

Análise das modificacións obxectivas no contrato de concesión na LCSP á luz da Directiva 2014/23/UE de concesións

Análisis de las modificaciones objetivas en el contrato de concesión en la LCSP a la luz de la Directiva 2014/23/UE de concesiones

The modifications of a concession contracts during its performance in the LCSP. The violation of the Directive 2014/23/EU of concession contracts

55 Regap

IGNACIO CALATAYUD PRATS

Doutor en Dereito. Profesor de Dereito Administrativo CUNEF (Centro adscrito á Universidade Complutense). Avogado icrats@cunef.edu

Recibido: 27/04/2018 | Aceptado: 12/06/2018

Regap



ESTUDIOS

Resumo: A Directiva de concesións regulou de forma clara e incondicionada a modificación das concesións tendo como obxectivo introducir unha importante flexibilidade á hora de permitir a modificación destas. A LCSP, non obstante, ao regular as modificacións non só modula e matiza os conceptos comunitarios, senón que, ademais, é moito máis restrictiva que a directiva á hora de permitir as modificacións obxectivas das concesións, o cal non só é un incumprimento do dereito comunitario, senón que, ademais, o dito carácter restrictivo vai traer consecuencias prexudiciais para o interese público.

Palabras clave: Concesión de obra, concesión de servizo, modificación, circunstancia imprevisible, Directiva de concesións, incorrecta transposición.

Resumen: La Directiva de concesiones ha regulado de forma clara e incondicionada la modificación de las concesiones teniendo como objetivo introducir una importante flexibilidad a la hora de permitir la modificación de estas. La LCSP, sin embargo, al regular las modificaciones no sólo modula y matiza los conceptos comunitarios, sino que, además, es mucho más restrictiva que la directiva a la hora de permitir las modificaciones objetivas de las concesiones, lo cual no sólo es un incumplimiento del derecho comunitario, sino que, además, dicho carácter restrictivo va a traer consecuencias perjudiciales para el interés público.

Palabras clave: Concesión de obra, concesión de servicio, modificación, circunstancia imprevisible, Directiva de concesiones, incorrecta transposición.

Abstract: The Directive of Concession Contracts has regulated in an unconditional and sufficiently precise way the modifications of a concession during its performance and the purpose of this aid measure is to introduce greater flexibility in the possible of modification without the need to carry out a new concession procedure. The Spanish Law

is much more restrictive than the Directive in allowing the modification of a concession during its performance, which is not only a breach of Community law, but also, this restrictive nature will have harmful consequences for the public interest.

Key words: Works concession, services concession, modifications of a concession during its performance, external circumstances that they could not foresee, Directive of Concession Contracts, Incomplete incorrect transposition of the Directive.

Sumario: 1 Introducción. 2 A mutabilidade do obxecto da concesión como principio inherente a esta. 2.1 A mutabilidade da concesión derivada da súa natureza. 2.2 As características esenciais da concesión e a necesidade da súa mutabilidade. 2.3 Concesións, seguridade xurídica e necesidade de investimentos privados. 3 Libre concorrência e limitación das modificacións nas concesións. 4 As modificacións obxectivas na Directiva 2014/23/UE de concesións. 4.1 Causas de modificación obxectiva. 4.2 Algunhas ideas que se desprenden da regulación da Directiva de concesións. 5 As modificacións obxectivas das concesións na LCSP 2017. 5.1 Causas de modificación na LCSP 2017. 6 Incorrecta transposición da Directiva de concesións. 7 Consecuencias prexudiciais para o interese público derivadas do carácter restritivo da LCSP en materia de modificacións.

1 Introducción

A Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión (Directiva de concesións) estableceu unha regulación das modificacións obxectivas que ten como obxectivo preservar os principios de mutabilidade e interese público, por un lado, e o de garantía da igualdade e libre concorrência entre os operadores económicos, por outro.

Non obstante, a Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, do 26 de febreiro de 2014 (LCPS), non só modula e matiza os conceptos comunitarios, senón que, ademais, é moito máis restritiva que a directiva á hora de permitir as modificacións obxectivas das concesións, o cal non só é un incumprimento do dereito comunitario, senón que, ademais, o dito carácter restritivo vai traer consecuencias prexudiciais para o interese público.

Pois ben, para acometer o estudo imos analizar, en primeiro lugar, cales son as razóns que levaron a que as concesións estivesen presididas polo principio de mutabilidade, razóns que, sen ningunha dúbida, aínda perduran e foron tidas en conta prioritariamente pola directiva na súa regulación. A seguir imos estudar cales foron as razóns que deron lugar a que o devandito principio perdese vixencia fronte ao seu oposto, isto é, o principio de libre concorrência. Unha vez expostos os referidos principios, cómpre analizar de forma detallada os supostos regulados na directiva que habilitan a modificación e iso para comprobar como a LCSP non os traspón axeitadamente, desnaturalizando os conceptos empregados pola directiva e desvirtuando os fins queridos por ela. Por último, exporemos as consecuencias prexudiciais que vai xerar no interese público o carácter restritivo da LCSP en materia de modificacións.

2 A mutabilidade do obxecto da concesión como principio inherente a esta

Desde un primeiro momento, a natureza e o obxecto sobre o que recaen as concesións, unidos ás características esenciais destas, en concreto o seu carácter incompleto e complexo, a necesidade de realizar importantes investimentos e a súa longa duración, tiveron como

consecuencia que, por razóns de interese público, necesidades do servizo ou por circunstancias que non se puideron prever, se aplique o principio de mutabilidade contractual¹.

2.1 A mutabilidade da concesión derivada da súa natureza

En efecto, era inherente á natureza da obra ou servizo sobre o que recaía a concesión, concretamente servizos públicos e obras públicas, a posibilidade atribuída á Administración de modificar estas sen limitacións.

A técnica concesional, xa sexa para levar a cabo a xestión dun servizo público, xa sexa para explotar unha obra pública en que se lles dá un servizo público aos cidadáns, atopábase inserta dentro da formulación máis clásica e intensa do servizo público, isto é, aquela que presupuña a reserva global –*publicatio*– dunha actividade económica concreta de cariz prestacional para asegurar a súa efectiva accesibilidade a todos os cidadáns en consideración ao seu especial interese para a colectividade².

Toda declaración de servizo público significaba que tal actividade quedaba desde ese momento incorporada ás tarefas do Estado e excluída da esfera de acción libre dos particulares³. É o que se chamou exclusividade regalística ou titularidade pública sobre a actividade en que o servizo público consiste. Pola súa particular vinculación ao interese público (ao ben da colectividade), entendiáanse tales sectores como reservados, encomendados, en principio, aos poderes públicos, que exercían sobre eles unha dirección unitaria e exclusiva.

Precisamente, unha vez declarados servizos públicos, só con concesión previa quedaba aberto tal campo de actuación aos particulares. Deste xeito, cando o servizo público ou a obra pública era xestionada indirectamente por un privado mediante concesión, a dirección unitaria da actividade conseguíase conservando o Estado uns poderes internos de dirección, modalización e control sobre as formas e os medios de levar a cabo a prestación e incluso sobre a propia organización mesma que a realiza; isto é, a Administración seguía sendo titular e por iso seguía tendo a dirección e a responsabilidade da prestación, mesmo cando unhas veces esta fose levada a cabo por delegación dun concesionario interposto, de aí que conserve o poder de ordenar, de alterar unilateralmente as condicións da prestación.

A lóxica da titularidade pública do servizo ou da obra en que se presta o servizo revélase de forma nida nas concesións, a partir da cal se habilita o privado a prestar o servizo ou explotar a obra, aínda que baixo estritas condicións fixadas pola Administración, quen, como titular do servizo ou da obra sobre a que se presta o servizo, impón o seu criterio sobre o que e o como da prestación do servizo, para o cal posúe todas as potestades, entre elas o

1 Tal como expresa HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico”, Hernández González, F.L. (coord.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia, Aranzadi, Cizur Menor*, 2016, p. 212, “O contrato de concesión, polas súas características, resulta máis permeable á modificación, o que fai do principio de mutabilidade ou adaptación un elemento esencial desta modalidade contractual. Iso levou o Tribunal Supremo a defender unha pretendida diferenciación entre o contrato administrativo e a concesión, sobre a base de que esta última resulta máis vulnerable ao mantemento do equilibrio económico financeiro, o que se traduce na necesidade de compartir a maior onerosidade sobrevida entre as partes contratantes”.

2 Vid. CARLÓN RUIZ, M., “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, Muñoz Machado, S. (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. 1, 2010 (Fundamentos e institucións de la regulación), pp. 464 a 467.

3 As liñas mestras que definen o réxime xurídico básico común ás actividades rexidas a través da técnica do servizo público son definidas por ARIÑO ORTIZ, G., *Lecciones de Administración (y políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 636 a 645.

ius variandi, demostrando que o concesionario está subordinado en todo momento ás ordes da Administración.

Como ben expresou Jeze, dicir que en determinadas hipóteses existe o servizo público equivale a afirmar que os axentes públicos, para dar satisfacción regular e continua a certa categoría de necesidades de interese xeral, poden aplicar os procedementos de dereito público, é dicir, un réxime xurídico especial, e que as leis e os regulamentos poden modificar en calquera momento a organización do servizo, sen que se poida opor a iso ningún obstáculo insuperable de orde xurídica. En definitiva, “a organización dun servizo público propiamente dito é modificable en calquera momento, sen que ningún obstáculo xurídico poida impedir esa modificación. Iso deriva da propia idea da inalienabilidade da soberanía”.⁴ A idea de servizo público estaba ligada á noción de soberanía.

Polo tanto, eran consubstanciais á xestión dun servizo público ou á explotación dunha obra pública dúas ideas: 1.º) potestade e intervención administrativas como único camiño para prestar o servizo; 2.º) existencia dun control –e consecuentemente un *ius variandi*– da Administración pública⁵.

