

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

La resolución del contrato público por imposibilidad legal de modificarlo

Rafael Domínguez Olivera
Abogado del Estado

I. Introducción

El artículo 73 de la Directiva 2014/24/UE ordena a los Estados miembros velar por que los poderes adjudicadores *“tengan la posibilidad”* de rescindir un contrato público cuando *“haya sido objeto de una modificación sustancial, que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación con arreglo al artículo 72”*.

Sin embargo, el artículo 212.2 de la LCSP preceptúa que 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”*.

Es decir, donde la Directiva alude a *“la posibilidad”* de resolver el contrato, la LCSP impone una obligación: *“darán siempre lugar”* a la resolución.

Resolver el contrato *“siempre”* contrasta con la redacción de la Directiva y también con nuestra legislación de contratos que (con alguna excepción que analizaremos) nunca obligó a resolverlos por imposibilidad de modificarlos. Tampoco los demás países europeos han regulado esa *“posibilidad”* como obligación (o lo han hecho de forma más ambigua; como es, en este aspecto, la propia Directiva).

Resolver *“siempre”* sacrifica la eficacia de la Administración (principio de rango constitucional; artículo 103) en favor de la competencia. El principio de eficacia exige conservar el contrato y dar una respuesta rápida a la necesidad de modificarlo; para el principio de competencia no importa tanto el tiempo y el dinero empleados en resolver y licitar, como la nueva oportunidad de ofrecer al mercado el contrato modificado.

Ahora bien, el principio de competencia pierde al menos parte de su sentido cuando, en un mismo mercado, solo lo aplican algunos. Es lo que ocurriría si, con base en la misma Directiva y ante idéntica necesidad de modificar un contrato, unos países se obligan a resolver y relicitar; mientras otros solventan con eficacia la situación, modifican ampliamente el contrato sin abrir su mercado y, a la vez, se benefician de la apertura al mercado que deciden los demás.

Dado que en todo contrato público está presente el interés general, la decisión de terminarlo anticipadamente debería adoptarse ponderando todas las circunstancias que en cada caso concurren, especialmente en contratos que comprometen importantes sumas de dinero público o satisfacen una demanda social inaplazable. Cabe la duda de si esa ponderación puede ser el resultado matemático de calcular un porcentaje máximo de modificación, aplicado por igual a todos los contratos y en cualesquiera circunstancias.

La modificación de los contratos es uno de los aspectos más complejos (si no el más) de la contratación pública, para el que no valen las respuestas sencillas. Creer que solo por volver a licitar quedarán purgados los males de la modificación es desconocer que una parte de ellos radica en la licitación misma: Casi de forma sistémica, las licitaciones, por un lado, se basan en proyectos o prescripciones técnicas que luego se revelan inadecuados y, por otro, dan lugar a ofertas tan bajas que después el contratista se resiste a cumplir. Si la modificación (como suele ocurrir) estuviera relacionada con alguna de esas circunstancias, lo presumible es que el mismo patrón se repita en la segunda licitación que, por ello, no resolvería el problema (pero lo puede agravar).

Se examinará a continuación el régimen de LCSP sobre la resolución obligatoria en caso de modificación sustancial del contrato, sus consecuencias jurídicas y las posibles alternativas a esa regulación legal.

Procede aclarar antes que, aunque se aluda a la Administración, las consideraciones que siguen son extensibles a los poderes adjudicadores que no sean Administración Pública (en los términos regulados por el artículo 313.2 de la LCSP).

II. Antecedentes legislativos y cambio de criterio

Nunca, hasta la Ley de Economía Sostenible (año 2011), la legislación de contratos obligó al órgano de contratación

“Casi de forma sistémica, las licitaciones, por un lado, se basan en proyectos o prescripciones técnicas que luego se revelan inadecuados y, por otro, dan lugar a ofertas tan bajas que después el contratista se resiste a cumplir”

a resolver un contrato por causa de una modificación sustancial. La modificación siempre fue una prerrogativa de la Administración, y no un límite.

En un ejemplo todavía reciente, referido a una obra modificada en un 82,21%, el Consejo de Estado dictaminaba: *“La sola existencia de un proyecto reformado que supere el 20% no significa la necesaria ruptura del vínculo contractual. Y otro tanto cabría decir cuando la modificación represente una alteración sustancial del proyecto inicial. La Administración está facultada para resolver el contrato, pero puede optar por la continuidad si el contratista acepta la propuesta y es más conveniente para el interés general”* (dictamen nº 1820/2000; de 15 de junio de 2000).

