como hemos visto, una modificación por causas imprevisibles tiene como límite cuantitativo el 50 por ciento del precio inicial, no el 15 o el 10.

Por todo lo anterior uno solo puede concluir que no hay nada en el artículo 205 de la LCSP, ni en el 72 de la Directiva, que permita afirmar que las modificaciones sustanciales no están permitidas en nuestra legislación de contratos”².

Entonces ¿por qué el TACRC sostiene lo contrario? El Tribunal administrativo fundamenta su doctrina en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, en la resolución 436/2022 se cita la Sentencia de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-549/14), que se enmarca en la doctrina jurisprudencial sobre los modificados iniciada con la celeberrima sentencia *Succhi di Frutta*. El problema es que la sentencia citada, así como esa jurisprudencia, no tiene como norma de referencia la Directiva 2014/24, sino la anterior, la Directiva 2004/18/CE que no recogía ninguna regulación sobre las modificaciones de los contratos, por lo que fue el TJUE el que creó un derecho europeo sobre los modificados. Pero ahora ya tenemos una regulación comunitaria sobre los modificados de los contratos en el artículo 72 de la Directiva 2014/24, por lo que las interpretaciones deberán ceñirse a esta norma.

En definitiva no podemos compartir la doctrina del TACRC, que debería ser revisada en sus próximas resoluciones.

=====

¹Informe 62/2019 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

²Que tanto la Directiva 2014/24 como la LCSP permiten las modificaciones sustanciales ha sido puesto de manifiesto por diferentes autores. Por ejemplo por Isabel Gallego Córcoles en su trabajo “La modificación de los contratos en la cuarta

generación de directivas sobre contratación pública” incluido en “Las nuevas directivas de contratación pública, ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, 2015.” O por Xavier Codina García-Andrade en su libro “La modificación de los contratos del sector público” Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.