



2-2016

Coordinado por Jaime Pintos Santiago

DOCTRINA

- LAS NOVEDADES SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES A RAÍZ DE LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURIDICO DEL SECTOR PÚBLICO. Belén López Donaire.
- LA PERMUTA MÚLTIPLE ENTRE FUNCIONARIOS PÚBLICOS: UNA FIGURA ENTRE LA ILEGALIDAD Y EL FRAUDE DE LEY. Roberto Mayor Gómez.
- LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. UNA MIRADA COMPARATIVA A LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA, ESPAÑA Y CHILE. Paulina Navarrete Medina.
- LA FALTA DE PUBLICIDAD EN CONFLICTO CON EL RESPETO A LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. SU REPERCUSIÓN EN EL CONTRATO MENOR Y EN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD POR CUANTÍA. Hugo Durán Ruiz de Eguilaz
- PERSPECTIVA EUROPEA DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA. Alberto Campos Jiménez

ΑΛΕΘΕΙΑ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929

Aletheia

CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO
COMITÉ CIENTÍFICO

SOSA WAGNER, FRANCISCO	GONZÁLEZ ALONSO, BENJAMÍN
SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, JESÚS	GUILLÉN LÓPEZ, ENRIQUE
SAIZ DE MARCO, ISIDRO	GALÁN JUÁREZ, MERCEDES
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	ESPEJO GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL
REQUENA LÓPEZ, TOMÁS	CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE
PALMA LÓPEZ, CRISTINA	CAMY ESCOBAR, JESÚS
PINTOS SANTIAGO, JAIME	CAIADO AMARAL, RAFAEL
MOREU SERRANO, GERARDO	BORBÓN Y CRUZ, MILAGROS
MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO	BELADÍEZ ROJO, MARGARITA
MARTÍN MORENO JOSÉ LUIS	ALMANSA MORENO-BARREDA, JAVIER
MARTÍN CRISTÓBAL, JOSÉ	
SECRETARIO:	SECRETARIA ADJUNTA:
RODRÍGUEZ SEGADO, LUIS MIGUEL	PARERA CARRETERO, SOLEDAD

[Ver sumarios y archivos a texto completo desde 2006](#)

NÚMERO 2-2016

Coordinado por Jaime Pintos Santiago

SUMARIO:

PRESENTACIÓN (José Luis Martín Moreno)

Págs
3-14

DOCTRINA

Págs.

- 15-24 Las novedades sobre la prescripción de las infracciones y sanciones a raíz de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
Belén López Donaire
- 25-36 La permuta múltiple entre funcionarios públicos: una figura entre la ilegalidad y el fraude de ley.
Roberto Mayor Gómez
- 37-58 La modificación de los contratos públicos. Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile.
Paulina Navarrete Medina
- 59-84 La falta de publicidad en conflicto con el respeto a los principios generales de la contratación pública. Su repercusión en el contrato menor y en el procedimiento negociado sin publicidad por cuantía.
Hugo Durán Ruiz de Eguilaz
- 85-100 Perspectiva europea de la participación ciudadana.
Alberto Campos Jiménez

Nota: La Revista no se identifica necesariamente con las opiniones de los autores, que asumen el contenido de sus trabajos y los eventuales errores u omisiones.

La modificación de los contratos públicos.
Una mirada comparativa a la normativa
de la Unión Europea, España y Chile
PAULINA NAVARRETE MEDINA

RESUMEN: Este trabajo trata acerca de una de las prerrogativas que detenta la Administración del Estado en materia de contratación administrativa, cual es la potestad de modificar de manera unilateral un contrato en la etapa de ejecución del mismo.

El denominado *ius variandi* se ha justificado en el interés general que representa la Administración, razón por la que no ha sido mayormente cuestionado, sin embargo, a partir de los principios de la contratación pública esta potestad ha quedado en entredicho y es necesario establecer cómo se limita el alcance de la misma en relación a esos principios.

ABSTRACT: This work deals with one of the prerogative of the State Administration in matters of administrative contracting, which is the power to unilaterally modify a contract in the stage of execution of the same one.

What is has termed *ius variandi* has been justified in the general interest represented by the Administration, which is why it has not been largely questioned, however, on the basis of the principles of public procurement this power has been questioned and it is necessary to establish how its limited the scope of the reference in relation to those principles

PALABRAS CLAVE: Modificación unilateral del contrato, *ius variandi*, contrato administrativo, contratación pública, potestad de la Administración, principios.

KEY WORDS: Unilateral modification of the contract, *ius variandi*, administrative contract, public procurement, power of the Administration, principles.

CDU: 34 Derecho en general. 342.9 Derecho Administrativo. 347.4 Contratos y obligaciones. 351 Funciones propias de la Administración. 338 Política económica. Organización, planificación y producción.

SUMARIO:

1.— INTRODUCCIÓN. 2.— LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO PRERROGATIVA DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN. 2.1. El contrato administrativo y las potestades exorbitantes de la Administración. 2.2 Fundamentos del *ius variandi*. 2.3. El *ius variandi* y los principios de la contratación pública. 3. — LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS. 3.1 Generalidades. 3.2. Análisis del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. 4.— NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. 4.1. Breve referencia a su evolución y normativa vigente. 4.2. Anteproyecto de ley de contratos del sector público. 5.— ¿QUÉ OCURRE EN CHILE CON LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS? 6.— CONCLUSIÓN.

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. UNA MIRADA COMPARATIVA A LA NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA, ESPAÑA Y CHILE

Paulina Navarrete Medina¹



Tunel de San Gotardo. Fuente: Wikimedia C. Autor: Cooper.ch; 19 de septiembre de 2006

1. INTRODUCCIÓN

EL contrato administrativo no ha sido nunca un tema pacífico y cuando aún no acabamos de comprenderlo nos enfrentamos a un cambio de paradigma en la contratación administrativa que requiere al menos matizar las ideas que hasta ahora imperaban en la materia. En efecto, tradicionalmente la contratación administrativa era conceptualizada y caracterizada a partir de la existencia de ciertas potestades exorbitantes de la Administración, potestades que encontraban su justificación en el interés general que se persigue por parte de uno de los contratantes, sin embargo, hoy, a partir del desarrollo del Derecho de la Contratación Pública -que según algunos se encamina a un derecho global- las potestades exorbitantes de la Administración ceden frente a los principios imperantes en esta rama del Derecho.

¹ Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y profesora de la Escuela de Derecho de la misma casa de estudios. Diplomada en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Máster en Contratación Pública de la Universidad de Castilla-La Mancha. Magíster en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Es así como ha sido necesario reformar aquellas normas que se hacen cargo de uno de los poderes en más de la Administración como es el *ius variandi*, potestad que permite la modificación unilateral de un contrato en curso por parte de la Administración.

