

EL MODIFICADO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

CONSULTE ACTUALIZACIONES, ADDENDAS O VÍDEO-RESUMEN EN EL SIGUIENTE LINK O QR:
<https://www.atelierlibros.es/libros/el-modificado-en-el-contrato-de-obra-publica/9788418244452/>



CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

EL MODIFICADO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

**Jesús A. Rodríguez Morilla
Fernando González Botija**

Colección: Atelier Administrativo

Directores:

Joan Manuel Trayter Jiménez
(Catedrático de Derecho administrativo)

Belén Noguera de la Muela
(Profesora titular de Derecho administrativo)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2021 Jesús A. Rodríguez Morilla y Fernando González Botija

© 2021 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibros.es
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-45-2

Depósito legal: B 7075-2021

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

A Patricia, David y Rafa

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	13
II. LA IMPORTANCIA DEL PROYECTO DE OBRAS	29
III. FRAUDE Y RESPONSABILIDAD EN EL MODIFICADO	51
IV. CONCEPTO DE MODIFICADO DE OBRA	77
1. Introducción	77
2. El reformado anticipado	89
3. Las obras accesorias, adicionales o complementarias	123
3.1. Introducción	123
3.2. La perspectiva del Consejo de Estado	135
3.3. La perspectiva jurisprudencial	140
3.4. La LCSP de 2017	153
4. Suspensión de la obra	156
5. Mejoras en las obras	172
V. UN PROBLEMA HISTÓRICO	181
1. Introducción	181
2. Los Pliegos del siglo XIX y de 1903	184
3. El Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953 ..	197
4. De la LCE de 1965 al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas de 2000	202
5. La importancia del Derecho de la Unión Europea y la adopción de la LCSP de 2007	215
5.1. Introducción	215

5.2. La perspectiva de la Jurisprudencia comunitaria	224
6. De la Ley de Economía Sostenible (LES) a la adopción del TRLCSP de 2011	240
6.1. Introducción	240
6.2. Modificaciones no previstas en la documentación de la licitación del contrato del art. 107.1 del TRLCSP	245
6.2.1. Letra a)	245
6.2.2. Letra b)	255
6.2.3. Letras c), d) y e)	270
VI. REGULACIÓN GENERAL ACTUAL	283
1. De nuevo el Derecho comunitario	283
2. Modalidades de modificación	285
2.1. Introducción	285
2.2. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación	289
2.3. Modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares	293
2.3.1. Introducción	293
2.3.2. Modificación por circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato	295
2.3.3. Cuando las modificaciones no sean sustanciales	296
2.3.3.1. Introducción	296
2.3.3.2. Condiciones para considerar sustancial una modificación	310
VII. REGULACIÓN ESPECIAL DE LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS	317
1. Introducción: los cambios en las unidades de obra	317
2. La fijación de los precios conforme al art. 242.2	332
3. Modificación del proyecto a instancias del Director Facultativo	361
3.1. El art. 242.4 de la LCSP: contenido y precedentes	361
3.2. Cuestiones relativas al límite del 10%	377
4. Suspensión de la modificación de la ejecución de las obras y su continuación provisional	385
5. Obras a tanto alzado y obras con precio cerrado	391
VIII. EL MODIFICADO DE OBRA COMO UN PROBLEMA DE EFICIENCIA Y SU POSIBLE SOLUCIÓN JURÍDICA	399
IX. EL RECIENTE CASO DE LA AMPLIACIÓN DEL CANAL DE PANAMÁ	409
1. Introducción	409

2. Supuesto de hecho y puesta al día del conflicto	414
3. Objeto del concurso	417
4. Régimen jurídico panameño y medios excepcionales de solución de conflictos	419
X. CONCLUSIONES	429
XI. BIBLIOGRAFÍA.	435

I. INTRODUCCIÓN

El presente libro tiene por objeto estudiar el tema del modificado en el contrato de obra pública. En el art. 13 de la actual Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (en adelante «LCSP de 2017») se introduce una definición del contrato de obras¹ dentro de la Sección 1ª («Delimitación de los tipos contractuales») del Capítulo II («Contratos del Sector Público») de su Título Preliminar («Disposiciones generales»). Pero para conocer su régimen jurídico debemos acudir al Capítulo I («Del contrato de obras») de su Título II (sobre los «Distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas»). Aquí encontramos una precisión de su concepto a través de la clasificación que se recoge en su art. 232².

1. «Contrato de obras. 1. Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto uno de los siguientes: a) La ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I. b) La realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra. 2. Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble. También se considerará «obra» la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural. 3. Los contratos de obras se referirán a una obra completa, entendiéndose por esta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra. No obstante lo anterior, podrán contratarse obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que estas sean susceptibles de utilización independiente, en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas y preceda autorización administrativa del órgano de contratación que funde la conveniencia de la referida contratación. Se podrán celebrar contratos de obras sin referirse a una obra completa en los supuestos previstos en el apartado 4 del artículo 30 de la presente Ley cuando la responsabilidad de la obra completa corresponda a la Administración por tratarse de un supuesto de ejecución de obras por la propia Administración Pública».

2. «Clasificación de las obras. 1. A los efectos de elaboración de los proyectos se clasificarán las obras, según su objeto y naturaleza, en los grupos siguientes: a) Obras de primer establecimiento, reforma, restauración, rehabilitación o gran reparación. b) Obras de reparación simple. c) Obras de conservación y mantenimiento. d) Obras de demolición. 2. Son obras de primer establecimiento las

En todos los contratos, pueden suscitarse modificaciones, bien a través del anuncio de licitación (admitiéndose variante), a la hora de comprobar el replanteo; o bien, como «modificado», derivándose de la ejecución del contrato. Suele ser habitual en los contratos administrativos, generar de forma justificada en algunos casos e injustificada en su gran mayoría, modificaciones en fase de ejecución de los trabajos, encubriéndose de esta forma principios como los de publicidad; libre concurrencia y licitación. En ciertos supuestos algún sector de la doctrina las ha calificado como de «reformado anticipado»³, por haberse introducido modificaciones en la obra o servicio sin esperar a su aprobación y contraviniendo el procedimiento legalmente

que dan lugar a la creación de un bien inmueble. 3. El concepto general de reforma abarca el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un bien inmueble ya existente. 4. Se consideran como obras de reparación las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuitas o accidentales. Cuando afecten fundamentalmente a la estructura resistente tendrán la calificación de gran reparación y, en caso contrario, de reparación simple. 5. Si el menoscabo se produce en el tiempo por el natural uso del bien, las obras necesarias para su enmienda tendrán el carácter de conservación. Las obras de mantenimiento tendrán el mismo carácter que las de conservación. 6. Son obras de restauración aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y manteniendo su funcionalidad. 7. Son obras de rehabilitación aquellas que tienen por objeto reparar una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y dotándola de una nueva funcionalidad que sea compatible con los elementos y valores originales del inmueble. 8. Son obras de demolición las que tengan por objeto el derribo o la destrucción de un bien inmueble». Sobre el contrato de obras véase: FERNÁNDEZ FARRERES, G: «La planificación y ejecución de las obras públicas estatales y su articulación con otros planes de obras y con la ordenación territorial y urbanística: (comentarios a las disposiciones adicionales 1ª a 3ª de la LCOP)», en «Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas» / coord. por Rafael Gómez-Ferrer Morant, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 1383-1460; GÓMEZ-FERRER MORANT, R: «El problema de la financiación de las obras públicas: las sucesivas modificaciones de la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, con especial referencia a la financiación, mediante concesión de dominio público», en «Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas» / coord. por Rafael Gómez-Ferrer Morant, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 793-820; GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R: «El contrato de obras», en «Cuadernos de derecho para ingenieros» / Vol. 7, 2010 (Contratación pública / coord. por Miguel Angel Agúndez), pp. 217-237; GONZÁLEZ GARCÍA, J.V: «Diccionario de obras públicas y bienes públicos», Madrid, Iustel, 2007; LOPEZ RAMÓN, F: «Las obras municipales», *RVAP*, nº 17, pp. 71-78.