Por supuesto que, en la doctrina y la jurisprudencia de todos esos años, y para casos particulares, hay interpretaciones que matizan o contradicen tales consideraciones; pero, en la ley, el único límite a la subsistencia del contrato en caso de modificación era la voluntad del contratista, facultado para pedir la resolución si aquella excedía del 20% (por ejemplo, artículo 112.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000).

Fue la Comisión Europea la que, al entender que ese régimen legal vulneraba la entonces vigente Directiva 2004/18/CE (que, por cierto, nada decía sobre modificación de contratos), impulsó al Reino de España a aprobar la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; que reformó la LCSP: la nueva ley obligó a resolver todo contrato en caso de modificación sustancial y calificó como tal la que excediera del 10%. Todo ello, decía la exposición de motivos de la ley, *“teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión”*.

Pero algo debió de ocurrir en Europa para que, en solo tres años, tanto cambiara. Cuando se tenía ya la ocasión de extender a toda la Unión Europea esas mismas recomendaciones dadas en 2011 al Reino de España, resulta que, para las Directivas de 2014, la resolución del contrato es una *“posibilidad”* y

se admiten modificaciones, incluso sucesivas, cada una del 50%.

No se sabe qué motivó ese cambio de criterio (este sí, sustancial sin duda) en las instituciones europeas. Pero, por ejemplo, coincide que mientras se elaboraban esas las Directivas de 2014 se ejecutaban también las obras del edificio de la Filarmónica del Elba, en Hamburgo, presupuestadas en 77 y ejecutadas por 789 millones de euros tras siete años de retraso. Si a ese contrato alemán se le hubiera aplicado nuestra Ley de Economía Sostenible (con su límite del 10%), debería haber sido resuelto y relicitado diez veces. La misma coincidencia temporal se daba con las obras del nuevo aeropuerto de Berlín, cuya inauguración se espera para este año 2020 (el previsto era 2011) y cuyo presupuesto inicial (dos mil millones de euros) se ha triplicado (en <https://www.flughafen-berlin-kosten.de/> hay un contador actualizado del coste de este aeropuerto). Pues bien, ya que de volar se trata, daría vértigo calcular el 3% de lucro cesante que se habría abonado cada vez que en ese aeropuerto se hubiera resuelto un contrato por superar el 10% de modificación.

III. La Directiva 2014/24/UE

Al regular la resolución de contratos por modificación sustancial, la Directiva 2014/24/UE es más contradictoria que ambigua: El artículo 73 (referido a la resolución de los contratos) exige que el órgano de contratación tenga *“la posibilidad”* de resolver el contrato ante una modificación que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación. Pero antes, el artículo 72 (relativo a las modificaciones permitidas) dice que *“será prescriptivo”* un nuevo procedimiento de contratación cuando una modificación no sea subsumible en este precepto.

Los considerandos 107 y 112 de la Directiva recogen igualmente esa dualidad entre la *“posibilidad”* de rescindir un contrato y la *“obligación”* de iniciar un procedimiento de contratación.

En otros aspectos relativos a la modificación, la Directiva es solo ambigua. Su

“Nunca, hasta la Ley de Economía Sostenible (año 2011), la legislación de contratos obligó al órgano de contratación a resolver un contrato por causa de una modificación sustancial. La modificación siempre fue una prerrogativa de la Administración, y no un límite”

artículo 72 está plagado de conceptos jurídicos indeterminados según los cuales una modificación es sustancial si altera “la naturaleza global del contrato”, si da lugar a un contrato “de naturaleza materialmente diferente” o si “amplía de forma importante el ámbito” del contrato. El efecto será, a escala europea, que unos órganos de contratación y tribunales considerarán “global”, “material” o “importante” la modificación que otros entenderían parcial, no sustancial o no tan relevante.

Ni siquiera las matemáticas son ciertas en la Directiva, pues los porcentajes empleados tampoco permiten conocer qué modificación es sustancial; al contrario, lo dificultan: Según la Directiva la modificación “no excederá del 50 %”; pero, en caso de “varias modificaciones sucesivas”, ese límite se aplica “al valor de cada una”. Es decir, un contrato puede más que duplicar su precio sin que, para la Directiva, eso sea necesariamente una modificación sustancial.

La vaguedad de la Directiva se torna en acertijo cuando exige adivinar qué licitadores y ofertas se habrían presentado a una licitación que nunca ocurrió. Según la Directiva [copiada en el artículo 205.2.c).1º de la LCSP] es sustancial la modificación que “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”. Pues bien, es difícil adivinar, en los procedimientos en curso, qué licitadores se presentarán o qué ofertarán; pero es sencillamente imposible hacerlo con una licitación inexistente.