Deste xeito, fronte ao *pacta sunt servanda* e ao principio de inmutabilidade propio dos contratos privados, o contrato de concesión presentaba unha natureza dinámica, permitíndose discrecionalmente e por razóns de interese público a modificación unilateral do contrato, modificación á que se encontraba obrigado o concesionario. A potestade de modificación xustificábase desta forma no elemento finalista de consecución do interese público⁶.

2.2 As características esenciais da concesión e a necesidade da súa mutabilidade

Da mesma maneira, as características esenciais da concesión, en concreto o seu carácter incompleto e complexo, unidas á necesidade de realizar importantes investimentos por parte dos privados, coa consecuente necesidade dunha longa duración da concesión co obxecto de permitir a recuperación destas, teñen como consecuencia a posibilidade de que xurdan novas necesidades ou feitos imprevisibles que non puideron ser tidos en conta no momento inicial do contrato, o que debe dar lugar á necesaria modificación da concesión coa conseguinte restauración do seu equilibrio económico.

En efecto, o contrato de concesión de obra ou servizo público é un contrato en virtude do cal a Administración lle adxudica a un determinado contratista a realización dunha obra pública ou a xestión dun servizo competencia desta, para cuxa implantación ou mantemento vai ser necesario un importante investimento e cuxa contrapartida ou remuneración, destinada a recuperar os investimentos previstos para a execución da concesión e a obter ademais un beneficio sobre o capital investido, vai ser ben o dereito a explotar as obras ou os servizos obxecto do contrato mediante o cobramento aos usuarios dunha tarifa polo uso do servizo, ou ben este mesmo dereito en conxunción cun pagamento realizado pola propia Administración.

4 Cfr. JEZE, G., *Principios generales del Derecho administrativo*, tomo II, trad. esp., Buenos Aires, 1949, pp. 7 e ss.

5 VILLAR PALASÍA, J.L., “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 3, 1950, p. 64.

6 Agora ben, resulta obvio que, se como consecuencia do exercicio do *ius variandi* ou modificación unilateral do contrato por parte da Administración se producía unha ruptura do equilibrio económico da concesión, era necesario o restablecemento deste mediante un aumento dos prezos a cobrar polo concesionario ou un aumento do prazo.

Así, mediante a explotación da obra ou servizo, o contratista tratará de recuperar os investimentos realizados e obter un beneficio; é dicir, mediante o cobramento da tarifa ao usuario do servizo, o concesionario vai tratar de amortizar e rendibilizar o investimento realizado. En definitiva, a través da concesión, o contratista adiantalle á Administración un capital que vai tratar de recuperar mediante a explotación económica do servizo⁷.

Neste sentido, dado que a concesión e a remuneración do concesionario teñen como obxectivo recuperar o investimento realizado e obter un beneficio razoable, resulta obvio que o prazo de duración deste dependerá e estará vinculado ao tempo necesario para permitir a dita recuperación. Por este motivo, dado que con carácter xeral os investimentos que se lle requiren ao privado son cuantiosos, a duración da concesión debe ser longa, xa que se require o tempo necesario para que o concesionario poida recuperar os investimentos realizados para explotar as obras e os servizos, máis un beneficio sobre o capital investido en condicións normais de explotación, tendo en conta os obxectivos contractuais específicos que asumise o concesionario co fin de satisfacer exixencias tales como a calidade ou o prezo para os usuarios.

Pois ben, a longa duración da concesión ten como consecuencia natural a posibilidade de que, durante o tempo en que esta se estea a executar, xurdan necesidades ou feitos imprevisibles que requiran a adecuación da concesión á nova realidade.

Tal como, de forma expresiva, sinala Sosa Wagner, “as concesións de servizo público tiñan –e teñen– prazos dilatados de vida, comparables ás veces coa vida dun home. E, da mesma forma que resulta aventurado facer predicións sobre os acontecementos que van marcar a vida dun neonato, igualmente resulta difícil facelas sobre o ciclo dunha relación xurídica, por máis que se queira encapsular en pregos, cláusulas ou artigos: o home propón e Deus dispón, resume a sabedoría popular (...) Do principio de risco e ventura pásase pois ao de cobertura suficiente e mutabilidade contractual”⁸.

Precisamente, debido á natureza da concesión e ás súas características, as leis⁹ e a xurisprudencia consideraban que o principio de mutabilidade era un principio, a diferenza do resto

7 O mecanismo financeiro da concesión exprésao de forma clara BLANQUER CRIADO, D., *Las concesiones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 234, ao indicar que: “O establecemento inicial ou posta en marcha do servizo público e a posterior prestación do servizo nas condicións de regularidade e continuidade pactadas exige a realización de importantes investimentos polo concesionario. Pois ben, para rendibilizar e amortizar eses investimentos privados, fai falta un prolongado espazo de tempo, e de aí a longa duración das concesións de servizo público; en termos financeiros cabe dicir que, para que a Administración lle poida devolver ao concesionario o préstamo realizado, cómpre que a concesión teña unha vixencia suficientemente prolongada”.

8 Cfr. SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, consultado en Westlaw Insignis en abril de 2018.
En termos similares exprésase BOCKMANN MOREIRA, E., “Contratos públicos de longo prazo, mutaços e seguranga jurídica”, Fernández Acevedo, R., e Valcárcel Fernández, P (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 521, ao indicar que: “Pois nos contratos públicos de longo prazo os tempos –financeiros, económico, global– são inclementes em seus efeitos. Caso o Direito Administrativo pretenda ignorá-los, fingir que não existem, será certamente vergado por eles. (...) Nos contratos públicos de longo prazo é errado carregar na subjetividades, supondo-se viável existir, para sociedades complexas como as que vivemos, coisas como a previsão e a imprevisão. A pergunta o qué el previsível? É pior do que um pecado, é um erro (...) situação agravada pela certeza de que não vivemos num mundo onde as partes podem efetivamente prever o que se pasará daqui a 10, 20 ou 35 anos”.

9 O mellor reflexo normativo da natureza do contrato de concesión e do principio de mutabilidade destas como principio inspirador constitúeo o Decreto do 17 de xuño de 1955, polo que se aproba o Regulamento de servizos das corporacións locais. En concreto, tal como sinalaba o seu artigo 127, as corporacións concedentes tiñan a potestade de “ordenar discrecionalmente como podería dispor se xestionase directamente o servizo, as modificacións na condición que aconsellase o interese público, e, entre outras: a) a variación na calidade, cantidade, tempo ou lugar das prestacións en que o servizo consista; e b) a alteración das tarifas a cargo do público e na forma de retribución do concesionario”. Non obstante e en compensación á modificación imposta pola Corporación, esta estaba obrigada a manter o equilibrio financeiro da concesión, para o cal podía: a) compensar economicamente ao concesionario por razón das modificacións que lle ordenase

de contratos, inherente á concesión e que tiña como corolario a posibilidade de modificar o obxecto da concesión a prol das necesidades públicas¹⁰.

2.3 Concesións, seguridade xurídica e necesidade de investimentos privados

Finalmente, as exixencias de saneamento das finanzas públicas, consistente na diminución da cifra de déficit, así como do recurso ao endebedamento mediante as sucesivas emisións de débeda pública, en parte por obrigas de carácter macroeconómico, en parte polos condicionamentos comunitarios, unidas á necesidade de completar os obxectivos de infraestruturas xerais, demandan acudir a mecanismos de participación e financiamento das obras públicas eminentemente privados, como é a concesión, que é probablemente o máis eficiente para captar a participación privada e para repercutirlle o custo ao usuario mediante a correspondente tarifa, canon ou peaxe¹¹.

Como vimos, unha das características fundamentais e esenciais da concesión estriba en que, para a realización da obra ou a posta en marcha do servizo e a súa posterior explotación, vai ser necesaria a realización de cuantiosos investimentos polo concesionario, que adianta, deste xeito, o capital necesario que debería investir a Administración para a realización da obra ou o establecemento inicial e posta en marcha do servizo¹².

En definitiva, a concesión é un contrato, se non financeiro, si cun importantísimo compoñente financeiro, en virtude do cal un privado lle adianta á Administración un capital do cal espera obter unha rendibilidade. E sabemos que, cando de investimentos se trata, a maior risco, a maior inseguridade, maior rendibilidade exige o capital investido e prestado. E sen dúbida ningunha é un risco para o investidor a posibilidade de que, como consecuencia de novos acontecementos e circunstancias, en vez de proceder á modificación e actualización do contrato, haxa que resolver o contrato que deu lugar ao investimento, cunha indemnización inferior á TIR esperada.

introducir no servizo e que incrementasen os custos ou diminuísen a retribución; e b) revisar as tarifas e subvención cando, mesmo sen mediar modificacións no servizo, circunstancias sobrevidas e imprevisibles determinasen, en calquera sentido, a ruptura da economía da concesión.

10 Así, a Sentenza do 14 de febreiro de 1986 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso Administrativo), indicaba que: “*aínda que é certo que (...) o outorgamento dunha concesión reviste os caracteres externos dun contrato administrativo, non todas as normas destes son aplicables no ámbito das concesións e así, mentres os contratos responden ao principio de risco e ventura, que recolle expresamente o artigo 57 do segundo dos regulamentos citados, tal principio non é aplicable á esfera das concesións, xa que para estas o principio aplicable é o do equilibrio financeiro da concesión, concretamente recollido polos artigos 126 e 127 do Regulamento de servizos*”.