3. Sobre el modificado en general resultan de imprescindible consulta los clásicos y excelentes trabajos de BAÑO LEÓN, J.M: «El modificado de los contratos», en GIMENO FELIÚ, J.M (Dir), «Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público», Ed. Aranzadi, 2018, pp. 1345-1364; VÁZQUEZ MATILLA, F.J: «La modificación de los contratos públicos», Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015 y CODINA GARCÍA-ANDRADE, X: «La nueva regulación de la modificación del contrato en el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público de 2015», *Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 141, 2016, pp. 32-40; «La modificación del contrato público: una aproximación de derecho comparado», *REDA*, nº 179, 2016, pp. 313-334; «La modificación de los contratos del sector público», Ed. BOE, Madrid, 2019. Sobre el modificado del contrato de obra hay que citar el igualmente clásico y excelente trabajo de HORGUE BAENA C: «La modificación del contrato administrativo de obras», Marcial Pons, Madrid, 1997. Sobre el reformado anticipado al tema le hemos dedicado atención en nuestro trabajo «El reformado anticipado del contrato de obra pública», Ed. Atelier, Barcelona, 2018; JIMÉNEZ AYALA, J: «Gestión de contratos de obras de las Administraciones Públicas. Estudio de los orígenes y causas de las habituales desviaciones presupuestarias». 2004, UNED, <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:IngInd-Jjimenez/Documento1.pdf>; MARTÍN REBOLLO, L: «Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares: (con especial referencia al contrato de obras)», en «Comentario a la Ley de contratos de las

establecido. Como se ha dicho, «figuradamente, intentamos buscar respuesta que podríamos encontrar en el siguiente símil: Modificado = «proceso de crisálida», donde un Concurso o Licitación, con independencia de su origen, evoluciona hasta convertirse en algo distinto a la que inicialmente se pergeñó».

Sin lugar a dudas se trata de un mal, tanto del pasado como del presente⁴. Por esta razón este trabajo pretende a través del estudio de una casuística plural recogida en legislaciones pretéritas y vigentes, contribuir mínimamente a que reflexionemos sobre las génesis de las desviaciones presupuestarias y competencias falseadas, a través de la búsqueda de más y mejores opciones sobre el legado patrimonial que suponen las obras y servicios públicos. Es decir, hay que estar atento a la obra que

Administraciones públicas / coord. por Rafael Gómez-Ferrer Morant, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 575-659.

4. Sobre la contratación pública puede verse CABALLERO SÁNCHEZ, R: «Vueltas con el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público. Algunas reflexiones», *Derecho de las relaciones laborales*, nº 8, 2018 (Ejemplar dedicado a: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público), pp. 830-854; CANO CAMPOS, T: «La nueva Ley de contratos del sector público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades», *Cuadernos de derecho local*, nº 48, 2018 (Ejemplar dedicado a: Contratación pública), pp. 12-67; CARLÓN RUIZ, M: «La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico-público», en *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas* / coord. por Rafael Gómez-Ferrer Morant, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 1801-1823 y «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, nº 140, 2008, pp. 653-684; FERNÁNDEZ FARRERES, G: «Ámbito Subjetivo y objetivo de aplicación de la LCAP», en *Derecho e los Contratos Públicos. Estudio Sistemático y de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas*, (PONDAS, B. coord.) Ed. Praxism. Barcelona. 1995; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J: «*Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*», Ed. Marcial Pons, 2005, Barcelona; GIMENO FELIU, J.M: «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *RAP* nº 176, 2008, pp. 9-54; LÓPEZ BENÍTEZ, M: «Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho público», *Documentación Administrativa. Nueva Época*, nº 4, 2017, pp. 136-145; MEDINA ALCOZ, L: «Fundamentos político-constitucionales del derecho público de los contratos», *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* / coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada, José Manuel Almuñí Cid, Miguel Ángel Martínez Lago, Vol. 14, 2014 (Los contratos públicos (Junio 2014)); MOREO MARROIG, T: «Los modificados de los Contratos Públicos en España. ¿Crónicas de una muerte anunciada? La Razón del Derecho». *Revista interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, nº 2, Año 2011; NOGUERA DE LA MUELA, B: «El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos de sector público: Compra conjunta y centrales de compra», en *Estudio sistemático de la ley de contratos del sector público* / José María Gimeno Feliú (dir.), Carlos-Alberto Amoedo-Souto (aut.), 2018, pp. 233-280 y «El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas» *Atelier Administrativo*. Barcelona, 2000; PALOMAR OLMEDA, A: «El nuevo régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº. 105, 2011, pp. 41-65; «Invalidez y revisión de los contratos del Sector Público. Análisis del recurso especial en materia de contratación», *Aplicación práctica de los contratos en el sector público*, 2009, pp. 97-159; «La problemática del ámbito de aplicación de la ley de contratos de las administraciones públicas», *Cuadernos de derecho judicial*, nº. 8, 1997 (Ejemplar dedicado a: Contratación administrativa, II / José Luis Gil Ibáñez (dir.)), pp. 13-74; «*El nuevo marco de la contratación pública*», (dir.) Bosch, 2012 y RUIZ OJEDA, A y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J: *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a su reglamento de desarrollo parcial: (doctrina, jurisprudencia y concordancias)*, Madrid, Civitas, 1996.

se inicia sin más acto que una comunicación verbal del responsable de la ejecución del contrato, que con apariencia de autoridad, ordena al contratista que ejecute prestaciones no incluidas en el proyecto o Pliego de Prescripciones Técnicas, o que, hallándose incluida, deba ejecutarse en forma y/o tiempo distinto al que se pactó en el contrato.

En principio hay que advertir que, cuando hablamos de los contratos en general, incluidos los del sector público, se parte de la idea de que no se deben modificar⁵. A este respecto, y en relación con la contratación pública, el Consejo de Estado ha explicado que⁶, como resulta de su reiterada doctrina⁷ «son principios básicos de la contratación administrativa la obligatoriedad de lo pactado y la estricta sujeción a lo que las partes hayan convenido», quedando su objeto determinado en la adjudicación⁸.

Continúa destacando el alto órgano consultivo del Estado que «el fundamento de este principio es triple⁹: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica¹⁰; en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que

5. Sobre la extensión del régimen de modificados a la contratación del sector público para frenar la tendencia a violar las condiciones de adjudicación, evitar la práctica habitual de encargar ciertas prestaciones a otras entidades que no poseen la condición de Administración pública y preservar los principios de la contratación pública europea (concurrencia, igualdad, no discriminación, transparencia) véase BELTRÁN GÓMEZ, A.I: «La transparencia en la modificación de los contratos públicos», Observatorio de Contratación Pública, vol. web, 2012 y VAZQUEZ MATILLA J: «Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: proyecto de Ley de Economías Sostenible». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 37, 2010, pp. 317-351. Ver también Consejo de Estado en su Dictamen nº 215/2010, relativo al anteproyecto de la LES.

6. Ver, Dictamen nº 3357/2003 del Consejo de Estado de 20 de Noviembre de 2003. Expediente relativo a la segunda modificación del Contrato de Redacción del proyecto, de las obras del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas en Cartagena (Murcia).

7. Ver Dictámenes del Consejo de Estado de 22 de Diciembre de 1981, nº 45.171, de 19 de Mayo de 1983, nº s 43.909, 142/2003, 2382/2003 y 2383/2003.