En fin, volviendo la resolución por causa de imposibilidad, la aparente contradicción entre los artículos 72 y 73 tiene su reflejo en la página 116 de la “Guía práctica de contratación pública para profesionales” (editada por la Comisión Europea en febrero de 2018). Se dice en ella que, ante una modificación sustan-

cial, “cabe la posibilidad de que los poderes adjudicadores tengan que rescindir” el contrato; y (por si se hubiera entendido la expresión anterior), se añade después que, en tal caso, los poderes adjudicadores “pueden rescindir” el contrato.

IV. Derecho comparado

La regulación de nuestra LCSP (resolver “siempre” ante una modificación sustancial) contrasta con la legislación de otros países europeos, donde resolver por esta causa es una “posibilidad”; incluso regulada con la ambigüedad de la propia Directiva.

Por ejemplo, en Francia, el artículo L2195-6 del “Code de la commande publique 2020” establece que el órgano de contratación “peut résilier” (puede rescindir) el contrato en caso de modificación sustancial. Además, el Código francés sigue plenamente la Directiva y permite modificaciones sucesivas, cada una del 50%.

En Italia, el artículo 108 del “Codice dei contratti pubblici (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50)” regula por separado los casos en que el órgano de contratación “devo risolvere” o “possono risolvere” el contrato; entre estos, cuando “il contratto ha subito una modifica sostanziale”.

También el Reino Unido regula esta causa de resolución como “facultad”. “The Public Contracts Regulations 2015” obligan a incluir en los contratos disposiciones “enabling to terminate the contract” en caso de modificación sustancial (artículo 73). En su Nota explicativa, el “Crown Commercial Service” es más claro y dice que se trata de una condición “that allows, but does not require, termination where the contract has been substantially modified” (“Reform of the EU procurement rules-public sector; Briefing for Procurement Practitioners”).

V. La seguridad jurídica

Por paradójico que resulte, la seguridad jurídica proporcionada por la Directiva 2014/24/UE consiste en no saberse de antemano qué modificación es sustan-

cial, por lo que tampoco de la Directiva surge la obligación taxativa de resolver ningún contrato. Al no vincular la modificación sustancial a un porcentaje y regular la resolución como “posibilidad”, la Directiva concede a los Estados un margen, impreciso pero real, para conservar el contrato.

Sin embargo, la LCSP, ha reducido y tasado el porcentaje máximo de la modificación, lo ha vinculado al concepto de modificación sustancial y obliga a resolver el contrato “siempre” que ese porcentaje se supera. Por tanto, la subsistencia del contrato depende de un cálculo matemático; si la modificación necesaria supera el 50% (artículo 205 de la LCSP), el contrato debe extinguirse.

VI. Un ejemplo práctico:

Los sobrecostes en las obras

El artículo 205.2 de la LCSP regula tres modalidades de modificaciones no previstas: a) para incorporar prestaciones adicionales, b) por circunstancias imprevisibles y c) las que, por su importe, no son sustanciales.

La suma de todas ellas tiene como límite global el 50% (“conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo”; dice el artículo 205.2 de la LCSP).

No es infrecuente que, en un contrato de obras de cierta entidad, sea necesario ejecutar obras adicionales o complementarias (desde siempre admitidas por las Directivas europeas hasta el límite del 50%). En tal caso, ejecutadas las obras adicionales hasta ese 50%, ninguna circunstancia imprevisible, por nimia que sea, podría ocurrir ya al contrato que se rija por la LCSP. Cualquier necesidad de modificación que sobreviniera obligaría resolverlo (abonando al contratista saliente el 3% de la prestación dejada de realizar y sin que este cobro le impida, en la nueva licitación, volverse a adjudicar el contrato modificado; si bien no necesariamente con una oferta mejor a la del contrato inicial).

Por otra parte, la LCSP no especifica si, en caso de modificaciones sucesivas

al alza y a la baja, el límite del 50% se aplica en términos absolutos o sin consideración al signo positivo o negativo de cada modificación. Si se siguiera esta segunda tesis (la expresión legal es “alteración” en la cuantía del contrato), y tomando de nuevo de ejemplo el contrato anterior, podría ocurrir esto: alcanzado el 50% con la obra adicional, puede surgir como circunstancia imprevisible (lo ha sido en muchos contratos) que las restricciones presupuestarias obliguen a reducir la prestación a ejecutar por el contratista (para rebajar así el precio). Pues bien, si no se admitiera ya más “alteración” en el precio, incluso a la baja habría, que resolver el contrato (es decir, en medio de las restricciones presupuestarias, se generaría una deuda del 3% por lucro cesante en favor del contratista y se dejaría un contrato a medio ejecutar; pues será difícil volverlo a licitar).