Do mesmo xeito, a Sentenza do 2 de xullo de 1982 do Tribunal Supremo (Sala do Contencioso-Administrativo), sinalaba que: “*un dos elementos permanentes da concesión dun servizo que se subministra ao público é a remuneración consecuenta ao concesionario exixindo dos usuarios do servizo dereitos ou taxas proporcionais á utilización individual dese, fixando a súa contía mediante unhas tarifas (...) cuxa aprobación lle corresponde á Administración como así mesmo a alteración ou modificación das tarifas, revisión necesaria ao estar presidido o contrato concesional polos principios da mutabilidade e do equilibrio financeiro, o primeiro permítelle á Administración concedente modificar unilateralmente os contratos e o segundo manter en todo momento de vixencia do contrato de concesión o equilibrio financeiro e comercial das vantaxes e cargas referidas á situación ou momento de establecerse a concesión, é dicir, para manter o sistema contractual aceptado no momento inicial do contrato, co alcance ou límites sinalados nos arts. 127-2, 148 e 151 e seguintes do Regulamento de servizos, que só deixan á marxe da protección outorgada ao concesionario a alza normal ou eventos ordinarios que constitúen o risco normal do contrato (...), pero, ademais, fixa unha revisión extraordinaria sempre que o desequilibrio teña por causa unha actuación unilateral da Administración ou a circunstancias imprevisibles independentes da boa xestión do concesionario, que se dará sempre que se produza unha orde da Administración que determine incremento de custos ou diminución da retribución*”.

11 Vid. Ditame do Consello de Estado, do 5 de decembro de 2001, sobre o Anteproxecto de Lei reguladora das concesións de obras públicas.

12 Tal como indica SALA ARQUER, J.M., “Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 56, 2004, p. 15, “*A concesión é, economicamente, un capital privado adiantado que se pon á disposición da colectividade, con carácter temporal e cun réxime de amortización financeira ou de capital ao longo dos anos de xestión*”.

Pois ben, se se queren atraer a participación do capital e a iniciativa privadas en investimentos cuxo importante volume exige a necesaria participación do sector privado, nun contrato de longa duración por natureza, ante a imposibilidade de predicir cunha marxe razoable de erro o futuro, faise totalmente necesario permitir a modificación do obxecto do contrato para acoller as novas necesidades e os novos feitos na concesión.

Pódese afirmar, polo tanto, que nos contratos de longa duración a seguridade xurídica deriva da certeza de poder modificar o contrato, de xeito que a rixidez e a falta de flexibilidade xeran inseguridade xurídica para o investidor privado¹³ e, á súa vez, a inseguridade xurídica espanta os investimentos e, en todo caso, encaráceos¹⁴.

3 Libre concorrancia e limitación das modificacións nas concesións

A diferenza dos contratos de obra, de servizos e de subministracións, a concesión de obra e a concesión de servizo non foron, inicialmente, reguladas pola Unión Europea.

A primeira regulación tivo lugar na Directiva 93/37/CEE do Consello, do 14 de xuño de 1993, sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos, que estableceu un réxime particular para a concesión de obras¹⁵.

Pola contra, as concesións de servizo público quedaron fóra da regulación comunitaria¹⁶.

Non obstante, a pesar da inexistencia dunha directiva, as concesións de servizos e, en concreto, a súa adjudicación estaban suxeitas ás disposicións dos tratados e os principios sentados pola xurisprudencia do TXUE, en particular os principios de non discriminación, igualdade de trato, transparencia, libre concorrancia, publicidade, recoñecemento mutuo e proporcionalidade¹⁷.

13 Tal como sinalou a exposición de motivos da Lei 13/2003, do 23 de maio, reguladora do contrato de concesión de obras públicas, “Se se queren atraer a participación do capital e a iniciativa privadas en investimentos cuxo importante volume exige a necesaria participación do sector privado, nun contrato de longa duración por natureza, a asunción do risco, ante a imposibilidade de predicir cunha marxe razoable de erro o futuro, non se pode transformar nun negocio aleatorio, polo que en coherencia imponse moderar axeitadamente os límites do risco ante o cambio imprevisible das circunstancias”.

14 En termos similares exprésase BOCKMANN MOREIRA, E., “Contratos públicos de longo prazo, mutações e segurancia xurídica”, cit., p. 523, al sinalar que: “nestes tempos pos-modernos, é adecuado afirmar que a segurancia contractual advém da certeza de mudançā. A estabilidade dos contratos de longo prazo ño decorre da imutabilidade monolítica, mas sim da dinamicidade/platicidade contractaul. Este aparente contrassenso é esencial nos contratos públicos de longo prazo”.

15 Un estudo sobre a evolución normativa das concesións na lexislación comunitaria pode verse en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea”, Baño León, J.M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, tomo III, CEPC, Madrid, 2016.

16 As razóns polas cales a Unión Europea nin puido aprobar unha directiva de concesións nin introducir normas sobre concesións de servizos na directiva que regulaba os contratos de servizos foron debidas ao rexeitamento de Francia, que pretendía manter o seu tradicional modelo de “service public” cuxos dogmas centrais estaban sendo desafiados polo proceso de integración europea e a liberalización que este levaba consigo, pois as concesións, na adjudicación das cales a Administración gozaba dunha ampla discrecionalidade, eran vistas, por parte da Unión Europea, como mecanismos proteccionistas fronte á competencia e faltos da necesaria transparencia. Cfr. SALA ARQUER, J.M., “Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado”, cit., pp. 12, 29 y 30.

17 Tal como sinalaba a Comunicación interpretativa da Comisión sobre as concesións no dereito comunitario, DO C 121 do 29 de abril de 2000, “como todo acto do Estado polo que se fixen as condicións que debe cumprir unha prestación de actividades económicas, as concesións están suxeitas ás disposicións dos artigos 28 a 30 (antigos artigos 30 a 36) e 43 a 55 (antigos artigos 52 a 66) do tratado, así como aos principios sentados pola xurisprudencia do tribunal. Trátase, en particular dos principios de non discriminación, igualdade de trato, transparencia, recoñecemento mutuo e proporcionalidade. O tratado non limita a liberdade dun Estado membro para facer uso das concesións sempre e cando as modalidades de adjudicación sexan compatibles co ordenamento xurídico comunitario”.

A aplicación das disposicións do tratado e dos referidos principios ás concesións obrigaba a entidade adjudicataria a garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada que permitise abrir á competencia o mercado de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adjudicación¹⁸.

En calquera caso, en España, dado que os contratos de obra, servizo e subministración se regulaban xunto coas concesións de servizos (contrato de xestión de servizo público) e coas concesións de obra nun mesmo corpo normativo (as sucesivas leis de contratación pública), ao trasporse no dito corpo normativo as directivas comunitarias de contratación, as regras destas, en concreto os procedementos de adjudicación, aplicábanse ás concesións sen facer distincións entre uns contratos e outros¹⁹.

En definitiva, o dereito da Unión, as directivas, que regulaban a preparación e adjudicación dos contratos públicos de obras, servizos e subministracións, e que se xustificaba na adopción de medidas encamiñadas a garantir a competencia entre os operadores económicos, aplicábanse en España sen matices ás concesións²⁰.

É precisamente neste contexto de garantía da libre concorrència na adjudicación dos contratos públicos en que debemos incardinar a limitación que se produciu no principio de mutabilidade das concesións²¹.

18 Así o expresou, entre moitas outras, a Sentenza do TXUE do 7 de decembro de 2000, asunto C-324/98, Telaustria, ao indicar: “57. Dado que os contratos de concesión de servizos públicos non están incluídos no ámbito de aplicación da Directiva 93/38, procede concluír que, contrariamente á interpretación proposta por Telaustria, tales contratos non están comprendidos no concepto de «contratos a título oneroso asinados por escrito» que figura no artigo 1, punto 4, da dita Directiva. 59. Non obstante, o feito de que un contrato deste tipo non estea comprendido no ámbito de aplicación da Directiva 93/38 non impide que este Tribunal de Xustiza achegue unha resposta útil ao órgano xurisdiccional nacional que lle formulou unha serie de cuestións prejudiciais. Para iso, o Tribunal de Xustiza pode tomar en consideración outros criterios interpretativos que poidan resultar útiles para a solución do litixio principal. 60. A este respecto procede sinalar que, malia que, no estado actual do dereito comunitario, tales contratos se atopan excluídos do ámbito de aplicación da Directiva 93/38, as entidades contratantes que os celebren están obrigadas non obstante a respectar, en xeral, as normas fundamentais do tratado e, en especial, o principio de non discriminación por razón da nacionalidade. 61. En efecto, tal como declarou o Tribunal de Xustiza na Sentenza do 18 de novembro de 1999, *Unitron Scandinavia* e 3-S (C-275/98, Rec. p. I-8291), apartado 31, o dito principio implica, en particular, unha obriga de transparencia que permite que a entidade adjudicadora se asegure de que o mencionado principio é respectado. 62. A obriga de transparencia que recae sobre a entidade adjudicadora consiste en garantir, en beneficio de todo licitador potencial, unha publicidade axeitada que permita abrir á competencia o mercado de servizos e controlar a imparcialidade dos procedementos de adjudicación”.

Do mesmo xeito, tal como sinalou o Libro verde sobre a colaboración público-privada e o dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións, 30.4.2004 COM (2004) 327 final, apartado 30, “o réxime que deriva das disposicións pertinentes do tratado pode resumirse nas obrigas seguintes para os Estados membros: fixación das normas aplicables á selección do socio privado, publicidade axeitada relativa á intención de outorgar unha concesión e ás normas que rexen a selección para permitir un control da imparcialidade ao longo de todo o procedemento, convocatoria real dos operadores potencialmente interesados ou con capacidade para garantir o cumprimento das tarefas en cuestión, respecto do principio de igualdade de trato da totalidade dos participantes ao longo de todo o procedemento e adjudicación conforme criterios obxectivos e non discriminatorios”.

19 Tal como indicaba o Libro verde sobre a colaboración público-privada e o dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións, 30.4.2004 COM (2004) 327 final, “moi poucos Estados membros quixeron dotarse de lexislación interna destinada a regular de xeito xeral e detallado a etapa de adjudicación de concesións de obras e servizos”, pero en nota ao pé de páxina cita España como un dos que si o fixeran.