Para el análisis de la normativa vigente, de las reformas que se han producido y de la nueva normativa que se tramita, tanto a nivel de la Unión Europea, como del Reino de España y del Estado de Chile, el presente trabajo comienza con una mirada al contrato administrativo y a las prerrogativas que se le reconocen a la Administración en este contexto, haciendo especial referencia a la potestad que me ocupa, esto es, el *ius variandi*. Se analiza esta potestad en sí misma -su concepto y fundamentos- como su relación con los principios generales de la contratación.

A continuación me dedicaré al tratamiento de la modificación de los contratos en las Directivas de cuarta generación, centrándome en la normativa contenida en la Directiva 2014/24/UE, para luego detenerme en la normativa española, aquella vigente antes de las nuevas directivas, como también, aquella que obedece a la transposición de las mismas.

Finalmente, he de referirme a la situación en el ordenamiento jurídico chileno, mediante un análisis comparativo de la norma chilena y aquellas que han precedido su análisis.

2. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO PRERROGATIVA DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN

2.1. El contrato administrativo y las potestades exorbitantes de la Administración.

Hace no muchos años atrás se constataba por GARCÍA DE ENTERRÍA que el concepto de contrato administrativo correspondía a un concepto polémico, tanto porque existían sistemas positivos que no lo reconocían, como también porque incluso en aquellos sistemas en que sí se reconocía la figura, los principales problemas sobre la misma no estaban resueltos². Esta discusión excede ampliamente el objeto del presente trabajo, por lo que, en lo que respecta al contrato administrativo, me limitaré a proporcionar un concepto, sin comentar los aspectos polémicos del mismo.

No obstante la prevención anterior, considero adecuado, para reflejar las complejidades que conlleva la noción del contrato administrativo, consignar en estas líneas el título de un artículo de GASPAR ARIÑO, quien nombró su artículo, publicado en la Revista de Administración Pública, “El enigma del contrato administrativo” y estableció en la introducción que, de conformidad al Diccionario de la Lengua Española, enigma es aquel dicho o cosa que no se alcanza a comprender o que difícilmente puede entenderse o interpretarse; indicó a continuación el autor que “*Algo de esto ocurre, sin duda, con el contrato administrativo*”³.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 41 (1963), p. 42.

³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, 171 (enero-abril 2007), p. 79.

En Chile, SILVA CIMMA define el contrato administrativo como el acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular u otro órgano de aquélla, que persigue un fin público, y se somete a las reglas del derecho público⁴.

Señala GARCÍA DE ENTERRÍA que, en la medida que esos contratos están vinculados con el funcionamiento de los servicios públicos no son verdaderos contratos de Derecho Civil, sino figuras institucionales pertenecientes al Derecho Administrativo. Prueba de ello es que existen en los contratos administrativos las denominadas cláusulas exorbitantes del Derecho común, cláusulas que no cabrían en los moldes de los contratos civiles y que imponen por ello una figura institucional distinta.

RODRÍGUEZ-ARANA plantea que en los contratos administrativos, el juego del interés público, al que debe servir objetivamente la Administración, explica su especial posición jurídica y sus potestades en la contratación⁵.

Una de estas denominadas potestades exorbitantes de que goza la Administración, es la que se conoce como *ius variandi*. Para conceptualizar esta potestad, VÁZQUEZ MATILLA recoge un sentido amplio y uno restringido. En sentido amplio, se refiere a cualquier variación que pueda introducirse en el contrato y que de alguna manera produzca una nueva configuración del mismo. En sentido estricto, sólo serían modificaciones las alteraciones que se produzcan sobre elementos estructurales de la relación obligatoria mientras ésta todavía persista⁶.

Hace lo propio, FRANCO RODRÍGUEZ, quien señala que el *ius variandi* es la potestad o privilegio de que goza la Administración Pública de modificar unilateralmente sin consentimiento del particular contratante, alguna de las cláusulas, prestaciones u obligaciones del contrato⁷. A juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA esta prerrogativa “*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-*”.

En el ordenamiento jurídico chileno se constató la existencia de especiales características de los contratos administrativos a propósito de la dictación de la Ley N° 19.886 de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en cuya historia fidedigna se señaló lo siguiente: *Las características del contrato administrativo en el derecho comparado son la existencia de una serie de principios orientados a privilegiar el interés general que encarna el servicio público por sobre el interés particular del contratista, lo que explica que se tipifique una relación de*

⁴ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado: actos, contratos, bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (Chile), p. 201.

⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas”, p. 797; consultado en:

http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/7496/AD_12_art_42.pdf?sequence=1

[Fecha última consulta: 30 de mayo de 2016].

⁶ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, *La Modificación de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Navarra (España), 2015, p. 32.

⁷ FRANCO RODRÍGUEZ, Jesús, “El Ius Variandi como potestad de la Administración en los contratos administrativos”, consultado en:

<http://www.mga.com.do/el-ius-variandi-como-potestad-de-la-administracion-en-los-contratos-administrativos/>, [Fecha última consulta: 30 de mayo de 2016].

desigualdad o subordinación entre las partes que, a su vez, se materializa en el ejercicio de potestades en favor de la Administración y en la tipificación de deberes y obligaciones respecto del contratista. A las normas especiales que surgen de esta relación de derecho público se las pasa a denominar “cláusulas exorbitantes” del derecho común. Los poderes o prerrogativas más habituales que dichas cláusulas exorbitantes confieren a la Administración son: el poder de dirección y control, el poder de interpretación unilateral del contrato, el poder de anulación, el ius variandi y el poder de resolución de la convención⁸.

En consecuencia, el *ius variandi*, corresponde a una de las potestades que la Administración detenta en un contrato administrativo y que le permiten modificar unilateralmente el contrato, potestad que, junto que el resto de las cláusulas exorbitantes, han servido – al menos hasta ahora- para definir y caracterizar la figura del contrato administrativo.

2.2. Fundamentos del *ius variandi*.

Esencialmente, el fundamento de esta prerrogativa es compartido con las demás prerrogativas de la Administración y corresponde al interés público. Considero pertinente dedicar algunas líneas al fundamento de esta figura que permite llevar a cabo una modificación unilateral de las prestaciones objeto del contrato, toda vez que a propósito del fundamento que ya se ha enunciado, esto es, el interés público, se han planteado ciertas cuestiones relativas a los límites de esta potestad.

“La facultad de modificación unilateral tiene su fundamento jurídico en las exigencias del interés general de la comunidad, que son variables, por lo cual, en el curso de la ejecución de un contrato puede surgir la necesidad de introducir variaciones en las obligaciones contraídas por el contratista”⁹.

Al dedicar unas palabras a este tema, GARCÍA DE ENTERRÍA señala que el interés general siempre ha de prevalecer, sin que el mismo pueda comprometerse por un error inicial de la Administración, o por un cambio en las circunstancias originalmente tenidas en cuenta al momento de contratar. También para este autor el *ius variandi* descansa en el interés general¹⁰.

