

La Directiva 2014/24/UE y su posible efecto directo

Nuevo régimen de modificación de los contratos del sector público



FERNANDO
MINGO

Abogado del Departamento
de Contencioso, Público y Regulatorio

Pérez-Llorca

I. Regulación actual: la modificación como actuación excepcional y restringida

La modificación se configura, en nuestro Derecho de la contratación pública, como una de las prerrogativas de la Administración, que está facultada para alterar el objeto del contrato para permitir la mejor consecución del interés público, ante la aparición de circunstancias imprevistas.

La regulación tradicional de esta figura, ciertamente flexible, fue criticada por distintas instituciones de la Unión Europea, que cuestionaron su adecuación a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia y no discriminación.

El régimen de la modificación fue reformado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y actualmente se recoge en los artículos 105 a 108 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público («**TRLCS**P») que establecen un régimen particularmente estricto, sometido a la con-



currencia de causas tasadas. A nivel cuantitativo, la modificación no puede suponer una variación superior al 10% del precio del contrato.

II. La Directiva 2014/24/UE

La aparición de nuevas normas de Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública, hace prever un nuevo cambio de dirección en la regulación de la modificación contractual. En particular, debemos referirnos a la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 (la «**Directiva 2014/24/UE**» o la «**Directiva**») que establece una regulación de la modificación contractual, que exponemos sintéticamente a continuación.

A. Contratación de obras, suministros o servicios adicionales

El primer supuesto es aquél en el que surge la necesidad de contratar

obras, suministros o servicios adicionales, correspondiente a modificaciones puramente cuantitativas. Sería el caso, por ejemplo, de un puro incremento de mediciones en un contrato de obra. Esta modificación por prestaciones adicionales no podrá suponer una alteración del precio superior al 50%.

B. Aparición de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles

El segundo supuesto es la aparición de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever.

En este caso, el límite es que las modificaciones no alteren la «*naturaleza global del contrato*».

Con esta limitación, la Directiva persigue prevenir modificaciones que perjudiquen la concurrencia, de forma que, si el contrato hubiera sido licitado inicialmente incluyendo la modificación, el resultado del procedimiento potencialmente podría haber sido distinto. En

este sentido, se reconducen a un único supuesto los límites específicos que ahora recoge el artículo 107.3 TRLCSP.

La modificación podrá suponer un incremento de hasta un 50% en el precio, frente al 10% actualmente vigente.

C. Modificaciones no sustanciales

Finalmente, la Directiva regula las modificaciones no sustanciales que, por contraste con las anteriores, serían aquéllas que sí podrían haber sido previstas en fase de licitación. El límite es cuantitativo: no podrán superar el 10% del precio en los contratos de servicios o de suministros, y el 15% en los contratos de obra.

III. Análisis del posible efecto directo

El plazo para la transposición de la Directiva 2014/24/UE finalizó el 18 de abril de 2016, no habiendo sido llevada

a cabo por el legislador español, aunque el Anteproyecto de la nueva Ley de Contratos prevé una transposición prácticamente literal.

Ante la falta de transposición, debe tenerse en cuenta que la Directiva puede surtir efecto directo. Es decir, su cumplimiento puede ser exigido por los ciudadanos ante los poderes públicos, cuando la Directiva contenga mandatos claros e inequívocos, no susceptibles de interpretación o adaptación.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha emitido una Recomendación, publicada en el BOE de 17 de marzo de 2016, en la que expone su interpretación sobre qué preceptos de la Directiva tienen efecto directo. Esta Recomendación no menciona los preceptos que regulan las nuevas causas de modificación y sus límites cuantitativos, aunque otros órganos consultivos sí aprecian efecto directo respecto a dichos preceptos (por ejemplo, el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña).

En nuestra opinión, si atendemos a la literalidad de la Directiva, pueden ser susceptibles de aplicación directa los preceptos que han fijado las nuevas causas justificativas de modificación y los límites cuantitativos que hemos descrito en el apartado II.

En otras cuestiones, consideramos que nuestro Derecho interno ya cumple con la Directiva, en particular respecto a la condición de que las modificaciones no pueden alterar la «*naturaleza global del contrato*». Así, el artículo 107.3 TRLCSP recoge unos límites específicos a la modificación, que precisamente persiguen evitar una alteración significativa de la naturaleza global de la prestación.

En todo caso, para determinar con precisión el efecto directo de la Directiva, habrá que estar a la aplicación práctica que de ella hagan la Administración y los Tribunales. Lo que sí parece claro es que la modificación, bajo esta nueva regulación, lleva camino de convertirse en una actuación más normalizada y habitual en la contratación pública española.