20 Tal como expresa HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado”, *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, 2015, pp. 225 e 226, “nos últimos anos, as modificacións contractuais situáronse no punto de mira da loita contra a fraude e a corrupción en materia de contratación. Sen dúbida ningunha, esta circunstancia puido influír en que o réxime de modificación dos contratos non recibise un tratamento singular en materia de concesións. Toda a flexibilidade que se reclama pola súa condición de “contrato incompleto” e o seu distanciamento dos contratos públicos clásicos se esvaece á hora de regular esta materia. Así, a diferenza do que sucede co procedemento de adjudicación, o réxime das modificacións é practicamente común nas tres directivas sobre contratación, malia a diferente natureza, complexidade técnica ou maior duración das concesións”.

21 Como explica BAÑO LEÓN, J.M. “Del *ius variandi* a la libre concorrència: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos”, *Anuario del Gobierno Local*, n. 1, 2012 (Ejemplar dedicado a: Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?), p. 143, “A irrupción progresiva do dereito da Unión modifica profundamente a óptica. Como o que preocupa á Unión é a apertura real á libre competencia dos mercados públicos, tradicionalmente proteccionistas, toda medida que coadruce ao mantemento

En efecto, en principio as normas e a xurisprudencia comunitarias centráronse no procedemento de adjudicación dos contratos, como medio natural para a consecución do mercado interior e o respecto aos principios de libre concorrència, transparencia e adjudicación á mellor oferta. Nada se dicía sobre a modificación dos contratos; non obstante, as institucións comunitarias constataron que na fase de execución do contrato público tamén se poden producir distorsións no funcionamento do mercado interior, e que de nada servían os rigorosos e detallados procedementos de adjudicación para seleccionar o contratista se posteriormente, unha vez adjudicado o contrato, na fase de execución e a través dun modificado, se poden introducir novas condicións no obxecto do contrato²² que, de teren figurado no procedemento inicial de adjudicación da concesión, terían permitido a selección de solicitantes distintos dos seleccionados inicialmente ou a aceptación dunha oferta distinta e mellor que a aceptada inicialmente, ou terían atraído máis participantes no procedemento de adjudicación da concesión. As institucións europeas, regulando e limitando o uso das modificacións, pretenden evitar que se vulnere a libre concorrència.

Deste xeito, a xurisprudencia comunitaria concluíu que, agás que a posibilidade de modificación estivese prevista de forma expresa, clara e inequívoca no contrato, ou cando se debese a acontecementos imprevisibles, toda modificación substancial dun contrato público implica a necesidade de iniciar un procedemento de adjudicación²³.

do proteccionismo é vista con enorme sospeita. Inicialmente as directivas de contratos apenas se preocupaban deste problema, enfocadas como estaban ao procedemento de selección do contratista e adjudicación do contrato”.

22 Para GALLEGO CÓRCOLES, I., “Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificados contractuales”, Guillén Caramés, J., e Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 53, “o desenvolvemento da xurisprudencia do Tribunal de Xustiza de Unión Europea tivo ocasión de demostrar que a fase de execución do contrato público tamén pode producir distorsións no funcionamento do mercado interior, na medida en que pode resultar idónea para favorecer un competidor fronte ao resto, contravindo así os principios de igualdade de trato e transparencia sobre os que descansa o sistema de contratación público europeo. De nada serve o respecto escrupuloso destes principios na fase de selección do adjudicatario se, unha vez elixido este, pode alterarse o contido do licitado no seu beneficio”. Igualmente se expresa DIEZ SASTRE, S., “El régimen de modificación de los contratos públicos: los nuevos límites del «ius variandi» y la autonomía de la voluntad”, Almeida Cerredá, M., e Martín Delgado, I. (coords.), *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, 13 e 14 de novembro de 2014, Toledo, 2015, p. 48, ao indicar que “a especial atención do dereito europeo cara á modificación dos contratos públicos –canalizada a través da Comisión Europea– se produciu como reacción a unha realidade común a todos os Estados membros: con independencia da aplicación de regras administrativas ou civís de execución dos contratos públicos, foi e é unha práctica habitual modificar os contratos despois do seu perfeccionamento. Esta novación contractual pode ser froito dunha necesidade real, xustificada nun interese público lexítimo, pode tratar de articular a contratación de novas prestacións cuxa necesidade sobreveu, ou encubrir unha violación ex post das regras orixinais de adjudicación do contrato co fin de beneficiar o contratista ou de emendar erros contidos nos documentos que rexían a licitación e imputables ao ente adjudicador. O dereito europeo pretende evitar que se vulnere a competencia en calquera das fases da vida do contrato”.

En similares termos exprésase VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 63 a 65, ao sinalar que: “A concepción do contrato como algo dinámico –frente ao carácter estático orixinario– fixo que as institucións europeas vexan nas modificacións un risco para a recta aplicación dos principios reitores da contratación pública. Tres xeracións de directivas precederon as actuais directivas (...) nada se dicía nelas sobre a modificación do contrato. Non obstante, finalmente, a Unión Europea albiscou que de nada serven os rigorosos procedementos de adjudicación con moitos requisitos e burocracia para seleccionar a oferta máis vantaxosa se na fase máis relevante do contrato, a súa propia execución, se desvirtúa todo. Pola contra, a xurisprudencia europea puxo serios límites á modificación contractual na necesidade de evitar unha violación ex post das regras orixinais da adjudicación do contrato e con iso dos principios de integridade e o de boa administración que debe rexer a actuación dos poderes públicos (...) O papel da xurisprudencia do TXUE foi fundamental para a construción dun dereito sobre as modificacións contractuais. A súa principal conclusión é que unha modificación do contrato é unha nova adjudicación. Por iso, a posibilidade de adjudicación directa ao adjudicatario ou a un terceiro sen publicidade é excepcional. E iso porque a modificación comporta o risco de desnaturalizar os principios reitores da contratación pública, que son o pilar que garante unha verdadeira contratación libre de trabas á competencia e á circulación de bens e servizos”.

23 A Sentenza do TXUE do 31 de xaneiro de 2013 asunto T-540/10, Reino de España contra a Comisión Europea, realiza un resumo da xurisprudencia comunitaria con cita das sentenzas máis importantes e definindo o que se considera unha modificación substancial. Así, indica que: “60 En efecto, procede recordar que, como puxo de manifesto o Tribunal de Xustiza na Sentenza Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada no apartado 44 supra (apartados 116, 118 e 125), prohibeselle á entidade adjudicadora modificar, en calquera fase do procedemento, as condicións de licitación, so pena de vulnerar o principio de igualdade de trato entre todos os licitadores e o principio de transparencia, ou alterar o sistema xeral da licitación modificando unilateralmente máis tarde unha das súas condicións esenciais. Se a entidade adjudicadora desexa que, por determinadas razóns, poidan modificarse certas condicións da licitación tras ter seleccionado o adjudicatario, está

Esta preponderancia na Unión Europea do principio de libre concorrència nos contratos públicos, unida á consideración dos modificados como unha das principais causas de corrupción²⁴ e ao feito de que, como indicamos, en España as concesións tanto de obra pública como de servizo público se regularon na mesma lei que o resto de contratos, deu lugar a que se pasase dunha normativa que consideraba as modificacións como unha prerrogativa da Administración non sometida a límites a unha normativa española (anterior á vixente LCSP) moi restritiva con respecto á posibilidade de modificación de calquera tipo de contrato, sen distinguir entre os contratos de obras, servizos e subministración (sometidos ás directivas) e os contratos de concesión, en principio, excluídos das directivas²⁵.

obrigada a prever expresamente esta posibilidade de adaptación, así como as súas modalidades de aplicación, no anuncio de licitación elaborado por ela e que establece o marco en que debe desenvolverse o procedemento, de forma que todas as empresas interesadas en participar na licitación teñan coñecemento diso desde o principio e se atopen así en condicións de igualdade no momento de propor a súa oferta. 62 Por outro lado, tampouco pode acollerse a alegación do Reino de España segundo a cal alterou as prestacións contratadas nalgúns dos seus elementos caracterizadores, pero manténdose o mesmo contrato inicialmente celebrado, de modo que a modificación do contrato inicial non pode considerarse substancial. Como se desprende da xurisprudencia, co obxecto de garantir a transparencia dos procedementos e a igualdade de trato dos licitadores, as modificacións das disposicións dun contrato público efectuadas durante a validez deste constitúen unha nova adjudicación do contrato cando presentan características substancialmente diferentes das do contrato inicial e, por conseguinte, poñen de relevo a vontade das partes de volver negociar os aspectos esenciais do contrato (véxase, neste sentido, a Sentenza do Tribunal de Xustiza do 5 de outubro de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 e 46; véxase, por analogía, a Sentenza Presstetext Nachrichtenagentur, citada no apartado 57 supra, apartado 34). 63 A modificación dun contrato público en vigor pode considerarse substancial cando introduce condicións que, de teren figurado no procedemento de adjudicación inicial, terían permitido a participación doutros licitadores á parte dos inicialmente admitidos ou terían permitido seleccionar unha oferta distinta da inicialmente seleccionada. Así mesmo, unha modificación dun contrato inicial pode considerarse substancial cando amplía o contrato, en boa medida, a obras inicialmente non previstas. Unha modificación tamén pode considerarse substancial cando cambia o equilibrio económico do contrato en favor do adjudicatario do contrato dun xeito que non estaba previsto nos termos do contrato inicial (véxase, por analogía, a sentenza Presstetext Nachrichtenagentur, citada no apartado 57 supra, apartados 35 a 37).