En fin, no es igual suministrar una fotocopiadora que construir un pantano. Las grandes obras públicas rara vez (más bien nunca) se ejecutan cumpliendo estrictamente las previsiones técnicas y económicas del proyecto inicial. Ocurre en todo tiempo y lugar. Son ilustrativos los datos recopilados del artículo “Cost Underestimation in Public Works Projects: Error or Lie?” (Bent Flyvbjerg y otros) donde se explica cómo el presupuesto de las obras para el canal de Suez se multiplicó por veinte y por dos el del canal de Panamá y el del “Eurotunnel”. Por supuesto que este resultado no es nada satisfactorio, pero si cada vez que los sobrecostos hubieran llegado al 50% hubiera habido que resolver y relicitar esos contratos, es dudoso que hoy estuvieran navegando los barcos o circulando los trenes.

VII. Los abusos en la modificación

La modificación de los contratos es un caldo de cultivo idóneo (como tantos otros) para incumplir las normas y principios que rigen la contratación pública.

La falta de rigor en modificación puede desvirtuar la esencia misma de la lici-

tación: la expectativa de la modificación incentiva al licitador a ofertar una baja que, aunque inviable, le permite adjudicarse el contrato; en cuyo caso, la modificación será ya inevitable. Es difícil romper ese círculo vicioso que lleva al licitador y al órgano de contratación a presentar y aceptar ofertas económicamente irreales. El control de las ofertas presuntamente anormales debería corregir esos problemas, pero la práctica demuestra que no siempre es así.

La modificación de los contratos (y no solo la modificación) puede emplearse también para cometer otras ilegalidades que entrarían ya en el ámbito del Derecho penal.

Deben ser evitados y corregidos todos esos fallos, abusos e irregularidades en la modificación de los contratos; pero la tarea es compleja y ardua. La historia demuestra que muchos de los problemas que ahora suscita la modificación de los contratos no son muy diferentes a los del pasado; sin que se haya conseguido resolverlos. En “De Architectura”, Vitruvio (siglo I a. de C.) se lamentaba por los sobrecostos de las obras públicas en Roma y ponía de ejemplo a la ciudad griega de Éfeso donde, para evitarlos, se obligaba a los arquitectos a asumir a su cargo parte del sobreprecio. Hubiera sido interesante poder contrastar ese relato con la versión de los propios ciudadanos de Éfeso; porque, vista la experiencia de los siglos posteriores, es dudoso que en Éfeso rigiera efectivamente esa norma.

VIII. La resolución obligatoria en la LCSP

Como es sabido, la regla general en nuestro Derecho es que la resolución de los contratos administrativos es potestativa; salvo declaración de insolvencia del contratista o (el caso que estamos examinando) cuando las modificaciones no se ajusten a los artículos 204 y 205 de la LCSP (artículo 212.2 de la LCSP).

Concretamente, el artículo 211.1.g) de la LCSP obliga resolver el contrato cuando, por este orden, sea inejecutable (cumpliendo sus estipulaciones no

“La modificación de los contratos es un caldo de cultivo idóneo para incumplir las normas y principios que rigen la contratación pública. La falta de rigor en modificación puede desvirtuar la esencia misma de la licitación: la expectativa de la modificación incentiva al licitador a ofertar una baja que, aunque inviable”

“La conclusión podrá ser que, legalmente, la modificación es posible (en cuyo caso la Administración modificará el contrato y no incoará el expediente de resolución) o imposible (por lo que habrá que resolver el contrato)”

se puede obtener el resultado pactado y legalmente inmodificable (el cambio de estipulaciones requerido no cumpliría con los artículos 204 y 205 de la LCSP): *“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”*.

Se examinarán a continuación algunas de las cuestiones que suscita este precepto.

IX. La imposibilidad de ejecutar la prestación inicial

Es imposible ejecutar un túnel sin excavar el terreno. Si el desafortunado proyecto de ese contrato de obras no incluyera ninguna unidad de obra de excavación, sería imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados. Pero, si para incorporar esas unidades de obra al proyecto se altera la cuantía del contrato en más del 50%, la LCSP obliga a resolverlo y licitar de nuevo.

Ahora bien, el defecto del proyecto podría consistir en incluir materiales de baja calidad que la Administración, una vez conocida la situación, pretenda cambiar por otros. En este caso, no sería *“imposible”* ejecutar el túnel, pero el túnel inicialmente proyectado tampoco es el que ahora quiere recibir la Administración. Si, al incorporar las nuevas unidades de obra de mejor calidad, se incrementa el precio en más del 50%, parece que igualmente habría que resolver el contrato y licitar de nuevo.