8. En el mismo sentido ver el Dictamen de 23 de Mayo, nº 78/2006, del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha - 2006. Expediente relativo a modificado núm. 1 de las obras de «Ejecución de Aparcamiento, Remonte mecánico y Equipamiento cultural-palacio de Congresos en el Miradero» de la ciudad de Toledo, donde se dice lo siguiente: «la inmutabilidad de los contratos es un principio del Derecho Civil, según el cual éstos deben cumplirse con estricta sujeción a lo convenido. Ello lleva consigo que cualquier alejamiento unilateral de lo pactado por cualquiera de las partes puede catalogarse como incumplimiento, dando la posibilidad a la parte contraria de liberarse de las obligaciones a que se había comprometido, sin que ninguna de ellas pueda exigir a la otra una prestación distinta a aquélla a la que se sometió. Este principio general rige también en relación a los contratos celebrados por la Administración Pública, de modo que las declaraciones contenidas en los Pliegos de Cláusulas aprobados en cada licitación constituyen la «ley del contrato», con fuerza vinculante para ambas partes, consecuencia de los principios de publicidad y concurrencia, aplicación particularizada del de igualdad ante la ley». Así lo expresa el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, entre otras las de 11 de Abril de 1984. Ar. 1920; 9 de Octubre de 1989. Ar. 8326; 22 de Enero de 1990. Ar. 402; 29 de Octubre de 1993. Ar. 8503 y 26 de Marzo de 1996. Ar. 2217.

9. Ver Dictámenes del Consejo de Estado nº s 142/2003, 2.382/2003 y 2.383/2003 citados.

10. Ver Dictamen del Consejo de Estado de 5 de Noviembre de 1987 nº 50.293.

en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar la protección de los intereses de la Hacienda pública».

Pero ese principio de inalterabilidad encuentra un límite importante en el ámbito del sector público en el reconocimiento de las prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos. En el art. 190 de la LCSP de 2017 se dice que «dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de modificar los contratos administrativos por razones de interés público»¹¹. De este modo, como se ha hecho anteriormente en la legislación de contratación pública, se reconoce la prerrogativa exorbitante de modificación unilateral de los contratos o *ius variandi* de la Administración¹². Mención especial merece en este punto el cualificado pronunciamiento del Tribunal Supremo (en adelante TS) que ha admitido lo que podría denominarse: «inmutabilidad del fin público» y «mutabilidad del contenido prestacional del contratista», al señalar que el «interés público» no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato¹³. Asumiendo que la mutabilidad del contenido prestacional del contratista, se encuentra inmerso en el Derecho Administrativo, mutante por naturaleza, al existir soluciones plurales, ya que el Derecho no son matemáticas¹⁴. Incluso se ha aseverado, que si una coyuntura extraña al propio contrato cambia, sería

11. Ver arts. 210 y 219 del Texto Refundido de la LCSP de 2011 (en lo sucesivo TRLCSP) y 194 y 202 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 (en lo sucesivo LCSP de 2007).

12. Tiene declarado el TS en su Sentencia de 4 de Septiembre de 1989, Ar. 6566, Ponente: D. Manuel Gordillo García, que «la existencia del *ius variandi* de la Administración es una de las características diferenciales de los contratos administrativos en comparación con los civiles y mercantiles, dicha prerrogativa está expresamente recogida en la normativa estatal. En la STS de 28 de Julio de 1987, Ar. 7689, Ponente: D. Francisco Javier Delgado Barrio, se afirma que el *ius variandi* —es decir el poder de la Administración de modificación unilateral del contrato, es una de las más trascendentales características del contrato administrativo, en cuanto implica un apartamiento del principio básico que en materia contractual es el *pacta sunt servanda*. En el Dictamen n° 78/2006, de 23 de Mayo, del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha - 2006, se dice que «las citadas prerrogativas vienen a amortiguar la rigidez en la aplicación del aludido principio de la inmutabilidad de los contratos, encontrando su fundamento no en cada pacto concreto sino en la propia Ley, no siendo manifestación de un derecho subjetivo que pueda atribuirse a la Administración, sino que han de ser conceptuadas como una potestad otorgada por la norma para la efectiva consecución de los intereses públicos». Desde el plano doctrinal BELTRÁN GÓMEZ, A.I, op. cit., explica lo siguiente: «El *ius variandi* se refiere al poder de modificación unilateral del objeto del contrato que ostenta la Administración. La regla general de inmutabilidad de los contratos que impera en el derecho privado (*pacta sunt servanda / lex inter-partes*), se ve alterada por esta potestad de la Administración de naturaleza extracontractual, teniendo carácter finalista, ya que permite adaptar los contratos a las nuevas vicisitudes que puedan plantearse durante su ejecución (ya sea por la larga duración o por la complejidad de su objeto), en aras a salvaguardar el interés público, cuya prevalencia es la que justifica esta prerrogativa, de forma tal que, por ministerio de la ley, la regla general de la inmutabilidad del contrato predominante en el ordenamiento civil, se transforma en inmutabilidad del fin o del servicio. En todo caso, el poder de modificación está sometido en cuanto a su ejercicio, a límites tanto de carácter formal, como de carácter material, ya que se trata de una potestad reglada, de modo que lo que constituye un título habilitante de la actuación administrativa, al propio tiempo se convierte en un conjunto de garantías para el contratista».

13. Entre otras, STS de 1 de Febrero de 2000. Ar. 318.

14. Frase manifestada por el profesor Alejandro Nieto, en su lección jubilar pronunciada en la Universidad Complutense, que acuña su visión sobre el discernimiento jurídico: «cuanto más se estudia, mejor se sabe que el Derecho es inseguridad, incertidumbre y pluralidad de soluciones».

posible modificar el mismo, ya que ello en realidad no excede los límites del ejercicio del *ius variandi*¹⁵.

Desde el plano doctrinal GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, T.R¹⁶, explican que «el llamado *ius variandi* o poder de modificación unilateral del objeto del contrato es la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo en cuanto que apunta directamente a uno de los presupuestos básicos del instituto contractual —*pacta sunt servanda, contractus lex inter partes*—. Estos autores llaman la atención sobre el hecho de «obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteados ab initio, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al *contractus lex*, no tendría sentido». Y añaden «... el reconocimiento a la Administración de un poder de modificación unilateral del contenido de los contratos administrativos que celebra ... no debe constituir motivo de escándalo, aunque la cuestión pueda resultar inicialmente sorprendente desde la perspectiva concreta de la contratación en general». Destacan que «... el llamado *ius variandi* no es una prerrogativa contractual propiamente dicha, sino un poder exterior al contrato, aunque incidente sobre él. El *ius variandi* se presentaría como una manifestación más de los poderes generales de la Administración de imponer sacrificios a los ciudadanos, mediante adecuada compensación, en aras del interés general, al que deben estar subordinados en todo caso los puros intereses patrimoniales privados». Y concluyen «... la esencia contractual no padece por ello, en la medida en que ... la equivalencia económica de las prestaciones en que el contrato consiste se mantiene inalterada en todo caso». FERNÁNDEZ FARRERES, G¹⁷ hace hincapié en «la especial importancia que presenta el poder de modificación unilateral del contrato, por cuanto el ejercicio del poder o *ius variandi* puede alterar gravemente los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia que informan la contratación pública. Además, las condiciones y requisitos a los que se sujeta el ejercicio del ejercicio del *ius variandi*, que ha sido y es nota distintiva de la contratación administrativa, ha experimentado cambios importantes... la actual regulación refleja una clara tendencia a la contención y restricción de las prerrogativas de la Administración relativas a la modificación de los contratos públicos».

Ahora bien, el ejercicio de esta potestad encuentra igualmente una serie de limitaciones¹⁸, algunas ya indicadas en la citada norma. Así cabe destacar los siguientes aspectos:

15. Ver STS de 19 de Febrero de 2008. Ar. 1739.

16. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T-R: «Curso de Derecho administrativo», Tomo I, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 746 y ss. También de imprescindible consulta FERNÁNDEZ, T-R: «Los riesgos imprevistos en el contrato de obras», *RAP*, nº 201, 2016, pp. 203-217.