- 24 O Informe da Comisión sobre a loita contra a corrupción na Unión Europea de 2014 sinala expresamente os modificados dos contratos como unha das prácticas ilegais máis estendidas nos procedementos de contratación pública (Bruxelas, 3.2.2014, COM [2014] 38, en particular, pp. 23 e 27). Faise eco da influencia que a corrupción tivo na actual regulación HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico”, cit., pp. 192 e 193, cando sinala que: “A modificación dos contratos públicos non foi tradicionalmente un problema para o lexislador nacional nin europeo. Non obstante, nos últimos tempos púxose no punto de mira dos analistas do dereito. O motivo é a publicación de diferentes estudos que sitúan esta práctica na orixe de presuntos casos de fraude e de corrupción. Así se recolle nos informes de anticorrupción elaborados pola OCDE (2009 e 2013) e pola Comisión Europea (2014). A impresión que queda despois de ler estes documentos é que a modificación é a culpable de todos ou de gran parte dos males que afectan á contratación pública e, polo tanto, hai que evitar custe o que custe (...).”
- 25 Tradicionalmente a regulación contractual foi non xa permisiva coa posibilidade de modificar os contratos, senón que era unha prerrogativa da Administración en favor do interese público non sometida a límites. Desta forma pretendíase evitar que a excesiva rixidez na aplicación do pactado no contrato puidese dar lugar á frustración do interese público que acompañaba a contratación. A Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas, considerou con carácter xeral a posibilidade de modificar os contratos administrativos. En tal sentido, o artigo 102.1 prevía que, “unha vez perfeccionado o contrato, o órgano de contratación poderá introducir modificacións por razón do interese público” nos elementos que o integran, sempre que sexan debidas a necesidades novas ou causas imprevistas, xustificándose debidamente no expediente”. Tamén o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2000, do 16 de xuño, recoñeceu entre as prerrogativas da Administración a de modificar os contratos, por razón de interese público, sempre que a modificación viñese precisada por necesidades novas ou causas imprevistas (artigos 59 e 101). Segundo estas normas citadas, a modificación dos contratos podía impoñer unilateralmente a Administración sempre que non comportase unha variación, en máis ou en menos, do 20 % da contía do contrato. Se superaba o 20 %, era unha causa potestativa de resolución por ambas as dúas partes. Deste xeito, nos supostos en que a modificación fose consentida e consensuada, esta non daba lugar á extinción do contrato nin a unha nova licitación (salvo que afectase ás condicións esenciais do contrato, de maneira que a modificación era de tal magnitude que implicaba un novo contrato). Igualmente, a Lei 30/2007, do 30 de outubro, no seu artigo 202, dispuxo que, “unha vez perfeccionado o contrato, o órgano de contratación só poderá introducir modificacións neste por razóns de interese público e para atender causas imprevistas, xustificándose debidamente a súa necesidade no expediente. Estas modificacións non poderán afectar ás condicións esenciais do contrato”. En decembro de 2008 a Comisión Europea inicia procedemento por incumprimento contra España por considerar que a regulación dos modificados incumpria a libre concorrència e a igualdade de trato. Como consecuencia do requirimento e en resposta e cumprimento das recomendacións da Unión, realiza na Lei 2/2011 de economía sustentable un cambio profundo e un novo réxime xurídico sumamente restritivo das modificacións. Esta norma, de acordo cos mandatos comunitarios, cerna a prerrogativa de modificación de tal xeito que o interese público que se salvagarda non reside xa na prevalencia do fin, das necesidades públicas, sobre o obxecto do contrato, senón que prevalece o principio de libre concorrència, os dereitos e garantías dos licitadores, fronte á prerrogativa de modificación unilateral. A lei distinguía, desta maneira (artigos 105 a 107), entre modificacións convencionais e modificacións non convencionais.

Agora ben, si é preciso manifestar que a Unión Europea sempre foi consciente de que, no caso das concesións, dada a súa natureza e as súas características, se debía ser máis flexible á hora de posibilitar a súa modificación. Así se expresaba o Libro verde sobre a colaboración público-privada e o dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións, ao indicar que *“As relacións de CPP, ao referirse a unha prestación duradeira, deben poder evolucionar para adaptarse aos cambios do ámbito macroeconómico ou tecnolóxico, así como ás necesidades do interese xeral. O dereito comunitario en materia de contratación pública non se opón, en xeral, á posibilidade de ter en conta as ditas evolucións, sempre e cando se respecten os principios de transparencia e igualdade de trato”*.

Da mesma forma, considerouse que as modificacións non previstas nos pregos de maneira clara e precisa son aceptables cando un acontecemento imprevisible as fai necesarias²⁶.

4 As modificacións obxectivas na Directiva 2014/23/UE de concesións

Froito da tensión entre os principios de mutabilidade e interese público, por un lado, e garantía da igualdade e libre concorrencia entre os operadores económicos, por outro, que analizamos anteriormente, a Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro de 2014, de concesións, consciente da natureza das concesións, estableceu unha regulación que ten como obxectivo preservar ambos os dous principios²⁷.

Regap



ESTUDIOS

Polo que se refire ás modificacións convencionais, estas eran lícitas sempre que nos pregos ou no anuncio de licitación se advertise expresamente desta posibilidade e se detallasen de forma clara, precisa e inequívoca as condicións en que podía facerse uso desta, así como o alcance e os límites das modificacións que puidesen acordarse con expresa indicación da porcentaxe do prezo do contrato ao que como máximo podía afectar, e o procedemento que se deba seguir para iso.

Pola contra, as modificacións non previstas nos pregos só podían efectuarse por causas taxadas; en concreto, cando se xustificase suficientemente a concorrencia dalgunha das seguintes circunstancias:

- a) Inadecuación da prestación contratada para satisfacer as necesidades que pretenden cubrirse mediante o contrato debido a erros ou omisións padecidos na redacción do proxecto ou das especificacións técnicas.
- b) Inadecuación do proxecto ou das especificacións da prestación por causas obxectivas que determinen a súa falta de idoneidade, consistentes en circunstancias de tipo xeolóxico, hídrico, arqueolóxico, ambiental ou similares, postas de manifesto con posterioridade á adxudicación do contrato e que non fosen previsibles con anterioridade aplicando toda a dilixencia requirida de acordo cunha boa práctica profesional na elaboración do proxecto ou na redacción das especificacións técnicas.
- c) Forza maior ou caso fortuíto que fixesen imposible a realización da prestación nos termos inicialmente definidos.
- d) Conveniencia de incorporar á prestación avances técnicos que a melloren notoriamente, sempre que a súa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producese con posterioridade á adxudicación do contrato.
- e) Necesidade de axustar a prestación a especificacións técnicas, ambientais, urbanísticas, de seguridade ou de accesibilidade aprobadas con posterioridade á adxudicación do contrato.

Pero é que, ademais, mesmo concorrendo algunha destas causas taxadas, era necesaria a concorrencia doutros requisitos; en concreto:

1. Que a modificación non alterase as condicións esenciais da licitación (e considerábase que se alteraban se variaban substancialmente a función e as características esenciais da prestación inicialmente contratada e cando a modificación alteraba a relación entre a prestación contratada e o prezo, tal como esa relación quedou definida polas condicións da adxudicación).

2. Que as modificacións non excedesen o 10 por cento do prezo de adxudicación do contrato; no caso de modificacións sucesivas, o conxunto delas non poderá superar este límite.

En definitiva, un réxime de modificación sumamente estrito e que dificultaba moito a modificación do contrato por causas realmente necesarias.

No caso de que non coubese a modificación e o contrato non puidese executarse nos termos pactados só cabía a resolución e unha nova contratación.

26 Así o expresa o Libro verde sobre a colaboración público-privada e o dereito comunitario en materia de contratación pública e concesións 30.4.2004 COM (2004) 327 final, no seu apartado 49, ao indicar que: *“En xeral, as modificacións que teñen lugar durante a execución dunha CPP, cando non se recollen nos documentos contractuais, adoitan dar como resultado que se poña en dúbida o principio de igualdade de trato dos operadores económicos. As ditas modificacións non contempladas só son aceptables cando un acontecemento imprevisible as fai necesarias ou cando están xustificadas por razóns de orde pública, seguridade ou saúde públicas”*.

27 Tal como sinala o Consello de Estado no seu Dítame 116/2015 ao Anteproxecto de LCSP en materia de modificacións, *“resulta certamente complicado atopar un equilibrio entre a necesidade de controlar que as modificacións que se produzan non sexan máis das estritamente*

Podemos mesmo sinalar que o réxime de modificación das concesións influíu, flexibilizándoo, no réxime xurídico do resto de contratos regulado na Directiva 2014/23/UE, do 26 de febreiro de 2014, de contratación pública, ata tal punto que, malia as claras diferenzas e necesidades duns e outros, son idénticos²⁸.

Deste modo, tal como indica o considerando 75 da directiva, os contratos de concesión adoitán incluír réximes técnicos e financeiros duradeiros e complexos que, con frecuencia, están suxeitos a vaivéns das circunstancias. Sen ningunha dúbida, a Unión Europea, coñecedora da natureza e das peculiaridades das concesións, era consciente da necesidade de introducir unha importante flexibilidade á hora de permitir a modificación destas.

Precisamente, dado que a directiva é consciente das características e dos elementos da concesión, establece como regra xeral a posibilidade de modificar a concesión por debaixo de certos limiares e sen ningún tipo de límite e condicionante.

Da mesma forma e como regra xeral, permite a modificación da concesión salvo que a modificación sexa considerada substancial, isto é, excepto que a modificación introduza condicións que, de teren figurado no procedemento inicial de adjudicación da concesión, terían permitido a selección de solicitantes distintos dos seleccionados. En definitiva, a regra é a modificación agás que esta sexa substancial²⁹.

Igualmente, sabedora de que nos contratos de longa duración poden suceder circunstancias imprevisibles de toda indole que exixan a adecuación do obxecto do contrato ás ditas novas circunstancias, inclúe nestes supostos a posibilidade de modificación.

indispensables, evitando desta forma abusos derivados da vontade de non resolver un contrato e acudir a un novo procedemento de licitación e a certeza de que, en ocasións por distintas circunstancias, resulta verdadeiramente necesario modificar un contrato, non podendo regularse un sistema tan excesivamente ríxido que non permita facelo en favor da correcta execución dun contrato que, non debe esquecerse, está chamado a satisfacer intereses públicos”.