Este segundo ejemplo (más frecuente en la práctica que el primero) puede ser fuente de controversia entre la Administración y el contratista: En la tesitura de quedarse sin contrato o ejecutar una obra de baja calidad, el contratista

preferirá normalmente lo segundo. Para ello, argumentará que no es *“imposible”* construir el túnel proyectado, por lo que tampoco podría resolverse el contrato con el artículo 211.1.g) de la LCSP. Si se aceptara esa interpretación de *“imposible”*, a la Administración solo le quedaría esta alternativa: aceptar un túnel de baja calidad (el proyectado, que no quiere pero tampoco puede modificar) o desistir del contrato (en este caso, abonando el beneficio industrial del 6%).

Por tanto, el primer escollo para aplicar el artículo 211.1.g) de la LCSP será determinar qué se entiende por *“imposibilidad”*: la inviabilidad objetiva de realizar la prestación (según el sentido literal de *“imposible”*) o la ineptitud de la prestación realizable para conseguir con ella el fin pretendido por la Administración contratante, incluso si este obedeciera a un cambio de criterio posterior a la licitación (en coherencia con la idea de que el contrato satisface un fin público que define en cada momento a la Administración).

X. La imposibilidad de modificar el contrato

Una vez constatada la imposibilidad de ejecutar el contrato sin modificarlo, el paso siguiente para aplicar el artículo 211.g) de la LCSP sería examinar si esta modificación es legalmente posible.

Por tanto, la conclusión podrá ser que, legalmente, la modificación es posible (en cuyo caso la Administración modificará el contrato y no incoará el expediente de resolución) o imposible (por lo que habrá que resolver el contrato).

También aquí la controversia puede estar servida, pero con diferentes protagonistas: La decisión de modificar el contrato será impugnabile por los que, contra el criterio de la Administración, consideren que esa modificación era legalmente imposible. Por el contrario, la decisión de resolver el contrato será recurrible por el contratista alegando, bien que no era preciso modificar el contrato, o bien que la modificación necesaria era legalmente posible.

Conforme a los artículos 204 y 205 de la LCSP, la imposibilidad de modificar puede ser de porcentaje o de concepto: cuando la modificación supera el porcentaje legal máximo; o cuando, sin superar ese porcentaje, dadas sus características, es calificable como sustancial (*“altera la naturaleza global del contrato”*, etc.).

En ambos casos, la previsible disputa no augura nada bueno para la adecuada terminación del contrato: Si la imposibilidad se debe al porcentaje, el contratista podrá oponerse al cálculo de la Administración ofreciendo una alternativa de ejecución más barata (aunque peor) que no alcance ese 50%. Si la imposibilidad se basa en que la Administración estima que la modificación alteraría *“la naturaleza global del contrato”*, el contratista podrá sostener lo contrario (y encontrará argumentos para ello, ya que no se sabe qué significan concretamente esa y otras expresiones por el estilo empleadas en la Directiva y en los artículos 204 y 205 de la LCSP).

Cuando la imposibilidad de modificación es de concepto, se convierte además en una excepción al carácter obligatorio de la modificación. Según el artículo 206 de la LCSP, las modificaciones aprobadas por la Administración *“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”*. Ahora bien, una modificación puede ser inferior al 20% y merecer la consideración de sustancial; lo que podrá ser alegado por el contratista para negar su obligación de cumplir esa modificación inferior al 20%.

XI. El acuerdo de incoación y las medidas provisionales

Para aplicar el artículo 211.1.g) de la LCSP es suficiente que el acuerdo que incoa el expediente de resolución justifique la imposibilidad de ejecutar y modificar el contrato.

A propósito de un contrato de obra que se regía ya por la reforma de la Ley de Economía Sostenible; el Consejo de Estado ha considerado suficiente, para fundamentar la resolución, el informe del Director facultativo que justificaba la necesidad de modificar el proyecto y *“calculaba que el importe de la modificación necesaria suponía un 12,96%”* (entonces el límite legal era del 10%; dictamen nº 992/2018, de 24/01/2019 y, en términos similares, dictamen nº 195/2015, de 09/04/2015).

Al incoar el expediente de resolución, el artículo 213.6 de la LCSP permite iniciar ya el procedimiento para adjudicar el nuevo contrato; si bien esta adjudicación *“quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución”*. Puesto que es una adjudicación cuyos efectos están suspendidos, no parece que, mientras se mantenga esa situación, sea recurrible.