¿La circunstancia de que este poder en más de la Administración se justifique en el interés público, significa que tiene un carácter absoluto? ¿Puede entenderse que el interés público justifica al *ius variandi* como una potestad general? La respuesta a ambas preguntas ha de ser necesariamente negativa, el *ius variandi*, no es una potestad absoluta de la Administración, sino que reconoce diversos límites y por otro lado, no es la regla general en la materia, detentando un carácter excepcional.

No debe olvidarse que nos encontramos frente a un contrato y aquello obliga a reconocer y resguardar -precisamente- la ley del contrato, principio que si bien es propio del derecho

⁸ Historia de la Ley N° 19.886, p. 49, consultado en: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213004>
[Fecha última consulta: 1 de junio de 2016].

⁹ LARES MARTÍNEZ, Eloy, *Manual de derecho administrativo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas (Venezuela), 2001, p. 276.

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 15ª edición, Civitas Ediciones, p. 507.

privado, tiene plena aplicación tratándose de los contratos administrativos. El profesor ARIÑO ORTIZ señala que una vez celebrado el contrato, cualesquiera que sean los términos del mismo, éste se convierte en la norma primera a aplicar en la relación. *El acuerdo de voluntades, tal como quedó plasmado en el contrato, es el que determina el contenido obligacional, porque en eso consiste esencialmente la esencia de todo contrato (sic): en la fuerza del contractus-lex*¹¹.

La facultad de que goza la Administración de modificar unilateralmente el contrato, ha de entenderse como una facultad de carácter excepcional, en este sentido, GIMENO FELIU, ha señalado que la potestad de *ius variandi* en los contratos administrativos, nunca puede entenderse como una potestad sin límites, ni mucho menos, de alcance general justificada por el interés público que se presume en las decisiones de todo poder contratante¹². En el mismo sentido, el autor PUERTA SEGUIDO señala que *el ejercicio de esta potestad debe ser excepcional, sin que desde la norma se haya producido una sustitución del principio básico que impone el cumplimiento de los contratos en los términos pactados por una práctica habitual y frecuente de modificar los mismos, por más que el interés público prime y justifique el ejercicio de ese denominado ius variandi*¹³.

Confirma el carácter excepcional de la prerrogativa exorbitante en comento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, que configura la modificación contractual como una facultad reservada para los supuestos legales tasados y cuya interpretación debe recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que de no ser así, se infringiría uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico español cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil que dispone que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes¹⁴.

2.3. El *ius variandi* y los principios de la contratación pública.

Si bien la existencia de poderes exorbitantes de la Administración Pública ha sido uno de los elementos que tradicionalmente se han empleado para caracterizar a los contratos administrativos, el nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea, ya no se define en función de las prerrogativas de la Administración, sino en base al respeto de los principios generales¹⁵.

¹¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, cit. (n. 2), p. 88.

¹² GIMENO FELIU, José María, “El régimen de las modificaciones de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista de Derecho Administrativo*, 149 (2011), p. 33.

¹³ PUERTA SEGUIDO, Francisco, “El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, en AA.VV. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011* (coord. GIMENO FELIU, José María), Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2012, p. 484.

¹⁴ GIMENO FELIU, José María, Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público, p. 24, disponible a través del siguiente enlace:

http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Jose-Maria-Gimeno-Jornada-impacto-nuevas_directivas-UE-regulacion-modificaciones-contratos-sector-publico_3f13ca99%232E%23pdf/chk.d22a835b2474f60b57b9ef16dc46d47e

[Fecha última consulta: 3 de junio de 2016].

¹⁵ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, La Modificación de los Contratos en la Cuarta Generación de Directivas sobre Contratación Pública, X Congreso AEPDA, p. 2.

La afirmación anterior obliga a detenerse, aunque sea brevemente, en la relación entre el *ius variandi* y los principios generales de la contratación administrativa.

Efectivamente, se ha producido un cambio de paradigma en la legislación sobre contratación pública, cambio que se generó en la Unión Europea y que fue recogido luego por la normativa española sobre contratos públicos. Hoy los principios de la contratación son vistos como el objetivo y la finalidad de toda regulación relativa a la contratación pública.

El cambio de perspectiva al que he hecho referencia más arriba, fue incorporado al derecho español por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), norma que en su artículo 1 define su objeto y finalidad por referencia a los principios generales de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Hasta antes del citado TRLCSP, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública de 2001, fijaba como objetivo de la normativa, la garantía de los intereses públicos dentro del contrato.

En relación con el rol que juegan los principios en materia de contratación pública, MORENO MOLINA ha señalado que los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación. Continúa luego, estableciendo que *estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias*¹⁶. Por su parte, GIMENO FELIU, en el mismo sentido del autor ya citado, reconoce una subordinación del interés público, como fundamento de las potestades exorbitantes de la Administración, al principio de transparencia, libre competencia y eficiencia de los fondos públicos¹⁷.

En consecuencia, el *ius variandi* y los principios generales de la contratación pública se encuentran relacionados, en términos que estos constituyen un límite a aquel, es decir, el *ius variandi* debe ajustarse a los principios de la contratación a los que se les reconoce una primacía absoluta.

¹⁶ MORENO MOLINA, José Antonio, “Principios Generales de la Contratación Pública, Procedimientos de Adjudicación y Recurso Especial en la Nueva Ley Estatal de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Navarra*, 45 (enero-junio 2008), p.47.

¹⁷ GIMENO FELIU, José María, “Novedades del anteproyecto de ley de contratos del sector público. La transposición de las directivas de contratación pública en España”, en *Congreso Internacional sobre Contratación Pública*, Cuenca, 2016, p. 15. Disponible en:

http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_1%232E%23_Presentacion-J%232E%23M%232E%23-Gimeno-Feliu_5a3d0e86%232E%23pdf/chk.61a23c3cf464628d9382677b7e53ca28

[Fecha última consulta: 30 de mayo de 2016].

3. LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA CUARTA GENERACIÓN DE DIRECTIVAS

3.1. Generalidades.

Con fecha 28 de marzo de 2014, ha culminado un proceso de adaptación de la normativa de contratación pública, que ha dado lugar a las Directivas de contratación pública de cuarta generación que tienden a la simplificación y eficiencia en la materia¹⁸.

Considerando que las Directivas tienen una regulación similar en lo que respecta a la materia en análisis, basta con detenerse en las disposiciones contenidas en la Directiva 2014/24/UE, sin que sea menester el análisis de aquellas que regulan las obras o los sectores excluidos, por la referida similitud en la regulación.

En materia de modificación de contratos, destaca que la nueva Directiva 2014/24/UE, incorpora una regulación novedosa en su Capítulo IV relativo a la ejecución del contrato¹⁹, conteniendo dicho Capítulo normas relativas a la modificación de los contratos durante su vigencia en el artículo 72. Respecto a la novedad que esto representa, el Consejo de Estado Español, ha señalado que *la nota característica peculiar de este grupo de directivas es la de que, por primera vez, se regulan no sólo las fases de preparación y adjudicación de los contratos -como venía siendo tradicional- sino también las de su ejecución, modificación y resolución*²⁰.