Para DÍEZ SASTRE, S., “El régimen de modificación de los contratos públicos: los nuevos límites del «ius variandi» y la autonomía de la voluntad”, cit., p. 51, “as incursións do dereito europeo na fase de execución dos contratos xustificáanse aínda no reforzamento das garantías fronte á adjudicación no momento en que o contrato se perfeccionou e está a executarse (...) No plano xurídico-europeo, as modificacións dos contratos públicos son relevantes exclusivamente na medida en que poden supor unha vulneración das normas de selección do contratista e, polo tanto, da competencia no seo do mercado interior. A forma en que o dereito nacional configure a posibilidade de modificar os contratos –como un privilexio da Administración ou como mero exercicio da autonomía da vontade das partes– non interfere nos medios que se dispoñen para a consecución dese obxectivo. Prodúcese así unha tensión clara entre o interese na eficiencia económica do contrato e a garantía da igualdade e a competencia entre os operadores económicos. Cómpre ter en conta que o réxime de modificación dos contratos a nivel nacional está deseñado para protexer os licitadores pero, fundamentalmente, o contratista. O dereito europeo, pola súa banda, protexe principalmente os licitadores, obrigando a que as condicións que rexían a licitación sigan vixentes durante a execución do contrato, de modo que non se altere a competencia de forma sobrevida”.

28 Crítica que a regulación das modificacións sexa igual, sen presentar matices e modulacións, entre contratos de servizos, obras e subministración, por un lado, e concesións, por outro, a pesar das notables diferenzas entre uns e outros, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La nueva Directiva de concesiones: un largo viaje con final esperado”, cit., pp. 225 e 226, ao indicar que “nos últimos anos, as modificacións contractuais se situaron no punto de mira da loita contra a fraude e a corrupción en materia de contratación 115. Sen ningunha dúbida, esta circunstancia puido influír en que o réxime de modificación dos contratos non recibise un tratamento singular en materia de concesións. Toda a flexibilidade que se reclama pola súa condición de contrato incompleto e o seu distanciamento dos contratos públicos clásicos se esvaece á hora de regular esta materia”. Así, a diferenza do que sucede co procedemento de adjudicación, o réxime das modificacións é practicamente común nas tres directivas sobre contratación, malia a diferente natureza, complexidade técnica ou maior duración das concesións”.

29 En contra pronúnciase GALLEGO CÓRCOLES, I., “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública”, *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, 2015, p. 132, para quen “a regra xeral, baixo o meu punto de vista, segue sendo que a modificación dos contratos públicos, en canto pode comprometer o efecto útil dos obxectivos da normativa sobre contratación pública, debe admitirse só con carácter excepcional”.

Podemos, polo tanto, afirmar que o réxime de modificación obxectiva da Directiva de concesións é máis flexible que o réxime existente ata a súa aprobación e, polo tanto, vailles permitir unha maior marxe de discreción aos poderes adxudicadores³⁰.

Por este motivo, a directiva, no seu artigo 43, establece de forma clara, precisa e incondicionada os supostos en que a modificación dunha concesión efectuada durante a súa execución é viable e que, polo tanto, non dan lugar á obriga de iniciar un novo procedemento de concesión, e distínguemos daqueloutros supostos en que, *a contrario sensu*, se considera que non cabe a modificación.

4.1 Causas de modificación obxectiva

a) Modificacións previstas nos pregos

En primeiro lugar, cabe a modificación do contrato cando as modificacións, con independencia do seu valor pecuniario, estivesen xa previstas na documentación inicial da concesión, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. Agora ben, as ditas modificacións non poderán alterar o carácter global da concesión.

A razón pola cal a directiva non establece límites cuantitativos para poder levar a cabo os modificados previstos nos pregos é lóxica, pois, ao estaren estes descritos nos pregos, foron coñecidos polos posibles licitadores que realizaron as súas ofertas, respectándose en consecuencia o principio de libre concorrència.

Do mesmo xeito, permítese que os modificados previstos nos pregos supoñan un cambio substancial do contrato, sempre que non alteren o carácter global da concesión, e iso porque, ao estaren descritos no condicionado, eran coñecidos polos licitadores, co que a súa aplicación en fase de execución non vulnera a libre concorrència, pois xa figuraban inicialmente e eran coñecidos por todos á hora de preparar a oferta³¹.

Non obstante, establécese un límite cualitativo á posibilidade de modificación, e este é que non se produza unha alteración da natureza da contratación global. Introduce, deste modo, a Directiva de concesións un concepto xurídico indeterminado, diverso a alteración substancial do contrato, e que non define, o que implica que deberán ser os órganos xurisdiccionais e, fundamentalmente, o TXUE o que lle dea contido a este, determinando cando unha modificación dá lugar a unha alteración da natureza da contratación global³².

30 En termos similares pronúnciase CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., "Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas Directivas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014, pp. 297 e 298.

31 *Vid.* VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 173.

32 Cabe indicar, non obstante, que a Directiva 2014/24/UE, si fai unha aproximación ao significado de alteración substancial no seu considerando 76 ao indicar que unha modificación implica unha alteración da natureza do conxunto da concesión, por exemplo se se substitúen as obras que deban ser executadas ou os servizos que deban ser prestados por outros diferentes ou se se modifica de forma fundamental o tipo da concesión, xa que, nese caso, pode presumirse unha hipotética influencia nos resultados.

VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 176, identifica a alteración da natureza da contratación global coa alteración da causa ou fin do contrato.

En contra, GALLEGO CÓRCOLES, I., "Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificados contractuales", cit., p. 61, quen, ao noso xuízo, asimila a alteración da natureza coa modificación substancial, que "*se alterará a natureza global da contratación se se introducen variacións naqueles elementos que de modo máis decisivo condicionaron o desenvolvemento do procedemento de contratación, desde a perspectiva tanto do número das ofertas recibidas como do seu contido. E iso sucederá, entende a autora, xa sexa mediante a alteración do obxecto do contrato, xa sexa cando se superen determinados límites cuantitativos e, xa sexa,*

b) Obras ou servizos adicionais

Será posible modificar a concesión e adxudicarlle de forma directa ao concesionario orixinal sen necesidade dun novo concurso as obras ou servizos que teñan a consideración de adicionais, isto é, que resulten necesarias e que non estivesen incluídas na concesión orixinal, cando un cambio de concesionario: i) non sexa factible por razóns económicas ou técnicas tales como requisitos de intercambiabilidade ou interoperatividade co equipo existente, servizos ou instalacións adquiridos no marco da concesión inicial, e ii) xere inconvenientes significativos ou un aumento substancial de custos para o poder adxudicador ou a entidade adxudicadora.

En calquera caso, o posible aumento de valor non poderá superar o 50 % do valor da concesión orixinal. En caso de que se apliquen varias modificacións sucesivas, esta limitación aplicarase ao valor de cada unha delas.

c) Circunstancias imprevisibles

Tal como sinala a directiva, será factible unha modificación do obxecto da concesión, sen necesidade de levar a cabo unha nova licitación cando a necesidade de modificación derive de circunstancias que un poder adxudicador ou entidade adxudicadora dilixente non podía prever, sempre e cando a modificación, por un lado, non altere o carácter global da concesión e, por outro, o posible aumento de valor non supere o 50 % do valor da concesión orixinal. En caso de que se apliquen varias modificacións sucesivas, esta limitación aplicarase ao valor de cada unha delas.

A directiva establece pois dous límites, un cualitativo, como é a non alteración do carácter global da concesión, e outro cuantitativo, que o aumento de valor non supere o 50 % do valor da concesión orixinal.

En calquera caso, da directiva despréndese que, cando sucedan circunstancias que un poder adxudicador ou entidade adxudicadora dilixente non podía prever, será posible realizar unha modificación substancial da concesión, sempre, claro está, que non altere o carácter global da concesión, concepto diverso ao de modificación substancial e que parece permitir unha maior mutabilidade³³.

A xustificación desta causa de modificación exprésaa con claridade o considerando 76 da directiva cando sinala que os poderes adxudicadores e as entidades adxudicadoras se poden atopar con circunstancias exteriores que non podían prever cando adxudicaron a concesión, en particular se a execución de concesión se estende durante un longo período de tempo. Neste caso, necesítase certo grao de flexibilidade para adaptar a concesión ás novas circunstancias sen necesidade dun novo procedemento de adxudicación. O concepto de circunstancias imprevisibles fai referencia ás circunstancias que non se poderían ter previsto aínda que o poder adxudicador ou a entidade adxudicadora preparase con razoable dilixencia a adxudicación inicial, tendo en conta os medios á súa disposición, a natureza

aínda que expresamente non se reflcta nas directivas, se se altera o equilibrio do contrato a favor do contratista, pois este equilibrio é un parámetro decisivo do desenvolvemento do procedemento de licitación.

33 Como sinala GALLEGO CÓRCOLES, I., "Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificaciones contractuales", cit., p. 61, "As dúbidas interpretativas xurdirán porque os parámetros para delindar que condicións esenciais alteran a natureza global do contrato non son nin moito menos evidentes".

e as características do proxecto concreto, as boas prácticas no ámbito de que se trate e a necesidade de garantir unha relación axeitada entre os recursos empregados na preparación da adxudicación e o seu valor previsible.

Como se pode comprobar, a directiva establece un suposto aberto, un concepto xurídico indeterminado, isto é, “que a necesidade de modificación derive de circunstancias que un poder adxudicador ou entidade adxudicadora dilixente non podía prever”, na que teñen cabida toda unha serie de supostos³⁴, que haberá que analizar caso por caso, e entre os que se poden incluír os erros imprevisibles³⁵, a necesidade de incorporar avances técnicos que excedan o normal³⁶, o caso fortuito e a forza maior, o *factum principis*³⁷ e, desde logo, supostos cualificados de risco imprevisible³⁸.

d) Modificacións non substanciais

A directiva permite a modificación obxectiva da concesión cando as modificacións, con independencia do seu valor, non sexan substanciais.

En concreto, considérase que unha modificación é substancial cando teña como resultado unha concesión materialmente diferente, en canto ao seu carácter, da celebrada nun principio.