El mismo artículo 213.6 de la LCSP obliga al contratista a *“adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado”*. También permite que sea la Administración *“con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero”* la que adopte tales medidas provisionales.

XII. La resolución del contrato y su impugnación

Tras el trámite de audiencia y los informes preceptivos (del Servicio Jurídico en todo caso y del Consejo de Estado si media la oposición del contratista) el expediente concluye con una decisión *“inmediatamente ejecutiva”*, que *“pone fin a la vía administrativa”* y que extingue anticipadamente al contrato (artículo 191 de la LCSP).

Ese acuerdo de resolución del contrato por la causa del artículo 211.1.g) de la LCSP no está entre los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación mencionados en el artículo 44 de la LCSP; por lo que será impugnado directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa.

La pretensión que normalmente se articulará en ese recurso será la de anulación del acto que resuelve el contrato; seguramente fundada en la posibilidad de ejecutar el contrato, ya sea sin modificarlo o con una modificación subsumible en los artículos 204 y 205 de la LCSP.

Si, como sería previsible, es el contratista el que impugna el acuerdo de resolución, junto con la anulación podrá pedir *“el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios”* (artículo 31 de la LRJCA).

XIII. La modificación del contrato y su impugnación

Podría ocurrir que, apreciada la imposibilidad de ejecutar el contrato inicial, la Administración considere legalmente posible modificarlo. En tal caso, aprobará la modificación y no aplicará la causa de resolución del artículo 211.g) de la LCSP.

Es entonces cuando, conforme al artículo 44.2.c) de la LCSP, cabe recurso especial en materia de contratación; al ser recurribles *“las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación”*.

Si se estimara el recurso, la modificación aprobada (en tanto no amparada por los artículos 204 y 205 de la LCSP) dejará de surtir efecto. Pero ello no debería significar que el contrato tenga que resolverse; pues cabría retrotraer el expediente al momento de aprobarse la modificación anulada y, en su caso, aprobar otra que cumpla con dichos preceptos (artículo 51 de la LPAC).

Para impugnar la modificación supestandamente contraria a los artículos 204 y 205 de la LCSP podrían estar legitimados, entre otros, los terceros que invoquen el artículo 205.2.c).1º de la LCSP; es decir, que habrían sido *“candidatos distintos de los seleccionados inicialmente”* o que habrían presentado

“una oferta distinta a la aceptada inicialmente” (ya se ha comentado más arriba la peculiar actividad probatoria que exige esta norma).

Una vez aprobada y publicada la modificación (artículo 63.2 de la LCSP) comienza el plazo para recurrirla (artículo 50.1 de la LCSP). Es decir, el recurso contra la modificación se tramita al mismo tiempo que se está ya ejecutando el contrato modificado (como puede imaginarse, tampoco ese es el escenario más propicio para que la ejecución del contrato discurra con normalidad).

XIV. La maraña previsible de recursos

La fijación de unos porcentajes máximos a la modificación, la obligación de resolver *“siempre”* el contrato y la posibilidad de recurrir la modificación mientras se ejecuta el contrato modificado; facilitan que pueda darse una multiplicidad de recursos encadenados que perturben la ejecución del contrato y generen obligaciones de resarcimiento a cargo de la Administración.

Por ejemplo, en un contrato que tenga cierta entidad y duración, puede perfectamente ocurrir que la Administración se vea obligada a resolverlo (si es imposible de modificarlo) y que el contratista impugne tal decisión (alegando que la modificación, o no es necesaria, o sería legal). Al iniciar ese expediente de resolución, una Administración diligente convocaría ya la nueva licitación, para que un segundo contratista continúe ejecutando el contrato resuelto. Lo previsible sería que el contratista saliente impugne la adjudicación de este nuevo contrato (alegando que nunca debió producirse, pues el primer contrato no debió resolverse). Para esta impugnación, el contratista saliente tiene dos vías: el recurso especial (que paralizaría la formalización del nuevo contrato) o el recurso contencioso administrativo (separadamente o pidiendo la acumulación al recurso que ya tiene contra la resolución del contrato). Sin ahondar en el impredecible resultado de las medidas cautelares de cada recurso, si la sentencia diera la ra-

zón al primer contratista la Administración podría verse obligada a reponerlo en el contrato indebidamente resuelto y, por ello, a resolver el contrato con el segundo contratista.

Es difícil imaginar que esa situación no acabe paralizando el contrato. También será difícil justificar el pago de dos indemnizaciones, a dos contratistas, y por el lucro cesante de un solo contrato.