La regulación sobre modificación de contratos contenida en esta Directiva se ha inspirado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, como lo declara el considerando 107 de la misma, el que señala:

Es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²¹. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial.

Si bien la propia Directiva declara tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE, lo cierto es que el proceso legislativo que devino en la mencionada regulación se apartó bastante

¹⁸ Las Directivas de cuarta generación Nº 23, 24 y 25 de 2014, contemplaron un plazo de transposición de dos años, el que ya se encuentra vencido.

¹⁹ PUERTA SEGUIDO, Francisco; PUNZÓN MORALED A, Jesús; DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia, “La nueva regulación en la Directiva de la fase de ejecución de los contratos y la repercusión de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificación de los contratos”, *Contratación Administrativa Práctica*, 129 (enero-febrero 2014), pp. 22-25.

²⁰ Dictamen Nº 1.116/2015 del Consejo de Estado, p. 48.

²¹ Destacado agregado.

del razonamiento que venía sosteniendo la jurisprudencia europea²². En este sentido VÁSQUEZ MATILLA señala que: *Las propuestas de directiva, aunque justificaban el empleo de los modificados, sobre todo por las cambiantes circunstancias en contratos de larga duración, trataban de forma bastante destacable la modificación de los contratos pero la flexibilización llevada a cabo en el procedimiento legislativo ha devaluado tan loable intención*²³.

3.2 Análisis del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública.

3.2.1. Regla General.

Como ya se ha señalado, el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE es el que se refiere a la modificación de los contratos durante su vigencia, norma que no ha estado exenta de críticas, sobre todo en lo que respecta a su tortuosa redacción²⁴. Esta crítica obedece a que, como lo ha rescatado gran parte de la doctrina, la regla general de la norma no se encuentra al comienzo de la misma, sino sólo en el apartado cuarto, el que señala:

Una modificación de un contrato o acuerdo marco durante su período de vigencia se considerará sustancial a efectos del apartado 1, letra e), cuando tenga como resultado un contrato o acuerdo marco de naturaleza materialmente diferente a la del celebrado en un principio. En cualquier caso, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

- a) 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;*
- b) que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato o acuerdo marco inicial;*
- c) que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato o del acuerdo marco;*
- d) que el contratista inicialmente designado como adjudicatario por el poder adjudicador sea sustituido por un nuevo contratista en circunstancias distintas de las previstas en el apartado 1, letra d).*

La regla general que consagra el artículo 72 de la citada Directiva, es que se prohíbe cualquier modificación que suponga la alteración del contenido sustancial del contrato, en cuyo caso será necesaria una nueva licitación. Luego de establecer esta regla general, se indican supuestos en que existe una modificación sustancial del contrato, por lo que

²² Este ha sido, sin duda, uno de los aspectos más desarrollados por el TJUE, sentando importantes reglas en relación con la modificación de los contratos. A pesar de la importancia de la jurisprudencia mencionada, este trabajo no se detendrá en su análisis.

²³ VÁSQUEZ MATILLA, Francisco Javier, cit. (n.5), p. 90.

²⁴ GALLEGO CÓCOLES, Isabel, cit. (n.14), p. 25.

consecuentemente se requiere una nueva licitación. Estos supuestos, como destaca GIMENO FELIU, solo tienen por objeto aportar certeza y seguridad jurídica²⁵.

Habiéndose ya señalado cual es la regla general en la materia, a continuación se procederá al análisis de los diversos supuestos que la norma contempla y que permiten modificar un contrato sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento, esto es, supuestos en que no existiría una modificación sustancial del contrato y que constituyen una excepción a la regla general mencionada.

3.2.2 Modificaciones convencionales.

La letra a), del número 1 del artículo 72, señala que la modificación procede sin necesidad de iniciar un nuevo proceso de contratación: *cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco;*

Isabel GALLEGO CÓRCOLES destaca dos características esenciales de esta norma, en primer término, que se desliga del carácter sustancial o no de la modificación y en segundo término, la norma refuerza el carácter fuertemente restrictivo de la inclusión de cláusulas de revisión en sentido técnico. Se entiende por cláusula de revisión aquella que prevé que las partes contractuales puedan modificar el contrato en ciertos supuestos predefinidos²⁶. Estas cláusulas claramente pueden distorsionar la competencia, toda vez que de la renegociación que ellas permiten de los términos contractuales, puede resultar una vulneración de los principios de igualdad y transparencia. Ésta es la razón por la que la norma exige que las cláusulas que tengan esta naturaleza, sean claras, precisas e inequívocas.

Luego de referirse a los requisitos que han de cumplir las cláusulas de revisión, señala: *entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones*. Los términos utilizados por la norma dan cuenta de que se trataría de una enumeración meramente ejemplar y no taxativa, por lo que su mayor utilidad sería constituir un indicio de aquellas cláusulas que cumplirían con lo preceptuado en la Directiva.

Otro límite importante que considera la norma es que la cláusula de que se trate no puede *alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco*, límite que ha de entenderse como una restricción a cambios de objeto o de importe desproporcionados, por eso es que adecuadamente GALLEGO interpreta de forma armónica la norma señalando que si bien acepta las modificaciones *con independencia de su valor*, si dichas modificaciones alteran cuantitativamente de forma considerable el contrato, sobrepasan el límite relativo a la naturaleza global del contrato²⁷.

²⁵ GIMENO FELIU, José María, cit. (n. 13), p. 52.

²⁶ GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, cit. (n. 14), p. 33.

²⁷ *Ibid*, p. 34.

3.2.3. Contratos complementarios o prestaciones adicionales.

El supuesto en que la letra b), del número 1, del artículo 72 de la Directiva de contratación pública hace procedente la modificación del contrato es el siguiente:

b) para obras, servicios o suministros adicionales, a cargo del contratista original, que resulten necesarias y que no estuviesen incluidas en la contratación original, a condición de que cambiar de contratista:

i) no sea factible por razones económicas o técnicas tales como requisitos de intercambiabilidad o interoperatividad con el equipo existente, con servicios o con instalaciones adquiridos en el marco del procedimiento de contratación inicial, y

ii) genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

No obstante, el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no excederá del 50 % del valor del contrato inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, dicha limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;

Puede apreciarse que tratándose de una modificación contractual que se ampare en lo dispuesto en este numeral en relación con las prestaciones adicionales, los requisitos que deben cumplirse son estrictos y copulativos, así, por un lado se requiere que las obras, servicios o suministros adicionales resulten necesarias y, por otro, es menester que el cambio de contratista conlleve complicaciones económicas o técnicas con el equipo existente, o bien, que genere inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el poder adjudicador.