34 Para VÁZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos públicos*, cit., p. 122, á vista da regulación da directiva, “*Non hai que acudir a un listado de causas xenéricas (...), senón examinar caso a caso se existe unha verdadeira imprevisión para un poder adxudicador dilixente. É dicir, se se puido prever normalmente a causa con que agora se pretende xustificar a modificación, ou se se puxeron os medios suficientes e proporcionados á importancia do contrato*”.

35 Erros imprevisibles son os derivados de circunstancias que non se poderían ter previsto aínda que o poder adxudicador ou a entidade adxudicadora tivese preparado con razoable dilixencia a adxudicación inicial, tendo en conta os medios á súa disposición, a natureza e as características do proxecto concreto, as boas prácticas no ámbito de que se trate e a necesidade de garantir unha relación axeitada entre os recursos empregados na preparación da adxudicación e o seu valor previsible. Así, por exemplo, a inadecuación do proxecto ou das especificacións da prestación por causas obxectivas que determinen a súa falta de idoneidade, consistentes en circunstancias de tipo xeolóxico, hídrico, arqueolóxico, ambiental.

36 Avances técnicos que melloren notoriamente a concesión, sempre que a súa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producise con posterioridade á adxudicación do contrato e sempre que non entren dentro da cláusula de progreso.

37 O *factum principis* consiste na alteración indirecta da prestación contratada debido a medidas administrativas xerais que, aínda que non modifican directamente o obxecto do contrato, nin o pretenden, incidan ou repercutan sobre el, facéndoo máis oneroso para o contratista sen culpa deste.

38 O risco imprevisible supón a aparición dunha circunstancia sobrevida, extraordinaria e razoablemente imprevisible, non imputable a unha deficiente xestión do concesionario, que provoca unha subversión grave na economía da concesión, de maneira que o seu cumprimento se torna extraordinariamente gravoso ou mesmo imposible en termos económicos, e, en consecuencia, xorde para a Administración concedente o deber de restaurar o equilibrio económico financeiro do contrato, considerando as bases que se tiveron en conta para a súa adxudicación.

Cfr. ARIMANY LAMOGLIA, E., “El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo «autopista Madrid-Toledo (ap-41)»”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. extra, 2011, p. 96. Como indica o Consello de Estado no seu Ditame 54.700 aprobado o 5/12/1990: “*Tal como sostivo ininterrompidamente este Consello, non pode confundirse o risco ou alea que normalmente corre a cargo do contratista, e o fenómeno de novos elementos de feito, estraños ao contrato, que afectan á relación contractual e alteran o seu curso normal. Neste último caso o risco non debe pesar sobre o contratista a todo evento, estando previstos os supostos de rescisión, indemnización e exoneración de responsabilidade que, sen mingua do interese público, restablecen o equilibrio do contrato*”. “*É doutrina común, avalada por xurisprudencia constante, que, nos contratos de tracto sucesivo e de carácter sinalagmático, a alteración das circunstancias existentes no momento da súa conclusión pode dar lugar a unha revisión do contido das prestacións pactadas, sen ruptura do vínculo contractual, sempre e cando esa alteración fose imprevista e imprevisible no momento da celebración do contrato, e sexa o suficientemente importante como para determinar a ruptura do equilibrio económico establecido entre as recíprocas prestacións, que deberá xustificarse no expediente*”. “*Son varias, e moi coñecidas, as doutrinas que se viñeron aplicando, desde o Digesto ata os nosos días, para corrixir estas anomalías contractuais, a prol dun indiscutible principio de xustiza conmutativa. A cláusula rebus sic stantibus; a teoría da «presuposición» (Voraussetzung) de Windscheid, completada e desenvolvida por Oertmann sobre a «base do negocio» (Grundgeschäft); o «enriquecemento inxusto»; e as máis actualizadas doutrinas do factum principis e do «risco imprevisible»; todas elas derivadas, basicamente, do principio da bona fides contractual*”. “*Trátase, en definitiva, de evitar que un contrato que foi concertado como sinalagmático, con equivalencia económica de prestacións recíprocas, non quede transformado, por virtude de circunstancias sobrevidas, non queridas nin previstas polas partes, nun contrato puramente aleatorio, cuxo resultado económico dependa decisivamente da sorte ou do azar, con desproporcionado prexuízo para unha das partes en beneficio da outra*”.

En calquera caso, unha modificación considerarase substancial cando se cumpra unha das condicións seguintes: a) que a modificación introduza condicións que, de teren figurado no procedemento inicial de adxudicación da concesión, terían permitido a selección de solicitantes distintos dos seleccionados inicialmente ou a aceptación dunha oferta diferente da aceptada inicialmente, ou terían atraído máis participantes no procedemento de adxudicación da concesión; b) que a modificación altere o equilibrio económico da concesión a favor do concesionario nun modo que non estaba previsto na concesión inicial; c) que a modificación amplíe considerablemente o ámbito da concesión.

e) Modificacións viables por non superaren certos limiares

Finalmente, será viable toda modificación dunha concesión, sen necesidade de verificar, se é ou non substancial, se o valor da modificación é inferior aos dous valores seguintes: i) o limiar indicado no artigo 8 da directiva, e ii) o 10 % do valor inicial da concesión.

En calquera caso, a modificación non poderá alterar a natureza global da concesión.

Para a directiva, en todo momento debe ser posible introducir modificacións da concesión que dean lugar a unha pequena modificación do valor do contrato que non supere un determinado nivel, sen que sexa necesario efectuar un novo procedemento de concesión.

Para iso, co fin de garantir a seguridade xurídica, a directiva prevé limiares *de minimis*, por debaixo dos cales non se exixirá un novo procedemento de adxudicación.

Estes son, polo tanto, os supostos taxados en que é posible a modificación dunha concesión.

4.2 Algunhas ideas que se desprenden da regulación da Directiva de concesións

Da lectura da directiva podemos extraer as seguintes conclusións:

En primeiro lugar, a directiva leva a cabo unha harmonización completa das normas relativas á modificación das concesións, establecendo e definindo os supostos en que as ditas modificacións son viables.

En segundo lugar, a directiva é precisa, clara e incondicional, de tal xeito que, dado o seu detalle e a súa precisión, sería posible a súa aplicación sen necesidade dunha norma de transposición que a concrete.

En terceiro lugar, a directiva emprega os seus propios conceptos e definicións para determinar cando é posible unha modificación. Así, por exemplo, usa conceptos xurídicos indeterminados como “alterar a natureza global da concesión”, “modificación substancial”, “circunstancias que un poder dilixente non podía prever”, “obra adicional”, etc., que son conceptos autónomos do dereito comunitario.

En cuarto lugar, a directiva establece como regra xeral a posibilidade de modificar a concesión por debaixo de certos limiares e sen ningún tipo de límite e condicionante. Da mesma forma e como regra xeral, permítese a modificación da concesión salvo que a modificación sexa considerada substancial.

En quinto lugar, a Directiva de concesións é máis flexible e máis posibilista á hora de permitir a modificación obxectiva das concesións que a xurisprudencia do TXUE³⁹ anterior á directiva.

Pois ben, vista a regulación que realiza a directiva das modificacións obxectivas das concesións, a pregunta que debemos facernos é se a norma española realizou unha transposición axeitada dela ou se, pola contra, a transposición foi incorrecta.

5 As modificacións obxectivas das concesións na LCSP 2017

Igual que a directiva, a LCSP 2017, nos artigos 204 a 205, establece os supostos en que cabe a modificación dunha concesión durante a súa execución e que, polo tanto, non dan lugar á obriga de iniciar un novo procedemento. Cabe indicar que a modificación das concesións se regula de forma conxunta coa modificación do resto de contratos.

Non obstante, nos artigos 270 e 290 da LCSP establécense algunhas singularidades na regulación das modificacións das concesións e no equilibrio económico do contrato.

Pois ben, debemos adiantar que a regulación que realiza a LCSP non só modula e matiza os conceptos comunitarios, senón que ademais é moito máis restritiva que a directiva á hora de permitir as modificacións obxectivas das concesións.

Vexamos cales son os supostos⁴⁰.

5.1 Causas de modificación na LCSP 2017

a) *Modificacións previstas nos pregos*

De conformidade co establecido no artigo 2014 da LCSP, as concesións poderán modificarse ata un máximo do 20 % do prezo inicial cando nos pregos de cláusulas administrativas particulares se tivese advertido expresamente desta posibilidade, na forma e co contido seguintes: a) A cláusula de modificación deberá estar formulada de xeito claro, preciso e inequívoco; b) Así mesmo, no que respecta ao seu contido, a cláusula de modificación deberá precisar co detalle suficiente: o seu alcance, límites e natureza; as condicións en que poderá facerse uso dela por referencia a circunstancias cuxa concorrencia se poida verificar de forma obxectiva; e o procedemento que cumpra seguir para realizar a modificación. A cláusula de modificación establecerá, así mesmo, que a modificación non poderá supor o establecemento de novos prezos unitarios non previstos no contrato.

Do mesmo xeito, indicase, igual que na directiva, que en ningún caso os órganos de contratación poderán prever no prego de cláusulas administrativas particulares modificacións que poidan alterar a natureza global do contrato inicial.

39 Para GALLEGO CÓRCOLES, I., "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", cit., p. 109, "o estudo das modificacións contractuais nas novas directivas resulta ineludible porque, a priori, introduce certa innovación sobre a doutrina do TXUE na materia".

40 Unha análise detallada dos distintos supostos que permiten a modificación na nova LCSP pode verse en LOZANO CUTANDA, B., "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos", Lozano Cutanda, B., e Calatayud Prats, I. (coords.), *Guía rápida de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 187.

Como se pode comprobar, a LCSP é máis restritiva que a directiva, pois, mentres que esta última permite a modificación con independencia do seu valor pecuniario, a primeira establece un límite de ata un máximo do 20 %.