XV. La indemnización

Resolver un contrato no suele ser sencillo ni barato, menos si el contrato que se extingue a medio ejecutar tiene cierta complejidad y entidad económica; y, todavía menos, si se opone a ello el contratista.

La resolución del contrato por la causa del artículo 211.g) obliga a la Administración a indemnizar al contratista *“con un 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar”* (artículo 213.4 de la LCSP). Si, como es frecuente, la necesidad de modificar el contrato se pone de manifiesto al poco de iniciarse su ejecución, ese 3% se aplicaría sobre la práctica totalidad del precio del contrato (suma que se abonaría a cambio de no haberse ejecutado prácticamente nada, solo como lucro cesante).

Mientras se resuelve el contrato y se formaliza uno nuevo, la Administración tendrá también que hacerse cargo de los gastos para *“adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado”*; según prevé el artículo 213.6 de la LCSP.

El propio retraso en sí es también un perjuicio, más difícil de cuantificar; pero que puede ser el mayor. Si mientras se construye un estadio olímpico las obras superan el 50% y es obligado resolver y licitar, puede que la obra no esté terminada en la fecha de las olimpiadas. El ejemplo no es casual, el artículo *“Olympic proportions: Cost and Cost. Overrun at the Olympics 1960-2012”* (Flyvberg y otros) detalla cómo en todos los contratos ligados a esas olimpiadas hubo so-

brecestes; los de Barcelona del 417%, si bien superados por Montreal 1976, con el 796%.

La asignación eficiente del gasto público (artículo 31 de la Constitución) exige que tales sobrecostes sean controlados; pero resolver y licitar genera también un sobrecoste que solo estaría justificado (al menos económicamente) si se compensa con la licitación del segundo contrato. Sin embargo, nada garantiza que el segundo contrato se vaya a adjudicar en mejores condiciones que el primero (o que las que se habrían negociado en el expediente de modificación).

XVI. Alternativas a la resolución obligatoria

El Consejo de Estado tiene declarado que la potestad de modificación *“concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista”* (Memoria del año 2004).

Efectivamente, la prerrogativa de modificación debería ejercerse no para lo que convenga al contratista, sino para lo que convenga al contrato (y al interés general al que sirve).

Para que, al ejercer esa prerrogativa, quede salvaguardado el interés general, debe procurarse el equilibrio entre la eficacia, la conservación del contrato, la transparencia, la publicidad y la concurrencia.

Cabe dudar de si ese equilibrio se consigue limitando al 50% toda modificación no prevista en los pliegos y obligando *“siempre”* a resolver el contrato cuando se supera ese porcentaje; todo ello, cualquiera que sea el tipo de contrato y las circunstancias que concurren. La duda es más consistente si se observa que no es exactamente esa la solución exigida por la Directiva europea ni la adoptada en otros países de nuestro entorno.

En cualquier caso, si (como hace la LCSP) se opta por calificar como sustancial toda modificación que supera un porcentaje; podría aprovecharse la *“po-*

sibilidad” regulada en el artículo 73 de la Directiva para, al menos, no tener “siempre”, automáticamente, que resolver el contrato.

De “*lege ferenda*”, una “*posibilidad*” sería regular un procedimiento equiparable al negociado para, si es necesaria una modificación sustancial, y antes de resolver el contrato, permitir que otros empresarios presenten ofertas sobre las nuevas condiciones del contrato modificado. Estas ofertas de otros empresarios ayudarían a valorar, con transparencia y concurrencia, si las condiciones de esa modificación se ajustan al mercado (todo ello antes de decidir lo que proceda sobre la resolución del contrato). Si, finalmente, se aprueba esa modificación, el contratista continuaría ejecutando el contrato modificado y el resultado sería coherente con la Directiva y la LCSP, en tanto amparado, por analogía, con el procedimiento negociado sin publicidad: Ante una “*imperiosa urgencia*” que demanda “*una pronta ejecución*” y resulta de “*acontecimientos imprevisibles*” [artículo 168 de la LCSP], se permite adjudicar “*ex novo*” un contrato por el procedimiento negociado sin publicidad; pues, con mayor razón, se debería permitir aprobar la modificación de un contrato existente, aunque aquella sea sustancial, si las condiciones de la modificación se han negociado con iguales garantías que las exigidas para adjudicar por entero un contrato. Además, puesto que se está ante un contrato en curso, parece justificado el requisito de la “*imperiosa urgencia*” que demanda “*una pronta ejecución*”.