En lo que respecta al primer requisito para configurar esta causal que autoriza la modificación de un contrato en curso, esto es, el carácter necesario de las obras, servicios o suministros adicionales Isabel GALLEGO es de la idea que existe una estrecha relación entre una “necesidad nueva” y la “imprevisibilidad”, por lo que a su juicio no puede considerarse que cumple con el requisito impuesto por la norma aquella necesidad que, sin ser actual, desde el inicio de la licitación es previsible que surja durante el plazo de ejecución del contrato²⁸⁻²⁹.

Como se ha dicho, los requisitos son copulativos, por lo que además de las necesidades nuevas de prestaciones adicionales, se requiere que se cumplan los requisitos que la norma establece en relación con el cambio de contratista y a propósito de esto, comenta GALLEGO que en lo que respecta al concepto de “razones técnicas o económicas” que contempla la norma, este debe predicarse con carácter objetivo y por lo demás ha de ser objeto de una interpretación restrictiva a la luz de la jurisprudencia del TJUE, el que se ha pronunciado con un enfoque limitado, en supuestos similares en que se utiliza el procedimiento negociado.

El supuesto normativo en cuestión establece también un requisito cuantitativo, toda vez

²⁸ *Ibid*, p. 36.

²⁹ En contra, VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, cit. (n.5), p 125.

que señala que el incremento de precio resultante de las modificaciones no puede exceder del 50% del valor inicial del contrato. Este límite cuantitativo se aplica a cada una de las varias modificaciones sucesivas si estas existen, en cuyo caso, se establece que no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la Directiva de contratación.

Finalmente, a los requisitos ya señalados, se agrega uno de carácter formal, cual es la publicación de la modificación en un anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea.

3.2.4. Circunstancias imprevisibles.

Los modificados derivados de circunstancias que no han podido preverse, se regulan de la siguiente manera en el artículo 72, N° 1, letra c), de la Directiva:

Cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

- i) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever,*
- ii) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato,*
- iii) que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva;*

Las circunstancias imprevisibles han de serlo al tiempo de la adjudicación del contrato, es este el hito temporal que ha tenerse en cuenta para evaluar la previsibilidad o imprevisibilidad de una determinada circunstancia, tal como se desprende del considerando 109 de la Directiva.

Ahora bien, para saber qué se entiende por circunstancias imprevisibles, debe recurrirse al considerando ya referido de la Directiva de contratación, según el cual, circunstancias imprevisibles hacen referencia a *aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible.*

Es importante considerar lo que se ha expresado en el considerando 109 de la Directiva, ya que ha de entenderse que la razonable diligencia del poder adjudicador ha de medirse atendiendo sus particulares circunstancias, esto es, de manera subjetiva, ya que se deberán tener en cuenta diversos factores, como por ejemplo, los medios que ese poder adjudicador tiene a su disposición para efectos de poder prever o no una situación particular.

El hecho de que un determinado poder adjudicador, actuando con razonable diligencia, no haya podido prever la ocurrencia de una determinada circunstancia, no autoriza por sí sólo a la modificación del contrato, ya que se requiere además que esa modificación no altere la naturaleza de la contratación global y que el incremento del precio resultante, no sea superior al 50% del importe inicial. Este último requisito, de carácter cuantitativo, es coincidente con lo establecido en el supuesto anteriormente referido y constituye - por la

amplitud que representa - una de las cuestiones que ha merecido mayor crítica doctrinal³⁰.

3.2.5. Sustitución del contratista.

El autor VÁZQUEZ MATILLA plantea en relación con esta causal que constituye un cambio radical pese a la tradición jurídica española donde la cesión del contrato o la sustitución de los subcontratistas ha sido la regla general³¹.

El literal d), del número 1, del artículo 72 de la Directiva, consagra la causal vinculada a la sustitución del contratista señalando lo siguiente: *cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de: i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a), ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71.*

La regla general la constituye la prohibición de la cesión, permitiéndose la modificación sólo en los casos en que lo señala la normativa.

A este respecto, VÁZQUEZ MATILLA recuerda lo resuelto por el TJUE en el asunto *Presstext*, en que afirmó que *en general, debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, como una subcontrata*³².

Es del caso mencionar finalmente, que el considerando 110 de la Directiva ha justificado esta regulación en el respeto y protección a los principios de igualdad de trato y transparencia.

3.2.6. Modificaciones no sustanciales.

La letra e), del artículo 72.1, contempla el supuesto de modificaciones que no tengan el carácter de sustanciales, y para ello se remite al apartado 4 de la norma que se refiere a las modificaciones sustanciales.

Se establece en el apartado 2 de la norma un umbral *minimis*, ya que se establece que no habrá necesidad de comprobar si se cumplen o no las condiciones enunciadas en el apartado 4, letras a) a d) y no será necesario iniciar un nuevo procedimiento de contratación, si el valor de la modificación es inferior a los dos valores que indica: i) los umbrales indicados en el artículo 4 (estos corresponden a los que permiten distinguir entre contratos SARA y no SARA) y ii) el 10 % del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros y el 15 % del valor del contrato inicial en el caso

³⁰ GALLEGO CÓCOLES, Isabel, cit. (n.14), p. 41.

³¹ VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, cit. (n.5), p. 96.

³² *Ibid.*

de los contratos de obras.

VÁZQUEZ MATILLA no concuerda con la posibilidad otorgada por la directiva en relación con los umbrales que establece, ya que a su juicio no debiese permitirse una modificación del contrato si no existen circunstancias imprevisibles³³.

Además de la referencia a los umbrales señalados, se establece una prohibición de afectar la naturaleza global del contrato o acuerdo marco.

4. NORMATIVA ESPAÑOLA SOBRE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS.

4.1 Breve referencia a su evolución y normativa vigente.

El llamado *ius variandi* fue reconocido por primera vez en la Ley de Contratos del Estado, artículos 18 y 48, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril. Esta regulación no estableció límites de carácter objetivo a la modificación del contrato, así, no se circunscribió tal posibilidad a que se tratase de reformas de poca monta; como único requisito se señalaba que se requería que la modificación se justificara en razones de interés público y por otro lado, que mediara el consentimiento del contratista cuando se sobrepasara el porcentaje del 20% del precio inicial.

Luego la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, contempló con carácter general la posibilidad de modificar los contratos administrativos. El artículo 102.1 preveía dicha posibilidad, siempre que se justificase en razones de interés público, amparadas en necesidades nuevas o causas imprevistas y que esta situación se justificase suficientemente en el expediente. En estos términos lo mantuvo el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, considerando además que la modificación de los contratos podía imponerse unilateralmente por la Administración siempre que no comportara una variación, en más o en menos, del 20% de la cuantía del contrato.