17. Ver FERNÁNDEZ FARRERES, G: «Sistema de Derecho administrativo», Vol. I, 4ª Ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2020, p. 250 y ss. Ver igualmente COSCULLUELA MONTANER, L: «Manual de Derecho Administrativo», Ed. Civitas Thomson Reuters, 29ª Ed, Cizur Menor (Navarra), 2019 y «Derecho administrativo. Parte General», 2ª Ed, Atelier, Barcelona, 2015.

18. En el Dictamen de 23 de Mayo, nº 78/2006, del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha citado, se explica lo siguiente: «La aplicación a dicho porcentaje del concepto de límite, en el sentido indicado en el art. 59, ha llevado a la doctrina a la necesidad de clarificar que no se trata tanto de acotar aquella facultad modificatoria de la Administración sino de circunscribir la posibilidad de imponer las alteraciones al contratista. En este sentido resulta ilustrativo reproducir lo manifestado al respecto por los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández [«Curso de Derecho Administra-

1º) está subordinada, como toda la actuación administrativa, a la consecución del interés general. El objeto de la modificación que se pretende debe fundamentarse, respaldarse o legitimarse en razones de interés público claro, patente e indubitado. Es esta circunstancia la que justifica la existencia misma del contrato y de las prerrogativas o potestades que ostenta la Administración, debiendo ser concretos los motivos en que se funda y no una mera referencia al interés público globalmente considerado. El Consejo de Estado ha estimado que «tal razón aparezca debidamente justificada en el expediente»¹⁹. También ha advertido que el interés público debe conjugarse en los contratos administrativos con el principio establecido en el C. Civil de acuerdo con el cual «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos» (art. 1091)²⁰. En el

tivo». Tomo I. Editorial Civitas S.A. Madrid 2002, Página 705] que establecen que «en el orden material, la alusión a los límites del *ius variandi* es, en parte, equívoca. No se trata en efecto de límites en el sentido de barreras u obstáculos que impidan a la Administración Pública modificar en ciertos casos los contratos administrativos por ella suscritos (...). Límites en este sentido no existen, ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, al servicio de la comunidad, no pueden quedar comprometidas por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias (...). Cuando se habla de límites al ejercicio del *ius variandi* se quiere decir, por lo tanto, algo muy distinto; se está estableciendo concretamente una garantía para el contratista privado, sobre el que no puede hacerse recaer de forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés común y de las cambiantes necesidades generales. Cuando se habla de límites del *ius variandi* se está aludiendo pues, única y exclusivamente, a los límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración son obligatorias para el contratista, lo cual es esencialmente distinto. El *ius variandi*, el poder de modificar unilateralmente el objeto y contenido del contrato, es ilimitado en su extensión e intensidad, dentro de las exigencias que el interés público imponga, pero sólo resulta de aceptación obligatoria para el contratista dentro de ciertos márgenes que la propia Ley también prevé». GARCÍA DE ENTERRÍA, E y FERNÁNDEZ, T-R, op. cit., señalan que «cuando se habla de límites al ejercicio del *ius variandi* se quiere decir, por lo tanto, algo muy distinto: se está estableciendo concretamente una garantía para el contratista privado, sobre el que no puede hacerse recaer de forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés común y de las cambiantes necesidades generales. Cuando se habla de límites del *ius variandi* se está aludiendo, pues, única y exclusivamente a los límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración son obligatorias para el contratista, lo cual es sustancialmente distinto».

19. Ver Dictámenes del Consejo de Estado nº 42.179, de 17 de mayo de 1979, nº 48.473, de 16 de Enero de 1986, nº 55.586, de 10 de Enero de 1991, nº 3.062/98, de 10 de Septiembre de 1998 y nº 3357/2003 de 20 de Noviembre de 2003, Expediente relativo a la segunda modificación del Contrato de Redacción del proyecto, de las obras del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Arqueológicas Submarinas en Cartagena (Murcia).

20. Ver Dictámenes del Consejo de Estado nº s 1598/2002, 142/2003 y 3357/2003, de 20 de Noviembre de 2003. Esta misma doctrina la recoge el Consejo de Estado en: Dictámenes de 21 de Junio de 2007, nº 1126/2007 (Educación y ciencia). Asunto: Expediente relativo a la tercera modificación del contrato de «Redacción, dirección y ejecución de las obras de la nueva sede del Museo Nacional de Arqueología Marítima y Centro Nacional de Investigaciones Submarinas de Cartagena (Murcia)» y en su Dictamen nº 403/2006 de 4 de Mayo de 2006, sobre Expediente relativo a la segunda modificación del contrato de obras de renovación (segunda fase) del Museo Nacional de Escultura.— Conjunto San Gregorio de Valladolid. Desde el plano doctrinal GARCÉS SANAGUSTÍN, M: «La modificación de los contratos. La reforma prevista en el proyecto de ley de economía sostenible. Incidencia de la jurisprudencia comunitaria», señala lo siguiente: «El *ius variandi* unilateral encuentra su réplica en la cláusula

Dictamen nº 78/2006, de 23 de Mayo, del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha, se advierte que «el ejercicio de tales privilegios o facultades que tanto la jurisprudencia como la doctrina han calificado de «exorbitantes», no se produce de manera automática sino cuando lo exija el interés público implícito en cada relación contractual, fundándose así en el servicio objetivo a los intereses generales que el art. 103 de la Constitución proclama de la actuación administrativa, sin que dicho ejercicio desvirtúe la naturaleza del contrato, cuyo equilibrio económico debe mantenerse mediante compensaciones que corrijan las posibles lesiones que aquél produzca»²¹. «El interés público es un concepto abstracto cuya aplicación a casos concretos ha de determinarse y transformarse en decisiones jurídicas. La precisa definición del interés público o general, se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada». Ejemplo de consecución del interés general ha sido el valorar que para la Administración era más beneficioso o conveniente modificar que resolver el contrato. Ante este dilema se contempla la modificación como un mal menor que siempre es preferible escoger dado que la única alternativa existente es todavía más gravosa»²².

rebus sic stantibus que preside las relaciones contractuales durante todo el proceso de ejecución del contrato. Si retomamos la senda del Derecho Común, habrá que recordar que los arts. 1203 y siguientes del C. Civil regulan dos tipos de novación: la extintiva y la modificativa. A esta última, que es la realmente relevante en este trabajo se refiere el art. 1203 cuando se indica que «Las obligaciones podrán modificarse... 1.Variando su objeto o sus condiciones principales.» Recuérdese también que en el ámbito del Derecho privado, la simple alteración del objeto no conlleva la extinción del negocio, salvo pacto en contrario de las partes (STS de 23 de Junio de 1991). Frente a esta concepción privatista basada en el interés particular, el contrato público trasciende las bases de la libertad de pactos para ser informada por el principio constitucional del interés general, imperativo dimanante del art. 103 de la CE. Este concepto general de interés no es un mero formalismo sino que es una exigencia que ha de ser motivada en el expediente que soporta la modificación del contrato. Esta concepción basal del interés público debe ser puesta en relación asimismo con los principios informadores de la contratación pública europea que están regulados en el art. 2 de la Directiva 2004/18/CE, por el que los poderes adjudicadores deben dar un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia tanto en la fase de adjudicación del contrato como en la fase de ejecución».

21. Se añade en este Dictamen lo siguiente: «En cuanto a los presupuestos habilitantes para el ejercicio del *ius variandi*, el art. 101.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio, señala como requisitos necesarios para poder ejercer la prerrogativa de modificar los contratos los siguientes: Que nos encontremos ante un contrato perfeccionado, circunstancia ésta que se produce una vez que el órgano de contratación acepta la oferta del licitador y le adjudica el contrato (art. 53 del Texto Refundido). Que el objeto de la modificación que se pretende se fundamente en razones de interés público. Es esta circunstancia la que justifica la existencia misma del contrato y de las prerrogativas o potestades que ostenta la Administración, debiendo ser concretos los motivos en que se funda y no una mera referencia al interés público globalmente considerado. (dictamen 42.179, de 17 de Mayo de 1979)».