Parafraseando la Directiva, la solución anterior cumpliría con la “*obligación*” establecida en su artículo 72 (que exige iniciar un nuevo procedimiento de contratación; en este caso, una negociación de ofertas); y cumpliría con el artículo 73 (la resolución del contrato seguiría siendo una “*posibilidad*” si el resultado de esa negociación de ofertas revelara que otros empresarios ejecutarían el contrato modificado en condiciones sustancialmente diferentes).

También de “*lege ferenda*”, otra “*posibilidad*” alternativa a la resolución obligatoria sería licitar la cesión del contrato; con lo que se evitarían los trámites y el tiempo que conlleva la resolución de este, a la vez que quedan salvaguardados los principios de publicidad y concurrencia. Es decir, los pliegos o, mejor, la ley, podrían prever una “*opción inequívoca*” de cesión (artículo 214.1 de la LCSP) según la cual, ante una modificación sustancial imposible legalmente de aprobar, se licite la cesión del contrato modificado, que continuaría ejecutándose por el cesionario-adjudicatario.

También con esta segunda opción quedaría cumplida la “*obligación*” de iniciar un nuevo procedimiento de contratación en caso de modificación sustancial, a la vez que la resolución del contrato seguiría siendo una “*posibilidad*”.

XVII. Conclusión

Sin que la Directiva 2014/24/UE lo exija, la LCSP ha vinculado el concepto de modificación sustancial a un porcentaje y, cuando este se supera, obliga a resolver “*siempre*” el contrato. Otros países de la Unión Europea han transpuesto literalmente esa Directiva, que permite modificaciones sucesivas, cada una del 50% y que, literalmente, regula la resolución del contrato como una “*posibilidad*”.

La salvaguarda del interés general en la modificación de los contratos exige alcanzar el difícil equilibrio entre los principios de eficacia y de competencia, ponderando las circunstancias de cada contrato público.

Cabe dudar si esa ponderación se consigue aplicando una operación matemática según la cual, alcanzado un porcentaje, el contrato tiene irremediablemente que extinguirse para licitar uno nuevo; con el consiguiente perjuicio para la Administración (obligada a indemnizar por ello al contratista). Cabe dudar también de si las condiciones que obtenga la Administración en esa segunda licitación serán mejores que las de la primera y compensarán el coste soportado por haber resuelto el primer contrato.

“Sin que la Directiva 2014/24/UE lo exija, la LCSP ha vinculado el concepto de modificación sustancial a un porcentaje y, cuando este se supera, obliga a resolver ‘siempre’ el contrato. Otros países de la Unión Europea han transpuesto literalmente esa Directiva, que permite modificaciones sucesivas, cada una del 50% y que, literalmente, regula la resolución del contrato como una ‘posibilidad’”

Hasta el momento, la modificación de los contratos no ha dado lugar a muchos recursos en los tribunales (en comparación con otras materias de entidad o complejidad similares). Esa reducida litigiosidad puede deberse a que la ley (hasta 2011) ni limitaba el porcentaje de la modificación ni obligaba a resolver el contrato que lo superara. Tampoco se publicaba la aprobación de la modificación ni se preveía un recurso específico contra ella. Todo lo anterior favorecía la continuidad del contrato, pero también propiciaba abusos e irregularidades en la modificación.

La Directiva 2014/24/UE ha obligado a publicar oficialmente la modificación de los contratos y a implantar un recurso contra las modificaciones que tuvieran carácter sustancial.

Presumiblemente, en los países que han transpuesto la Directiva 2014/24/UE sin limitar el porcentaje de las modificaciones y previendo la resolución del contrato como una posibilidad, será más difícil impugnar una modificación y, por esa vía, poner fin a un contrato en ejecución. La situación puede ser diferente en los países como el nuestro. Sin duda el recurso contra la modificación contribui-

rá a corregir los abusos e irregularidades que puedan producirse al modificar los contratos. Pero el mismo recurso puede servir para otro tipo de abusos, si acaba utilizándose para paralizar o perturbar la ejecución de un contrato público que necesita ser modificado.

Conforme a la Directiva 2014/24/UE, resolver el contrato ante la imposibilidad legal de modificarlo debe ser una “*posibilidad*”; pero, preferiblemente y en garantía del interés general, la última. En el siempre complejo asunto de la modificación de los contratos, este artículo examina otras alternativas a esa resolución obligatoria. ■

“Sin duda el recurso contra la modificación contribuirá a corregir los abusos e irregularidades que puedan producirse al modificar los contratos. Pero el mismo recurso puede servir para otro tipo de abusos, si acaba utilizándose para paralizar o perturbar la ejecución de un contrato público que necesita ser modificado”