Los supuestos que hacían procedente la modificación de un contrato fueron acotados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que pretendió limitar esta prerrogativa, disponiendo en su artículo 202 que *el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo (en el contrato) por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato*. Se elimina en esta normativa la posibilidad de justificar las modificaciones a un contrato en el surgimiento de necesidades nuevas, así como también se prohíbe que se altere sustancialmente el contenido del contrato.

Un régimen más estricto fue el que estableció la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. El origen de la nueva normativa en materia de modificación se vincula a un dictamen de la Comisión Europea, en que se indicó al Reino de España que su régimen de modificación de contratos, en los términos en que estaba previsto, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de

³³ *Ibid*, p. 97

marzo de 2004. La regulación de la Ley 2/2011, admite la modificación contractual en dos supuestos: cuando lo prevean los pliegos o el anuncio de licitación, detallando claramente las condiciones que la hacen procedente con indicación expresa del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar y los aspectos procedimentales, y cuando la modificación esté justificada por una serie de causas tasadas, no altere las condiciones esenciales de la licitación y no exceda el 10% del precio de adjudicación.

Esta regulación introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, se incorporó íntegramente al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, hoy vigente. Esta normativa no ha sido modificada, pero si se ha dictado una resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado, de fecha 28 de marzo de 2012, que promueve la interpretación conforme a la jurisprudencia del TJUE relativa a la modificación de contratos.

4. 2. Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público³⁴.

El nuevo paquete de Directivas del año 2014, otorgó al Estado Español la posibilidad de revisar críticamente su normativa, al mismo tiempo que demandó una adecuada transposición de la regulación europea.

Con el objeto de cumplir con la transposición de la Directiva 2014/24 UE, surge el texto normativo que se analiza a continuación y tiene como objetivos primordiales mejorar la transparencia y la competencia en la contratación, así como agilizar los procedimientos fomentando la utilización de medios telemáticos³⁵.

Se ha dicho del proyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público que se trata de un texto “continuista”, no obstante, existen notables diferencias que hacen que este texto pueda impulsar una diferente “gestión práctica” de la contratación pública.³⁶

Vinculado con el régimen de modificación de contratos contenido en este anteproyecto, el Consejo de Estado lo califica como un régimen más restrictivo que el que establecen las nuevas directivas, manteniendo la regulación del *factum principis*³⁷.

Esa normativa, se encuentra en los artículo 201 y siguientes del texto del anteproyecto. Siguiendo un esquema similar al de la Directiva 2014/24/UE, se mantiene la distinción entre las modificaciones que se previeron en el pliego y aquellas que no previeron, estableciendo respecto de estas últimas unos supuestos tasados que harían procedente la modificación. Esta distinción que enuncia el artículo 201, es desarrollada luego en los artículos 202 y 203.

³⁴ A la época de elaboración del presente trabajo, el texto normativo correspondía a un anteproyecto de ley, sin embargo, al tiempo de enviar este artículo para su publicación, dicho texto se encuentra concluido y ha sido aprobado en el Consejo de Ministros de 25 de noviembre de 2016, impulsándose en las Cortes Generales a través de la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas, mediante competencia legislativa plena y urgente.

³⁵ GIMENO FELIU, José María, cit. (n.16), p. 15.

³⁶ *Ibid*, p. 18.

³⁷ Dictamen N° 1.116/2015 del Consejo de Estado, p. 50.

En general, se reproducen las opciones que la Directiva ha considerado para efectos de otorgar a la Administración la posibilidad de modificar un contrato en curso, pero tal como se pone de manifiesto en el dictamen del Consejo de Estado, se advierte el endurecimiento de las condiciones para la modificación de los contratos, en un doble sentido: en primer lugar, en lo que respecta a la limitación cuantitativa contenida en el artículo 72.1 b) y c) de la Directiva 2014/24/UE, ya que esta norma fija un límite del 50% del valor del contrato, tanto respecto de las modificaciones consistentes en prestaciones adicionales, como también, cuando se trata de circunstancias imprevistas; de existir modificaciones sucesivas, dicho límite se aplicará al valor de cada una de ellas, siempre que con ello no se pretenda eludir las disposiciones europeas. A diferencia de la citada disposición, el artículo 203.2. a) y b), establece como límite de la modificación el 50% del precio inicial, límite que se aplicará tanto a una modificación aislada, como al conjunto de ellas si es que existen modificaciones sucesivas. El carácter restrictivo de esta disposición frente a la normativa comunitaria es claro.

En segundo lugar, en lo que dice relación con las modificaciones no sustanciales, las posibilidades de reforma son más reducidas en el anteproyecto. La Directiva dispone umbrales *de minimis*, por debajo de los cuales no es necesario un nuevo procedimiento de contratación, aquí se distingue el valor limitado de la modificación en base a dos umbrales, los generales de los contratos SARA y los porcentuales en función del tipo de contrato (10% del valor inicial del contrato en el caso de los contratos de servicios o de suministros o el 15% en el caso de los contratos de obras). Superándose los umbrales señalados, se precisa de una evaluación que se pronunciará sobre el carácter sustancial o no de la modificación, siendo posible la reforma únicamente en caso negativo.

El anteproyecto aborda este supuesto de forma diferente, así, no contempla umbral de *minimis*, en los términos de la Directiva, sino que se trata de límite porcentual máximo, ya que por sobre el monto señalado en el artículo 203.2 c), la reforma será sustancial e inadmisibles en lo que respecta al quantum.

Como comentario general al anteproyecto, en lo que respecta a la modificación de los contratos, conviene recoger la apreciación del Consejo de Estado, el que constata la reversión de la tendencia que siempre había manifestado la evolución legislativa, toda vez que, por primera vez, una regulación de la modificación de los contratos públicos es más laxa que la anterior. En efecto, siguiendo las pautas europeas, la reforma de los contratos públicos es admisible en más supuestos y con unos límites porcentuales mayores en el anteproyecto que en el vigente TRLCSP. En consecuencia, si bien el anteproyecto establece una regulación más restrictiva que la contenida en la Directiva de contratación, dicha regulación sigue siendo más laxa que sus antecesoras en el derecho español.

El balance es positivo, sin embargo, no puedo dejar de plasmar una importante crítica que realiza GIMENO FELIU, quien comenta lo dispuesto en el artículo 26.3 del anteproyecto, el que establece una opción que el citado autor califica como “disfuncional” en relación a los contratos privados, ya que para los poderes adjudicadores no administración pública se prevé que se aplicarán las reglas de la modificación contractual solo en contratos sujetos a regulación armonizada, lo que supondría un claro retroceso la lógica de la regeneración democrática y la prevención de la corrupción³⁸.

³⁸ GIMENO FELIU, José María, cit. (n.13), p.70.

5. ¿QUÉ OCURRE EN CHILE CON LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS?

Como punto de partida, valga mencionar que en Chile, la contratación administrativa está regulada por la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, de 30 de julio de 2003 y por el Decreto N° 250, de fecha 24 de septiembre de 2004, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886.