22. Ver, por ejemplo, Dictamen del Consejo de Estado de 21 de Abril de 2016 nº 185/2016 (Fomento). Asunto: Expediente incoado con motivo de la modificación nº 1 con adicional negativo del contrato de las obras «Circunvalación de Murcia MU-30. Tramo: Autovía del Reguerón». Se dice: «Como señalara el Consejo en el dictamen nº 215/2010, de 18 de marzo, sobre el anteproyecto de lo que finalmente fue la antes citada Ley 2/2011: «Ha sido una preocupación tradicional del Consejo de Estado al informar los expedientes de modificación contractual que ésta pudiera ser empleada para encubrir «prácticas viciosas» susceptibles de «frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación» de contratos públicos...». Pues bien, por lo que se refiere al primero de estos requi-

2º) debe ejercerse de forma moderada o excepcional. El Consejo de Estado²³ en su Dictamen nº 1041 de 30 de Julio de 1992, señala que «la Administración Pública no goza de una voluntad libre para modificar el proyecto técnico de una obra —al menos desde el punto de vista de su trascendencia sobre una relación contractual ya establecida— sino que el grupo normativo de la contratación pública establece que se trata de una potestad tasada que sólo puede actuarse en determinados supuestos». Tiempo después en su Dictamen nº 3062/98, de 10 de Septiembre de 1998 apunta que cuando la modificación es sustancial, el *ius variandi* ha de interpretarse como una excepción al principio de libre concurrencia en la licitación, y como tal «debe ser entendida de modo restrictivo o estricto, interpretándose la Ley en la forma y sentido más rigurosos». La técnica del reformado o modificado de obras, y consiguientemente, la novación objetiva del contrato debe ser constreñida a la excepcionalidad, pues de lo contrario podrían encubrirse contrataciones que no observasen los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación que inspiran el sistema de contratación administrativa. Así también lo ha expresado el Consejo de Estado en su Memoria del año 1990. Esta sugerencia se reitera en la Memoria del año 1992, al estimar el alto órgano consultivo que los contratos, sobre todo los de obra, «deben ser normalmente de gestación pausada y, por el contrario, de ejecución rápida»²⁴. Por tanto, en consonancia con la doctrina europea, el ejercicio de esta potestad, debería tener carácter excepcional tal y

sitos, se ha puesto de relieve en el procedimiento que resulta más conveniente al interés público proceder a la modificación que a la resolución del contrato y nueva licitación, desde las ópticas económica, temporal y técnica, teniendo en cuenta el mejor conocimiento que el adjudicatario tiene de la obra así como la necesidad de acometer cuanto antes los problemas de circulación generados en la circunvalación de Murcia. A la vista de estas circunstancias, cabe apreciar la concurrencia de un interés público en acordar la modificación propuesta. Aunque inicialmente se había planteado una resolución del contrato original (lo que de haberse verificado hubiera comportado un sensible retraso temporal en la solución de los problemas de tráfico de la zona), se desistió finalmente de ese expediente y se dio paso al actual. Se contempla ahora una actuación que, en síntesis, consiste en la ejecución de una parte del contrato inicialmente previsto, bien que ajustando el menor número de kilómetros a las circunstancias de que se trata de una obra que termina siendo autónoma e independiente de la primero proyectada, pudiendo contribuir a resolver los problemas de tráfico a corto plazo. A la apreciación de este requisito contribuye el hecho de que la licitación y adjudicación del proyecto originario tuvo lugar en un momento temporal y macroeconómico por completo diferente a aquel que ha envuelto el inicio de las obras, largamente demorado (previa suspensión de las mismas) por los condicionantes presupuestarios que han aquejado la economía nacional. Esta motivación se contiene con detalle en la justificación que el Consejo de Ministros realizó en su momento sobre la necesaria reprogramación de obras del Ministerio de Fomento, que afectó a la presente actuación».

23. Ver Dictamen del Consejo de Estado nº 4350/1997 de 6 de Noviembre de 1997 (Fomento). Asunto: Modificación nº 1 Contrato de obras acondicionamiento de C.N.— 420, tramo: Riudecols-Reus. También se advierte de este límite en el Dictamen nº 78/2006, de 23 de mayo, del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha.

24. BELTRÁN GÓMEZ, A.I., op. cit., recuerda que «en garantía de los derechos de terceros, se señala en doctrina reiterada por el Consejo de Estado y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante JCCA), que la utilización de esta prerrogativa habrá de operar de modo restrictivo (excepcional), dado que, un uso indiscriminado de la misma puede entrañar un claro fraude de ley, en cuanto puede atentar al principio de libre concurrencia, cerrando el acceso a una nueva licitación a otros posibles contratistas. Precisamente, la reforma en su día operada en la LCSP por la Ley de Economía Sostenible tuvo como finalidad fundamental limitar el uso arbitrario de esta prerrogativa».

como señalan diversas Sentencias del Tribunal Supremo²⁵. Los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el art. 1256 del Código Civil relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes».

3º) «esta naturaleza singular y privilegiada del *ius variandi* exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la Ley»²⁶. Según puso de manifiesto el Consejo de Estado en su Dictamen nº 42.179, de 17 de Mayo de 1979, la modificación es una prerrogativa de la Administración que por su naturaleza singular y privilegiada exige una rigurosa constatación de los requisitos y presupuestos exigidos por la Ley y su Reglamento. Debemos encontrarnos ante un contrato perfeccionado, circunstancia ésta que se produce una vez que el órgano de contratación acepta la oferta del licitador y le adjudica el contrato. En el Dictamen nº 3357/2003, de 20 de Noviembre de 2003²⁷, se explica lo siguiente: «el derecho de modificación con que cuenta la Administración contratante o concesionaria, de conformidad con los arts. 18 y 74 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 (en adelante LCE), no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público»²⁸. No cabe excluir la posibilidad de que «el interés general preconizara en alguna ocasión modificaciones de contrato que vinieran en beneficio del contratista, y no en su perjuicio», más «es lo cierto que, en todo caso, el ejercicio del *ius variandi* por la Administración requiere una singular motivación de hecho (en la legislación antigua se debía justificar la existencia de «necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas») que, de no existir, impide la alteración del contrato, o de sus pliegos definidores, recogidos, como queda dicho, por el principio *ne varietur*»²⁹. Por tanto, la concurrencia de la causa legal de la modificación debe estar igualmente justificada en el expediente.

Hay que advertir que la modificación encuentra su límite en la resolución del contrato, tema históricamente polémico³⁰. En la jurisprudencia se juzgó si se había

25. Ver SSTS de 30 de Abril de 1977, de 9 de Octubre de 1995 y de 16 de Abril de 1999.

26. Ver Dictamen del Consejo de Estado nº 42.179, de 17 de Mayo de 1979. En el Dictamen nº 78/2006, de 23 de Mayo, del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha, se señala que «habrán de ser respetados tanto las exigencias de tipo meramente procedimental fijadas por la Ley para mayor garantía de los intereses de los afectados y consecución del fin perseguido con la modificación, como aquéllas de carácter sustantivo en ella previstas».

