

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

102

**JULIO
DICIEMBRE
2014**

MADRID

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz
Letrado Mayor del Consejo de Estado

SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal. II. Doctrina legal: Expropiación forzosa y concurso de acreedores del beneficiario

I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

Con ocasión de su labor consultiva, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar diversas modificaciones contractuales, poniéndose de manifiesto los diferentes regímenes aplicables en esta materia según la fecha de adjudicación o formalización de los contratos.

En efecto, conforme a una reiterada opinión del Cuerpo Consultivo, los contratos se rigen por las normas vigentes al momento de su adjudicación —en el caso de los contratos adjudicados con anterioridad a 9 de septiembre de 2010— o al momento de su formalización —en el caso de los contratos celebrados con posterioridad a dicha fecha—, salvo que expresamente se prevea otra cosa en las normas las sustituyan. Todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.6 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de 30 de octubre, que da nueva redacción a su artículo 27.

Este criterio se compadece, por lo demás, adecuadamente con las previsiones contenidas en las disposiciones transitorias del Código Civil y, en

especial, con la segunda, que dispone que «los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y sean válidos con arreglo a ella, surtirán sus efectos según la misma».

La modificación de los contratos administrativos ha evolucionado notablemente en nuestra legislación reguladora de los contratos administrativos.

La posibilidad de modificar los contratos administrativos por parte de la Administración estaba reconocida en los artículos 18 y 48 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, dentro de los límites establecidos en la propia Ley y su Reglamento. La Ley no señalaba límite alguno en cuanto al alcance objetivo de la modificación; no la circunscribía a reformas menores o de poca monta. Lo único que requería era que se hiciera por razones de interés público y que mediara la anuencia del contratista cuando se rebasara, en más o en menos, determinado porcentaje del precio inicial, que se fijaba en el 20%.

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. En tal sentido, el artículo 102.1 preveía que «Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación podrá introducir modificaciones por razón del interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente».

Por su parte —y para el contrato de gestión de servicios públicos—, el artículo 164 disponía que «1. La Administración podrá modificar por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que hayan de ser abonadas por los usuarios. 2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación».

También el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio —de aplicación a los contratos adjudicados con posterioridad a su entrada el 22 de junio de 2000—, contemplaba entre las prerrogativas de la Administración la de modificar los contratos, por razón de interés público, siempre que la modificación viniera precisa por necesidades nuevas o causas imprevistas (arts. 59 y 101). Respecto de los contratos de gestión de servicio público, el texto refundido reproducía las previsiones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

Con arreglo a las normas citadas, la modificación de los contratos podía imponerse unilateralmente por la Administración siempre que no com-

portara una variación, en más o en menos, del 20% de la cuantía del contrato. Si se superaba dicho umbral, la modificación no era obligatoria para el contratista, quien no estaba constreñido a aceptarla y, en consecuencia, podía entonces desligarse del contrato.

Con ocasión de la interpretación de los preceptos de las disposiciones legales citadas, se conformó una perfilada doctrina que reconocía a la Administración la facultad de modificación contractual como una prerrogativa singular y privilegiada (dictamen del Consejo de Estado 1598/2002, de 31 de octubre). Exigía primordialmente la concurrencia de un interés público (dictamen del Consejo de Estado 55586, de 10 de enero de 1991), en cuya apreciación la Administración tenía un amplio margen de discrecionalidad.

La potestad de modificación de los contratos tenía ciertos límites: unos, formales, requerían el consentimiento del contratista cuando superaba el 20% de la cuantía del contrato y, eventualmente, la intervención del órgano consultivo correspondiente y, otros, materiales. Estos fueron establecidos por la doctrina administrativa que afirmó que el límite del *ius variandi* estaba en aquellos casos en los que la modificación era de tal magnitud que implicaba un nuevo contrato (dictamen del Consejo de Estado 50461, de 12 de noviembre de 1987) o comportaba en realidad un contrato distinto o un proyecto nuevo (dictámenes del Consejo de Estado 51698, de 25 de febrero de 1998, y 4350/1997, de 6 de noviembre).

En relación con el límite material del *ius variandi*, debe señalarse que la legislación no establecía límite cuantitativo alguno para apreciar la concurrencia de una modificación sustancial que comportara la obligación de licitar nuevamente por parte de la Administración. No constituía límite el 20%, puesto que dicho montante tenía relevancia a los efectos de la obligatoriedad de su ejecución por parte del contratista. Así fueron numerosas las modificaciones que superaron con creces el 50% del importe del contrato o incluso el 100%. Los abusos cometidos en este sentido provocaron que, a partir de un momento determinado, la doctrina administrativa considerara que se superaba el límite de lo admisible cuando la modificación comportaba una variación en más del 50% del importe del contrato y, posteriormente, dicho porcentaje se redujo al 30%. Pero —hay que resaltarlo— tales porcentajes no tuvieron nunca reflejo legal. Fueron fruto del parecer de los órganos administrativos.

La concurrencia de «necesidades nuevas o causas imprevistas» no precisaba que estas fueran inherentes al contrato, sino que podían ser externas a él, debidas a acontecimientos extraños a la relación contractual. Y, respecto del interés público, se consideró que cabía apreciarlo cuando la mo-

dificación comportaba alguna ventaja o concurría alguna necesidad para la Administración pública.

La LCSP, en su artículo 202, dispuso que «una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el mismo 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».

Añadía el precepto que «no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b y 158.b)».

Por último, el precepto preveía que «la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual».

La redacción anterior estuvo vigente desde diciembre de 2007 hasta la promulgación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó la regulación de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea y la postura manifestada por la Comisión Europea sobre las modificaciones no previstas en los documentos de licitación. En concreto, hasta el 6 de marzo de 2011.