El párrafo tercero de la Ley N° 19.886 se titula “De las facultades de la administración” y como una de estas facultades el legislador chileno ha regulado de forma conjunta en una única norma la facultad de la Administración de terminar el contrato vigente o de modificarlo, así, el artículo 13 de la citada normativa señala:

Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas:

- a) *La resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes.*
- b) *El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante.*
- c) *El estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato.*
- d) *Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional.*
- e) *Las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o en el contrato. Dichas bases podrán establecer mecanismos de compensación y de indemnización a los contratantes.*

Las resoluciones o decretos que dispongan tales medidas deberán ser fundadas.

En términos bastante similares plantea el tema de la modificación y terminación anticipada del contrato el artículo 77 del Reglamento, el que contempla una causal adicional, cual es: *Registrar saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o con trabajadores contratados en los últimos dos años, a la mitad del período de ejecución del contrato, con un máximo de seis meses*³⁹.

³⁹ Artículo 77.- Causales de Modificaciones y Término Anticipado:

Los contratos administrativos regulados por este reglamento podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causales:

1. Resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes.
2. Incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante.
3. Estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato.
4. Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional.
5. Registrar saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o con trabajadores contratados en los últimos dos años, a la mitad del período de ejecución del

En lo que respecta a las causales que permiten a la Administración ejercer el *ius variandi*, del encabezado del artículo 13 de la ley, como el del artículo 77 del reglamento, se desprende que todas las causales que el legislador ha enumerado permiten tanto la modificación del contrato como su terminación anticipada, toda vez que utiliza la preposición “o”, lo que da cuenta de que la Administración tiene una opción en caso de que se presenten esas causales, pudiendo optar por la modificación del contrato, como por la terminación anticipada del mismo.

No obstante lo anterior, la adecuada exégesis de la norma en comento exige tener en cuenta lo dispuesto en el inciso final del artículo 77 del Reglamento de la Ley de Compras, inciso que se incorporó con la modificación del año 2015. El día 12 de mayo del año 2015 se publicó en el Diario Oficial de la República el Decreto N° 1.410 de 2014 que modifica el Decreto N° 250 que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886, norma consideró un periodo de vacancia de 90 días corridos, entrando en vigencia el día 10 de agosto del año 2015. El N° 28, del artículo único del citado Decreto N° 1.410, agregó el siguiente inciso final al artículo 77 del Reglamento: *Sin perjuicio de las demás causales establecidas en este artículo, cuando se trate de las causales contenidas en los numerales 1 y 6, la posibilidad de modificar el contrato deberá encontrarse prevista en las bases de la licitación. En tal caso, no podrá alterarse la aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, así como tampoco podrá aumentarse el monto del contrato más allá de un 30 % del monto originalmente pactado.*

Siendo el artículo 77 en comento una norma común a la modificación y terminación anticipada de un contrato por parte de la Administración, el inciso final de la norma viene a aclarar que -a pesar de la redacción del encabezado de la norma- sólo se aplican a la modificación del contrato en curso, las causales contenidas en los numerales 1 y 6 del artículo 77, esto es, la resciliación o mutuo acuerdo de los contratantes y las demás causales que se establezcan en las bases de licitación o en el contrato.

La conclusión anterior tiene apoyo en la historia fidedigna del establecimiento de la norma, ya que el proyecto de ley original, enviado por el poder ejecutivo al Congreso Nacional contemplaba una norma absolutamente diferente en materia de modificación de contratos, norma que no regulaba las causales que actualmente se establecen, lo que tiene una explicación bastante lógica, según se verá⁴⁰.

contrato, con un máximo de seis meses.

6. Las demás que se establezcan en las respectivas Bases de la licitación o en el contrato.

Sin perjuicio de las demás causales establecidas en este artículo, cuando se trate de las causales contenidas en los numerales 1 y 6, la posibilidad de modificar el contrato deberá encontrarse prevista en las bases de la licitación. En tal caso, no podrá alterarse la aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, así como tampoco podrá aumentarse el monto del contrato más allá de un 30 % del monto originalmente pactado.

⁴⁰ El tratamiento de esta materia se justificó de la siguiente manera den el mensaje presidencial: *La contratación pública de la administración, como se ha señalado, regularmente va asociada a la naturaleza de las prestaciones públicas en ella involucradas. De ahí entonces, que los contratos que celebre la administración puedan verse alterados por las necesidades a los cuales ellos van asociados.*

La mutabilidad del contrato ofrece una doble vertiente. De una parte, es la consecuencia del ius variandi que se reconoce a la administración; de otra, resulta de la admisión de una serie de teorías encaminadas a explicar, en beneficio del contratista, la adaptación del contrato a circunstancias sobrevinientes.

Sin embargo, la mutabilidad del contrato, que se justifica en el interés público involucrado, debe compatibilizarse con el derecho del contratista de la administración a que sus derechos sean debidamente

El proyecto de ley presentado por el ejecutivo, contemplaba el siguiente artículo 28 relativo a la modificación unilateral del contrato por parte de la Administración:

Artículo 28.- Una vez perfeccionado el contrato, el órgano o servicio respectivo podrá introducirle modificaciones por razones de interés público, originadas en necesidades nuevas o causas imprevistas. Las modificaciones deberán justificarse expresamente en la resolución que las disponga, procediendo a compensar al contratante con las indemnizaciones pertinentes, en caso de perjuicio, de acuerdo a lo que disponga el Reglamento. Las controversias que se susciten entre el contratante y el órgano contratante respecto de dicha indemnización, se resolverán en conformidad a lo señalado en el Capítulo VIII.

Las bases de licitación establecerán el monto máximo de las nuevas prestaciones que el contratante puede estar obligado a realizar, o que le pueden ser disminuidas en virtud de lo dispuesto en el inciso precedente, así como el plazo máximo dentro del cual podrá ordenarse la modificación del contrato. Si las bases nada dicen a este respecto, el monto máximo de estas nuevas prestaciones o de la reducción de las pactadas no podrá exceder del 40% del monto total de las prestaciones originalmente convenidas, considerando el valor definido en el contrato, y no podrán ser requeridas en una fecha posterior al cumplimiento de la mitad del plazo total del contrato, salvo que haya acuerdo con el contratante.

Las modificaciones del contrato se harán mediante resolución fundada expedida por el jefe superior del servicio respectivo, la que deberá fundarse, además, en el informe favorable de la Dirección de Compras y Contratación Pública, cuando ello proceda de acuerdo al artículo 25, letra b).

Esta norma fue reemplazada a propósito de la indicación sustitutiva que el poder ejecutivo realizó al proyecto de ley, pasando a regularse la modificación del contrato en el artículo 11 del proyecto, el que sólo establecía que la modificación era procedente por causa de interés público. Fue en el segundo informe de la Comisión de Hacienda en que se optó por refundir esta norma con aquella referida a la terminación anticipada de los contratos, pues a juicio de uno de los Diputados presentes, *se convierte en “letra muerta” todo lo legislado en el proyecto al facultar a la Administración para modificar los contratos por causa de interés público y más aún al permitir decidir su término anticipado*⁴¹.