27. Ver, Dictamen del Consejo de Estado nº 3357/2003, de 20 de Noviembre de 2003.

28. Ver Dictamen nº 41.914, de 24 de Mayo de 1979.

29. Ver Dictamen nº 41.914, de 24 de Mayo de 1979.

30. En el Dictamen del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha. 2006, nº. 222/2010, de 14 de Octubre, expediente relativo a modificación nº 2 del contrato administrativo de obras para la ampliación y reforma del Hospital H, se afirma lo siguiente: Para acotar los límites dentro de los cuales ha de desenvolverse el ejercicio de la prerrogativa de modificación del contrato, conviene señalar que tal

incurrido o no en esta causa de resolución tratando los contratistas de apelar a su existencia para lograr la resolución del contrato con indemnización frente a una Administración que negaba los hechos o que pretendía resolver por otras causas que culpabilizar al contratista³¹. Debe, además, tenerse en cuenta la jurisprudencia que señaló que para que el exceso de obra pudiera haberse valorado como causa de resolución del contrato, era obligado el haberlo denunciado en su momento, circunstancia que en algunos casos no sucedía ya que en ocasiones el contratista no manifestaba su oposición o disconformidad. Obviamente el contratista debía probar los requisitos legales. Sin esta prueba la pretensión resolutoria estaba abocada al fracaso. Un problema recurrente en la práctica hizo referencia a una serie de casos en donde el contratista paralizaba la ejecución del contrato porque entendía que se debía proceder a su modificación por errores o indefiniciones en el proyecto para que se pudiese continuar su realización. Ante esta situación la Administración optaba por resolver el contrato al entender que la excusa de la necesidad de un modificado no justificaba los retrasos, constituyendo un incumplimiento

previsión no constituye, en puridad, un límite a la facultad de modificar el contrato, sino una circunscripción de la posibilidad de imponer la modificación al contratista». En relación con la resolución del contrato por la causa prevista en la letra g) del artículo 223 del TRLCSP, es decir, por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos pactados inicialmente y no poder acudir a la modificación del contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 107 del TRLCSP, causa de resolución introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, el Consejo de Estado en su Dictamen n° 215/2010, de 18 de marzo (sobre el anteproyecto de esta ley), destaca que «la reforma perseguía, con base en las exigencias del Derecho de la Unión Europea, una restricción de las posibilidades de modificación de los contratos públicos con posterioridad a su adjudicación; como complemento de este nuevo régimen, el legislador introdujo la causa de resolución analizada, con el objetivo de permitir poner fin al vínculo convencional en aquellos supuestos en los que el contrato no puede ser modificado, pero tampoco ejecutado en los términos inicialmente pactados». VÁZQUEZ MATILLA, F.J: «*La modificación...*», cit, p. 49, ha denunciado que con este régimen jurídico se pretendía proteger al contratista frente a la tentación de la Administración de «ejecutar un número ilimitado de modificaciones. Algo manifiestamente insuficiente si tenemos presente que habitualmente el contratista es quien propone y defiende la necesidad de modificar el contrato».

31. Ver SSTs de 2 de Julio de 1979. Ar. 2866. Ponente: D. Fernando Roldán Martínez; de 25 de Septiembre de 1980. Ar. 3451. Ponente: D. Aurelio Botella Taza; de 22 de Diciembre de 1982. Ar. 8074. Ponente: D. José Pérez Fernández; STS de 30 de Septiembre de 1983. Ar. 4665. Ponente: D. Enrique Medina Balmaseda; de 30 de Enero de 1990, Ponente: D. Pedro Esteban Alamo; de 14 de Febrero de 1992. Ar. 2255. Recurso núm. 1489/1990, Ponente: D. Eladio Escusol Barra; de 8 de Noviembre de 1995. Ar. 8070. Recurso n° 3500/1991, Ponente: D. Manuel Vicente Garzón Herrero; de 27 de Octubre de 1997. Ar. 7632. Recurso n° 1198/1992, Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez (no hay derecho a indemnización por la resolución). de 24 de Junio de 2002. Ar. 7060. Recurso n° 4485/1996, Ponente: D. Manuel Goded Miranda; de 9 de Enero de 2012. Ar. 9. Recurso n° 1523/2009. Ponente: Vicente Conde Martín de Hijos; de 17 de Enero de 2012. Recurso n° 2758/2011, Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijos; de 24 de Enero de 2012. Ar. 229. Recurso n° 2247/2011. Ponente: José Díaz Delgado; de 8 de Febrero de 2012. Ar. 3826. Recurso n° 4815/2009. Ponente: José Díaz Delgado; de 15 de Marzo de 2012. Ar. 4675. Recurso n° 3016/2009. Ponente: Juan José González Rivas; de 26 de Marzo de 2012. Ar. 5527. Recurso n° 57/2010. Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva; de 22 de Enero de 2014. Ar. 653. Recurso n° 3644/2012. Ponente: Celsa Pico Lorenzo. En relación con el tema de la resolución es interesante abordar la cuestión del «Cálculo del porcentaje de alteración que sobre el precio del contrato supone una determinada modificación del mismo. Ver Informes de la JCCA 15/95, de 8 de junio de 1995 y 32/95, de 24 de octubre de 1995.

to contractual. Igualmente el tema se ha abordado con regularidad por el Consejo de Estado³².

32. Ver Dictámenes del Consejo de Estado de 29 de Abril de 1999, nº 1007/1999, (Educación y Cultura). Asunto: Resolución contrato obras de terminación del Polideportivo M-4G en El Espinar (Segovia); de 31 de Mayo de 2001, nº 1438/2001. (Trabajo y Asuntos Sociales). Asunto: Resolución Contrato obras construcción Sede Tesorería Seguridad Social en León suscrito con Empresa; de 27 de Octubre de 2011, nº 1543/2011. (Fomento). Asunto: Reclamación por desequilibrio económico en la ejecución del contrato de obras: «Autovía del Cantábrico A-8. CN-634 de San Sebastián a Santiago de Compostela. Tramo: Tapia de Casariego-Barres»; de 24 de Noviembre de 2011, nº 1622/2011. (Interior). Asunto: Expediente instruido a instancia del Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico sobre la propuesta de resolución del contrato de obras, expediente 0100DGT17624 «Obra de construcción del pabellón y pistas de exámenes, ejecución del Centro de Exámenes de la Jefatura Provincial de Tráfico de Cáceres»; de 2 de Febrero de 2012, nº 2119/2011. (Interior). Referencia: 2119/2011. Asunto: Resolución del contrato para la construcción de un nuevo cuartel de la Guardia Civil en Las Cabezas de San Juan (Sevilla); de 19 de Abril de 2012, nº 318/2012 (Defensa). Asunto: Resolución del contrato de obra «proyecto de adecuación de la depuradora en el Acuartelamiento de Santa Ana, Cáceres»; de 5 de Julio de 2012, nº 646/2012 (Interior). Asunto: Expediente instruido a instancia del Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico sobre la propuesta de resolución del contrato de obras, expediente 0100DGT17624 «Obra de construcción del pabellón y pistas de exámenes, ejecución del Centro de Exámenes de la Jefatura Provincial de Tráfico de Cáceres»; de 13 de Septiembre de 2012, nº 820/2012 (Interior). Asunto: Resolución del contrato para la construcción de un nuevo cuartel de la Guardia Civil en Las Cabezas de San Juan (Sevilla); de 8 de Noviembre de 2012, nº 1197/2012 (Comunidad Autónoma de Cantabria). Asunto: Resolución del contrato con referencia CA 53/06 relativo a las «Obras de construcción de la Fase III del Plan Director de Ampliación y reforma del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, en Santander y demolición de las edificaciones existentes en el ámbito de actuación»; de 17 de Enero de 2013, nº 1425/2013 (Agricultura, Alimentación y Medio ambiente). Asunto: Resolución del contrato para la «Construcción del Centro de Visitantes del Parque Nacional de Aigüestortes i Estany de Sant Maurici en Espot (Lleida)», suscrito por la empresa ... y el Organismo Autónomo de Parques Nacionales; de 17 de Marzo de 2013, nº 1433/2012 (Ciudad de Ceuta). Asunto: Expediente relativo a la resolución del contrato «Obras de drenaje, contención y sellado de círculo de rotura en la Fuente de los Perros», adjudicado a la empresa ...; de 21 de Febrero de 2013, nº 13/2013 (Interior). Asunto: Expediente de resolución del contrato para las obras de rehabilitación parcial de ascensores en el acuartelamiento de la Guardia Civil en La Línea de la Concepción (Cádiz); de 25 de Abril de 2013, nº 311/2013 (Interior). Asunto: Resolución del contrato de obras, expediente 0100DGT13801 «Obra de ejecución de la Jefatura Provincial de Tráfico de Illes Balears»; de 26 de Junio de 2013, nº 371/2013 (Fomento). Asunto: Resolución del contrato de las obras: «Áreas de descanso, en el término municipal de Huércal-Overa, autovía A-7 (E-159), antigua carretera N-340, punto kilométrico 557.100. Provincia de Almería»; de 11 de Julio de 2013, nº 629/2013 (Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente). Asunto: Resolución del contrato de las obras del «Proyecto 05/80 del depósito de Sierra Grossa, término municipal de Elche (Alicante)», adjudicado a ... (En cuanto a las unidades de obra no previstas en el Proyecto, hasta el 7 de abril de 2011, fecha en la que se les dio traslado de la aprobación de los nuevos precios, ... no estaba obligada a ejecutar las nuevas unidades, pero se sostuvo que habían sido presionados por el Director de las obras para su ejecución, cuya obligación legal era solicitar la suspensión temporal de las obras hasta que las modificaciones fuesen aprobadas por el órgano de contratación. Precisó que aunque se prestó la conformidad a los nuevos precios de catorce de ellas, no se precisó la variación del plazo de ejecución que suponía su aprobación, lo que había estimado en 20 días naturales. En este punto señaló que el responsable del contrato y el Director de las obras habían infringido lo dispuesto en el artículo 217.2 y 3 de la LCSP, así como los artículos 158 y 162 del Reglamento y la Cláusula 62 de PCAGCOE, pues, conjuntamente con los precios nuevos, había que tramitar el Proyecto modificado correspondiente, como ... había venido solicitando repetidamente, y