Por su parte, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, introdujo una nueva regulación en la materia, incluyendo los artículos 92 bis, 92 ter y 92 quáter en la Ley 30/2007, de 20 de octubre. La nueva regulación —mucho más rigurosa y estricta que la anterior— era solo de aplicación a los contratos celebrados a partir del 6 de marzo de 2011.

El primero de los preceptos mencionados establecía que:

«1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público solo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a

la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)».

Además, la Ley distinguía entre modificaciones previstas en la documentación reguladora de la licitación (art. 92 ter) y modificaciones no previstas en la documentación reguladora de la licitación (art. 92 quáter) y disciplinaba el procedimiento (art. 92 quinquies) de aprobación de la modificación.

Las modificaciones solo eran obligatorias para el contratista cuando, por separado o conjuntamente con todas las habidas, no se superara el 10% de la cuantía del contrato.

La regulación recogida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, se incorporó posteriormente, de manera íntegra, al texto refundido de la LCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Esta regulación resulta aplicable solo a los contratos celebrados con posterioridad al 16 de diciembre de 2011 (arts. 105 y ss.).

Así las cosas, durante el año 2011, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de enfrentarse con diversas modificaciones contractuales que tenían por objeto introducir variaciones en el objeto y en el precio a fin de dar cumplimiento a las exigencias legales sobrevenidas que obligan a reducir el gasto público de las distintas Administraciones Públicas.

La respuesta a la cuestión planteada ha venido modulada por la legislación expuesta aplicable en atención a la fecha de adjudicación o de formalización de los correspondientes contratos.

En todo caso, el Consejo de Estado ha declarado que la necesidad de reducir el gasto público es una exigencia legal derivada de lo dispuesto en las sucesivas normas aprobadas —Ley de Presupuestos, Reales Decretos Leyes que establecen medidas de reducción del gasto público—, de tal suerte que, en los actos encaminados a hacerla efectiva —entre los que se cuenta la reducción del precio de los contratos—, debe apreciarse de

forma palmaria la concurrencia de un interés público, a los efectos de la legislación de contratos públicos. Por otra parte, la obligación de dar cumplimiento a dichas exigencias legales constituyen causas sobrevenidas, no contempladas al momento de celebrarse, de tal suerte que son calificables de imprevistas a los efectos del artículo 202 de la LCSP.

La mayor dificultad se ha planteado, sin embargo, a la hora de delimitar el concepto de «condiciones esenciales». En efecto, el artículo 202.1 de la LCSP previene que únicamente se pueden introducir modificaciones por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificadas debidamente en el expediente, que no afecten a las condiciones esenciales del contrato. Por su parte, el párrafo segundo del mismo apartado, como se ha señalado, establece que «no tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de las prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b)».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en la sentencia recaída en el asunto C—496/99 P—, la Comisión Europea —en su comunicación interpretativa de 5 de febrero de 2008— y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa —en su informe 43/08, de 28 de julio— han hecho hincapié en entender como esenciales aquellas estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente. El Tribunal de Justicia, en la sentencia antes citada, ha incluido en estas últimas las relativas a las «modalidades de pago de los productos que han de suministrarse». Por su parte, la Comisión Europea —también en la comunicación interpretativa mencionada— ha considerado como tal los cambios relevantes en el «objeto de los trabajos o de los servicios a prestar por el adjudicatario o el canon impuesto a los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario». Y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha resaltado la necesidad de conformar el concepto en atención a las circunstancias concretas de cada caso.

La fórmula de que hay afectación a las condiciones esenciales cuando se trate de modificación de estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en el pliego, hubieran permitido a los licitadores

presentar una oferta sustancialmente diferente es lo suficientemente imprecisa para no proporcionar al operador jurídico un criterio claro y cierto a la hora de interpretar y aplicar el mencionado artículo 202 de la LCSP. Porque, en puridad, es harto difícil saber cuándo se dan circunstancias que hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta diferente y cuándo esta es calificable de diferente.

En su labor consultiva, el Consejo de Estado ha considerado que la noción de «condición esencial» a los efectos del artículo 202 de la LCSP es un concepto jurídico indeterminado que, si bien a la hora de su determinación y alcance exige la ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, tiene un núcleo que permite objetivarlo y, por consiguiente, facilitar unas pautas interpretativas a la Administración contratante.

La objetivación del concepto ha de hacerse de tal manera que pueda verificarse de forma clara y precisa cuando los elementos esenciales del contrato se ven alterados con la modificación. Ello ocurre, cualitativamente, bien cuando se varía la índole de la prestación del contrato, bien cuando se alteran otros elementos configuradores, como la modalidad del precio o el canon que han de pagar los usuarios del servicio prestado por el adjudicatario.

Y hay también afectación a las condiciones esenciales, cuantitativamente, cuando se modifican las magnitudes de objeto o del precio del contrato. Ahora bien, no cualquier alteración de dichas magnitudes es una modificación sustancial. Para merecer tal calificación debe ser especialmente relevante. Y, ante la falta de una determinación general y cierta en la LCSP, un criterio interpretativo para determinar dicha relevancia puede encontrarse en su artículo 221, que se refiere al 30% del objeto —para un determinado tipo de contratos—. En consecuencia, toda modificación que supere dicho montante ha de considerarse, en principio, sustancial.

II. DOCTRINA LEGAL: EXPROPIACIÓN FORZOSA Y CONCURSO DE ACREEDORES DEL BENEFICIARIO

1. EXPROPIACIÓN FORZOSA Y CONCURSO DE ACREEDORES DEL BENEFICIARIO

I. El Consejo de Estado emite su dictamen en relación con la solicitud de declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por los reclamantes, expropiados acreedores de un justiprecio fijado en vía judicial, ante la declaración de concurso de la beneficiaria de