En definitiva, cuando se refundieron ambos artículos, uno referido a la modificación del contrato y otro referido a la terminación anticipada del mismo (11 y 12 del proyecto, respectivamente), lo único que se hizo fue agregar al artículo 12 la posibilidad de que la Administración, además de terminar anticipadamente el contrato, pudiera modificar el mismo por las causales que allí se señalan, causales que se mantuvieron de la redacción anterior, es decir, causales que originalmente se previeron para el término anticipado del contrato.

Por lo expuesto precedentemente se insiste que, en Chile la modificación del contrato es procedente de común acuerdo por los contratantes y, por otro lado, en todos los demás

garantizados. Por ello, el proyecto garantiza patrimonialmente al contratante frente a la mutabilidad del contrato, sea a través del alza del precio, sea a través de la indemnización correspondiente. Historia de la Ley N° 19.886, cit. (n.7), p. 14.

⁴¹ *Ibid*, p. 100.

supuestos que establezcan las bases de licitación o el contrato. En ambos casos se exige además que la posibilidad de modificar el contrato esté prevista en las bases de licitación y que no se alteren los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, así como también que no se aumente el monto del contrato más allá de un 30% del monto originalmente pactado.

Claramente la modificación introducida al reglamento es de gran importancia, ya que considera un límite cuantitativo al ejercicio del *ius variandi*, que antes no existía.

Sin perjuicio de que la reforma del año 2015 ha sido un aporte en la materia, no puedo más que expresar la amarga sensación que queda luego del análisis de la norma en cuestión. Al comienzo de este trabajo me planteé la posibilidad de concluir con un análisis comparativo de las normas de la Directiva 2014/22/UE, las normas españolas y la chilena, comparación que me permitiría analizar críticamente la regla imperante en este ordenamiento jurídico, sin embargo, no puedo dejar de preguntarme si tal comparación vale la pena, luego de constatar que la norma que regula la modificación de contratos en Chile constituye una regla originalmente destinada a prever supuestos en que la Administración podría terminar anticipadamente el contrato.

A pesar de lo anterior, conviene comentar que el primer supuesto en que la norma chilena autoriza la modificación de un contrato es el mutuo acuerdo de los contratantes, causal que configuraría lo que la doctrina española ha denominado cláusulas de revisión⁴² y comparando la normativa chilena con la de la Directiva 2014/24/UE, es deseable que no sólo se exija que conste en las bases o en el contrato la posibilidad de introducir una modificación de común acuerdo, sino que además, como lo exige la Directiva, que se establezcan de forma *clara, precisa e inequívoca* los supuestos en que podrá modificarse el contrato, aun de común acuerdo por las partes.

El segundo supuesto en que la norma chilena permite la modificación de los contratos, es bastante amplio, pudiendo comprenderse en él las causales que la normativa europea ha señalado de forma tasada, ya que se requiere únicamente que se contemple la opción en las bases de licitación o en el contrato y que se respete el límite cuantitativo establecido, esto es, el 30% del monto original pactado. Si bien la norma nada dice en relación a la aplicación del límite cuantitativo a cada una de las modificaciones sucesivas, si las hubiere, o al total de todas ellas, una interpretación ajustada a los principios de la contratación, lleva a determinar que dicho límite ha de aplicarse al total de todas las modificaciones que pudiesen existir al contrato.

La conveniencia de adecuar la normativa chilena está a la vista, se trata de una norma cuyo objeto de regulación era distinto y al incorporarse dentro de la prescripción el supuesto de modificación contractual, éste fue pobremente regulado.

6. CONCLUSIÓN

La modificación unilateral de un contrato en curso por parte de la Administración se inserta dentro de las potestades exorbitantes que clásicamente se han atribuido a la Administración del Estado cuando celebra un contrato administrativo, potestades que se han justificado en el interés público que representa la Administración. El interés público

⁴² Vid. Supra 2.2.

como fundamento de la potestad de modificación unilateral del contrato por parte de un órgano contratante, se subordina hoy a aquellos principios de la contratación que se erigen como objetivo y finalidad de toda la normativa sobre contratación pública.

Es claro que el surgimiento de los principios de la contratación pública, alguno de los cuales incluso se afirman como globales, ha moldeado una facultad de la Administración Pública que se encontraba bastante asentada y que – escudada en su fundamento de interés público – era ampliamente aceptada en términos casi absolutos, o al menos, con bastantes menos límites que los que hoy se plantean. Esta nueva configuración del *ius variandi* que conlleva un respeto a los mencionados principios ha sido más lograda por unas legislaciones que por otras, cuestión que queda de manifiesto de la comparación del escenario normativo europeo, español y chileno.

La Directiva 2014/24/UE, en su afán de incorporar la jurisprudencia del TJUE, se hizo cargo, por primera vez, de la etapa de ejecución del contrato y reguló en particular la posibilidad de modificar contratos en curso. Si bien, la técnica legislativa puede ser cuestionable, en lo relativo al fondo de la norma, salvo determinadas excepciones, ha sido valorada positivamente por respetar los principios de la contratación que han de constituir un límite a la potestad exorbitante en estudio.

En España a partir del año 2011, se ha ajustado a los principios de la contratación la normativa que regula el denominado *ius variandi*, constatándose que en las distintas modificaciones se ha tendido a limitar los supuestos en que la modificación unilateral del contrato es procedente. El TRLCSP, hoy vigente, se encuentra pronto a ser derogado una vez que se apruebe como ley el texto del anteproyecto que se ha analizado en el presente trabajo y cuya particularidad es que si bien consagra una normativa más estricta que la contenida en la Directiva 2014/24/UE, dichas normas son más laxas que las contenidas en la ley vigente. En general, se ve con buenos ojos el texto del anteproyecto, salvo algunas observaciones de las que se ha dejado constancia en el texto del trabajo.

Finalmente, y como aquel escenario – de los analizados - en que se encuentra menos lograda esta nueva configuración del *ius variandi*, se concluye que si bien en el ordenamiento jurídico chileno, la situación mejoró a partir de la reforma que sufrió el reglamento de la Ley N° 19.886 en el año 2015, según la cual la modificación del contrato en curso por parte de la Administración debe respetar el principio de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, así como el límite cuantitativo del 30% del monto originalmente pactado, los supuestos contemplados siguen teniendo una amplitud poco conveniente de cara a los principios de la contratación. Así, y como resultado del análisis comparativo de la normativa europea y española, se propone restringir los supuestos que permiten el ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración del Estado, por ejemplo, en términos de exigir que la posibilidad de modificación no esté contemplada en términos generales en las bases de licitación, sino que se indique en términos precisos, claros e inequívocos los supuestos que harán procedentes esa modificación al contrato.