tramitar la suspensión temporal de las obras afectadas); de 23 de Julio de 2013, nº 694/2013 (Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad). Asunto: Resolución del contrato para la ejecución de las obras de reforma y ampliación del centro de salud Sector III «El Tarajal» en Ceuta; de 26 de Septiembre de 2013, nº 843/2013 (Educación, Cultura y Deporte). Asunto: Resolución del contrato de «Obras de terminación de la Casa de los Águila, restauración y acondicionamiento para uso museístico como centro de distribución del Museo Nacional del Prado en Ávila»; de 26 de Septiembre de 2013, nº 785/2013 (Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente). Asunto: Resolución del contrato «remodelación del paseo marítimo de Matalascañas en la zona Caño Guerrero, término municipal de Almonte (Huelva)» (al haber manifestado el contratista, ... su oposición a la propuesta de resolución (Se estimaba que la realización del modificado no cumplía la legislación de contratos (art. 101 del TRLCSP), que sólo permitía introducir modificaciones en el contrato siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas. Expone que el modificado supuso la inclusión de 26 precios nuevos, lo que representa un 53,39% sobre el presupuesto de adjudicación, lo cual constituye una alteración sustancial (art. 150.1 TRLCSP); de 23 de Enero de 2014 nº 1226/2013 (Comunidad Autónoma de Cantabria). Asunto: Resolución del contrato de la obra «Ejecución de la Casa Club y del Centro de Interpretación del Golf Severiano Ballesteros», por parte del Ayuntamiento de Marina de Cudeyo; de 10 de Abril de 2014 nº 325/2014 (Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad). Asunto: Resolución del contrato para la ejecución de las obras de construcción del nuevo hospital de Melilla; de 24 de Abril de 2014 nº 363/2014 (Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad). Asunto: Resolución del contrato para la ejecución de las obras de reforma y ampliación del centro de salud Sector III «El Tarajal» en Ceuta; de 17 de Junio de 2014 nº 569/2014 (Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente). Asunto: Resolución del contrato de las obras «Ejecución de las obras del Proyecto de colectores principales zona Montogó —Les Rotes y conexión con depuradora en el término municipal de Denia (Alicante)», adjudicado a UTE: Arción, D.S.— Cantera de Vértice, S.A; de 26 de Junio de 2014 nº 334/2014 (Industria, Energía y Turismo). Asunto: Resolución del contrato de obras de rehabilitación del conjunto del Castillo y la Almudaina para Parador de Turismo de Ibiza (Islas Baleares); de 27 de Noviembre de 2014 nº 1086/2014 (Educación, Cultura y Deporte). Asunto: Resolución del contrato de obras para la construcción de un nuevo edificio para la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) en el Campus Científico y Tecnológico de Las Rozas, suscrito con la empresa Constructora San José, S.A; de 9 de Abril de 2015 nº 195/2015 (Comunidad Autónoma de Cantabria). Asunto: Resolución del contrato de obras de saneamiento del Barrio de La Cotonera en Islares por el Ayuntamiento de Castro Urdiales; de 9 de Julio de 2015 nº 476/2015 (Empleo y Seguridad Social). Asunto: Resolución del contrato de ejecución de las obras de construcción de un edificio para oficinas de la Seguridad Social en Lucena (Córdoba). (Se acumula este expediente al número 475/2015) (La dirección facultativa y el INSS, por su parte, mantienen opiniones encontradas en relación con esta cuestión, pues la primera alega que, aunque los cambios son de gran entidad, el órgano de contratación insistió siempre en su tramitación como «pequeñas modificaciones» que no requerían un modificado, posición que no comparte el órgano de contratación. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que lo relevante en el presente caso no es si las modificaciones introducidas en el proyecto por Estudio Pau, S. L. hubieran debido dar lugar a la solicitud de un modificado del proyecto y, en su caso, del propio contrato de obras (solicitud que, con arreglo al artículo 234.3 del TRLCSP, debe cursar el director facultativo de la obra), sino si las nuevas instrucciones que Estudio Pau, S. L. dirigió a la UTE podían ser ignoradas por esta al amparo de lo dispuesto en la cláusula 10.3 del PCAP); de 28 de Enero de 2016 nº 1230/2015 (Industria, Energía y Turismo). Asunto: Expediente relativo a la petición indemnizatoria cursada por Assignia Infraestructuras, S.A. con ocasión de la resolución del contrato de obras de rehabilitación del conjunto del Castillo y la Almudaina para Parador de Turismo de Ibiza (Islas Baleares); de 14 de Abril de 2016 nº 164/2016 (Comunidad Autónoma de Cantabria). Asunto: Resolución de contrato mayor de obras de recuperación del parque La Regera en Requejo. Ayuntamiento de Campoo de En medio; de 6 de Diciembre de 2016 nº 771/2016 (Hacienda y Administraciones Públicas). Asunto: Resolución del contrato de obras de reforma de la Aduana de Sevilla con la empresa Corsán-Corviam Construcción, S.A; de 9 de Febrero de 2017 nº 1086/2016 (Interior). Asunto: Resolución del

En la actualidad el art. 206 de la LCSP de 2017, titulado «Obligatoriedad de las modificaciones del contrato»³³, estipula lo siguiente: «1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. 2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en

expediente C/21/S/7/6, para la obra de rehabilitación parcial (instalación de ascensores), de la casa cuartel de la Guardia Civil en La Línea de la Concepción (Cádiz) (En Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de enero de 2016 se afirma que siendo la modificación contractual por razones de interés público una prerrogativa de la Administración contratante para asegurar la correcta ejecución del contrato, habiéndose acordado el inicio de las actuaciones para la modificación con los efectos del art. 101 TRLCAP, y siendo necesario, según se acordó, la modificación del proyecto inicial, así como la suspensión total y temporal de las obras en tanto se aprobaba el proyecto modificado, era preciso tramitar el correspondiente expediente, en los términos señalados en el art. 146 TRLCAP que establece un plazo máximo de seis meses para la aprobación del proyecto y de ocho meses para el expediente del modificado. Independientemente de las discrepancias entre contratante, contratista y dirección facultativa puestas de manifiesto por la arquitecta del Servicio de Acuartelamiento, no se justifica la paralización de la tramitación administrativa de la modificación contractual, siendo la Administración la que debió instar las actuaciones correspondientes, conforme a la propuesta técnica del director facultativo y dar audiencia formal al contratista para que mostrase su conformidad o su oposición al efecto de aprobar las modificaciones pertinentes que permitieran la continuación de la ejecución de las obras. Recuerda la recurrente lo dispuesto en el art. 146.1 y 2 del TRLCAP); de 27 de Abril de 2017 n° 347/2017 (Fomento). Asunto: Resolución de contrato administrativo de obras, de fecha 25 de junio de 2015, expediente 150/015-00021, suscrito entre la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) y la entidad Corsan-Corviam Construcción S.A.; de 2 de Noviembre de 2017 n° Número de expediente: 907/2017 (Empleo y Seguridad Social). Asunto: Resolución del contrato de redacción y dirección de las obras de construcción de un edificio para oficinas de la Seguridad Social en Lucena (Córdoba); de 8 de Noviembre de 2018 n° 856/2018 (Trabajo, Migraciones y Seguridad Social). Asunto: Resolución del contrato suscrito por la Tesorería General de la Seguridad Social con la empresa IMESAPI S.A., con fecha de 7 de julio de 2017, cuyo objeto es la ejecución de las obras de construcción de la nueva oficina integral de la Seguridad Social en Don Benito (Badajoz); de 24 de Enero de 2019 n° 992/2018 (Industria, Comercio y Turismo). Asunto: Resolución del contrato de obra, para la puesta a punto del Parador de Turismo de Santa María de Veruela-Vera del Moncayo (Zaragoza); de 25 de Abril de 2019 n° 321/2019 (Trabajo, Migraciones y Seguridad Social). Asunto: Resolución del contrato celebrado con Estudio Pau, S.L., para la redacción y dirección de las obras de construcción de un edificio para Oficinas de la Seguridad Social en Lucena (Córdoba).

33. En el Anteproyecto el Consejo de Estado en su Dictamen de 10 de marzo de 2016, «Artículos 201 a 205. Modificación de los contratos», n° 1116/2015, advirtió lo siguiente «Artículo 204. Obligatoriedad de las modificaciones del contrato», se dice que «de esta forma, son conceptuadas como obligatorias para el contratista las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares que no superen el 20% del precio inicial. Nada se dice en este apartado acerca de si revisten o no igual carácter las reformas que tengan su fundamento en dicho pliego, a que se refiere el artículo 202. Considera el Consejo de Estado que esta cuestión ha de ser aclarada. La solución que parece más acertada es dotar también de carácter obligatorio a tales reformas, considerando, primero, que así se prevé en el ordenamiento vigente (artículo 219.1 del TRLCSP) y, segundo, que, al estar contempladas en el pliego, las modificaciones fundadas en él no son desconocidas para el adjudicatario».

caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211»³⁴.

El fundamento de estos límites debe hallarse en la necesidad de no desvirtuar las garantías de publicidad y concurrencia que presiden la licitación y, en su caso, en «la naturaleza de los recursos económicos administrados», de carácter público³⁵. Por lo que respecta al primero de estos fundamentos, en el Dictamen del Consejo de Estado nº 45.942, de 15 de Diciembre de 1983, se puso de manifiesto que el carácter imperativo de las normas sobre modificación de los contratos administrativos tiene «la finalidad de evitar que, a través de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el principio de pública licitación fundamental en la materia». Esta misma doctrina ha sido posteriormente reiterada en diversos dictámenes, que recuerdan la necesidad de que mediante la modificación de los contratos administrativos no se desvirtúen los principios de publicidad y libre concurrencia y la pureza de la licitación³⁶.

Finalmente, derivada tal potestad de las inexorables e indisponibles exigencias del interés público, ha de tener como contrapartida necesaria, en garantía del contratista, la compensación adecuada para el mantenimiento del equilibrio financiero, pues no puede en modo alguno admitirse un enriquecimiento injusto. Dicho

34. «g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido». El art. 202, dedicado a la «aplicación de las causas de resolución», dispone en su apartado 2º: «La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y las modificaciones del contrato en los casos en que no se den las circunstancias establecidas en los artículos 204 y 205, darán siempre lugar a la resolución del contrato. Serán potestativas para la Administración y para el contratista las restantes modificaciones no previstas en el contrato cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en cuantía que exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido. En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a la misma». En el art. 213 (Efectos de la resolución) se dispone lo siguiente: «4. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 211, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205... 6. Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo 211, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos...»

35. Ver Dictamen del Consejo de Estado nº 45.238, de 12 de Mayo de 1983 y Dictamen nº 78/2006, de 23 de mayo, del Consejo Consultivo Castilla-La Mancha.

36. Ver Dictámenes nº s 47.127, de 29 de Noviembre de 1984; 50.688, de 17 de Junio de 1987; 54.473, de 8 de Junio de 1990; 55.444, de 31 de Octubre de 1990; 1021/91, de 1 de Octubre de 1991; 2582/95, de 1 de Febrero de 1996; 454/96, de 8 de Febrero de 1996; 3371/96, de 28 de Noviembre de 1996; 4350/97, de 6 de Noviembre de 1997 y 358/98, de 11 de Junio de 1998. Ver también Dictamen del Consejo de Estado nº 4350/1997, de 6 de Noviembre de 1997.

de otro modo, el tradicional riesgo y ventura del contratista no puede justificar un modificado sin remuneración³⁷.

37. GARCÉS SANAGUSTÍN, M, op. cit., señala lo siguiente: «Por ello, es importante diferenciar, como de hecho ha venido haciendo el Consejo de Estado, entre la incidencia que tiene el principio de «riesgo y ventura» del contratista y la prerrogativa novatoria que se atribuye a la Administración. Así, en el Dictamen 402/1969, el Consejo de Estado delimita con precisión ambos espacios: «Hay que cuidarse de no confundir entre el riesgo o el alea que corre el contratista de que sus previsiones financieras no se correspondan con el resultado final del contrato por incidencias acaecidas en el curso de su ejecución (tales como pérdidas, averías, perjuicios, etc.) y el caso, enteramente distinto, de que aparezcan nuevos elementos de hecho extraños al contrato que afecten a la relación contractual y alteren su curso (por ejemplo, modificaciones del proyecto, paralización de las obras o ejecución de obras no previstas).» Más adelante, el propio Consejo de Estado en Dictamen 583/2001 viene a acotar el objetivo que comprende una modificación contractual: «El objetivo en el caso de modificaciones contractuales *servata distantia* es similar: demostrado que «concurren necesidades nuevas o causas imprevistas» que implican la necesidad, por razones de interés público, de introducir modificaciones, el contratista deberá asumirlas —con los límites previstos en la legislación de contratos—, pero sin que tenga el deber jurídico de soportar el eventual aumento en el coste que ello puede suponer. Deberá producirse el necesario reequilibrio económico del contrato, de manera que, aplicando el porcentaje de baja de licitación correspondiente, habrá de ajustarse tanto el precio del contrato como el plazo de ejecución. En otras palabras, el principio de riesgo y ventura es compatible con la utilización del poder de modificación y sus consecuencias anejas, en los términos previstos en la legislación de contratos. /.../. En tal caso, el principio de riesgo y ventura implica que el contratista tendría que ejecutar el contrato en los términos pactados y, si no lo hiciera, la Administración podría resolver el contrato por culpa del contratista, con las consecuencias anejas previstas en el art. 113.4 de la vigente Ley de Contratos.»