Que sentido económico ou xurídico ten limitar a posibilidade de modificación ata un máximo do 20 % do prezo inicial ao 20 % cando a directiva non impón límite cuantitativo ningún? Coincidimos con BAÑO LEÓN cando afirma que ten sentido que a nosa Administración Pública teña menos marxe de actuación que a Administración francesa, alemá ou belga, cando os problemas dos mercados públicos son substancialmente os mesmos⁴¹.

Desde o noso punto de vista, esta restrición cualitativa non ten ningún sentido, máxime cando se respecta o principio de libre concorrència ao estaren os posibles modificados descritos nos pregos, de maneira que estes foron coñecidos polos licitadores, que puideron realizar as súas ofertas atendendo a eles.

Sen dúbida ningunha, unha restrición deste tipo impide prever necesidades futuras e ampliación de investimentos, e iso sen ningunha xustificación.

b) Obras ou servizos adicionais

O artigo 205 sinala que é posible a modificación e adxudicar de forma directa ao concesionario orixinal sen necesidade dun novo concurso cando devíñese necesario engadir obras, subministracións ou servizos adicionais aos inicialmente contratados, sempre e cando se dean os dous requisitos seguintes:

1.º Que o cambio de contratista non fose posible por razóns de tipo económico ou técnico; por exemplo, que obrigase ao órgano de contratación a adquirir obras, servizos ou subministracións con características técnicas diferentes dos inicialmente contratados cando estas diferenzas dean lugar a incompatibilidades ou a dificultades técnicas de uso ou de mantemento que resulten desproporcionadas. E, así mesmo, que o cambio de contratista xerese inconvenientes significativos ou un aumento substancial de custos para o órgano de contratación.

En ningún caso se considerará un inconveniente significativo a necesidade de celebrar unha nova licitación para permitir o cambio de contratista.

2.º Que a modificación do contrato implique unha alteración na súa contía que non exceda, illada ou conxuntamente con outras modificacións acordadas conforme este artigo, o 50 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído.

Novamente, o artigo 205 da LCSP é máis restritivo que o artigo 43 da Directiva 2014/23/UE, pois establece que o límite do 50 % se aplicará ás modificacións illadas ou sucesivas, mentres que a directiva se refire ao límite por cada modificación illada, isto é, sen que en caso de modificacións sucesivas se sumen.

c) Circunstancias imprevisibles

41 Cfr. BAÑO LEÓN, J.M., "El «modificado» de los contratos", Gimeno Feliú, J.M. (dir.) *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1350 e 1351, quen engade que non se pode pór como xustificación que con iso se reforza a libre competencia ou se loita contra a corrupción, pois é patente que o límite cuantitativo previsto no contrato en nada afecta á defensa dos fins públicos que están suficientemente atendidos coas garantías de fondo e coa publicidade e os controis.

Para a LCSP, de conformidade co artigo 205, é posible modificar a concesión cando a necesidade de modificala derive de circunstancias sobrevidas e que fosen imprevisibles no momento en que tivo lugar a licitación, sempre e cando se cumpran as tres condicións seguintes:

- 1.º Que a necesidade da modificación derive de circunstancias que unha Administración dilixente non tería podido prever.
- 2.º Que a modificación non altere a natureza global do contrato.
- 3.º Que a modificación do contrato implique unha alteración na súa contía que non exceda, illada ou conxuntamente con outras modificacións acordadas conforme este artigo, o 50 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído.

Nun principio, a LCSP, igual que a Directiva de concesións, permite a modificación cando a necesidade desta derive de circunstancias que un poder adxudicador ou entidade adxudicadora dilixente non podía prever. Atopámonos, pois, ante un suposto aberto, un concepto xurídico indeterminado que pode e debe englobar calquera suposto imprevisible que haberá que analizar caso por caso, e entre os que se poden incluír os erros imprevisibles, a necesidade de incorporar avances técnicos que excedan o normal, o caso fortuíto e a forza maior, o *factum principis* e, por suposto, acontecementos cualificados de risco imprevisible.

Unicamente o artigo 205 da LCSP é máis restritivo que o artigo 43 da Directiva 2014/23/UE, pois establece que o límite do 50 % se aplicará ás modificacións illadas ou sucesivas, mentres que a directiva se refire ao límite por cada modificación illada, isto é, sen que en caso de modificacións sucesivas se sumen.

Non obstante, o artigo 205 da LCSP debe ser complementado co regulado nos artigos 262⁴², 270 e 290⁴³ da LCSP que regulan o dereito ao reequilibrio do contrato e a conseguinte modificación.

42 De conformidade co artigo 262 da LCSP "1. O órgano de contratación poderá acordar, cando o interese público o exixa e se concorren as circunstancias previstas nesta lei, a modificación das obras, así como a súa ampliación, procedéndose, se é o caso, á revisión do plan económico-financiero co fin de acomodalo ás novas circunstancias. 2. Toda modificación que afecte ao equilibrio económico da concesión rexerese polas normas xerais de modificación e polo disposto no artigo 270 desta lei".

43 De conformidade co artigo 290 relativo á modificación do contrato e o seu reequilibrio:
 "1. A Administración poderá modificar as características do servizo contratado e as tarifas que deben ser aboadas polos usuarios, unicamente por razóns de interese público e se concorren as circunstancias previstas na subsección 4.ª da sección 3.ª do capítulo I do título I do libro segundo desta lei.
 2. Cando as modificacións afecten ao réxime financeiro do contrato, deberase compensar á parte correspondente de maneira que se manteña o equilibrio dos supostos económicos que foron considerados como básicos na adxudicación do contrato.
 3. No caso de que os acordos que dite a Administración respecto ao desenvolvemento do servizo carezan de transcendencia económica, o concesionario non terá dereito a indemnización por razón destes.
 4. Deberase restablecer o equilibrio económico do contrato, en beneficio da parte que corresponda, nos seguintes supostos:
 a) Cando a Administración realice unha modificación das sinaladas no apartado 1 deste artigo concorrendo as circunstancias alí establecidas.
 b) Cando actuacións da Administración pública concedente, polo seu carácter obrigatorio para o concesionario, determinasen de forma directa a ruptura substancial da economía do contrato.
 Fóra dos casos previstos nas letras anteriores, unicamente procederá o restablecemento do equilibrio económico do contrato cando causas de forza maior determinasen de forma directa a ruptura substancial da economía do contrato. Para estes efectos, entenderase por causas de forza maior as enumeradas no artigo 239 desta lei.
 En todo caso, non existirá dereito ao restablecemento do equilibrio económico financeiro por incumprimento das previsións da demanda recollidas no estudo da Administración ou no estudo que puidese realizar o concesionario.
 5. Nos supostos previstos no apartado anterior, o restablecemento do equilibrio económico do contrato realizarase mediante a adopción das medidas que en cada caso procedan. Estas medidas poderán consistir na modificación das tarifas a aboar polos usuarios, a modificación da retribución a aboar pola Administración concedente, a redución do prazo da concesión e, en xeral, en calquera modificación das cláusulas de contido económico incluídas no contrato. Así mesmo, nos casos previstos na letra b) e no último parágrafo do apartado

En primeiro lugar e polo que respecta ás concesións de obra, o artigo 270 indica que o concesionario ten dereito ao reequilibrio da concesión e, polo tanto, á súa modificación cando a Administración realice unha modificación das sinaladas no artigo 262, isto é, a modificación das obras, así como a súa ampliación, procedéndose, se é o caso, á revisión do plan económico-financieiro co fin de acomodalo ás novas circunstancias.

Do dito precepto parece desprenderse que só cabe o dereito ao reequilibrio e, polo tanto, á modificación da concesión nos supostos en que a circunstancia imprevisible afecte á obra, pero non nos supostos en que a circunstancia imprevisible afecte á explotación desta. Esa restrición choca frontalmente coa vontade da directiva, que non exclúe ningún suposto.

En segundo lugar, a LCSP establece nos artigos 270 e 290 un suposto que, aínda que puidese derivar de circunstancias que unha Administración dilixente non tivese podido prever, nunca pode dar lugar ao dereito ao reequilibrio e, polo tanto, á modificación do contrato; en concreto, o incumprimento das previsións da demanda recollidas no estudo da Administración ou no estudo que puidese realizar o concesionario.

Desta maneira, aínda que o incumprimento das previsións da demanda recollidas no estudo da Administración puidese ser consecuencia de circunstancias imprevisibles, non pode dar lugar ao restablecemento do equilibrio do contrato nin, consecuentemente, á modificación.

En terceiro lugar, os artigos 270 e 290 recollen dous supostos que, a pesar de se poderen incardinar dentro do concepto "circunstancias que unha Administración dilixente non tivese podido prever", non obstante o seu acaecemento non dá lugar ao dereito do concesionario ao reequilibrio e, en consecuencia, á modificación. Referímonos a circunstancias imprevisibles derivadas do *factum principis* dunha Administración non concedente e de avances técnicos; en concreto: a) a aprobación dunha disposición xeral por unha Administración distinta da concedente con posterioridade á formalización do contrato⁴⁴; b) Cando o concesionario deba incorporar, por estar obrigado a iso legal ou contractualmente, ás obras ou á súa explotación avances técnicos que as melloren notoriamente e cuxa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producise con posterioridade á formalización do contrato.

Nestes supostos, o único que cabe é a desistencia do concesionario e a conseguinte resolución do contrato sen indemnización para ningunha das partes.

anterior, poderá ampliarse o prazo do contrato por un período que non exceda un 15 por cento da súa duración inicial, respectando os límites máximos de duración previstos legalmente.

6. O contratista terá dereito a desistir do contrato cando este resulte extraordinariamente oneroso para el, como consecuencia dunha das seguintes circunstancias:

a) A aprobación dunha disposición xeral por unha Administración distinta da concedente con posterioridade á formalización do contrato.

b) Cando o concesionario deba incorporar, por estar obrigado a iso legal ou contractualmente, ás obras ou á súa explotación avances técnicos que as melloren notoriamente e cuxa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producise con posterioridade á formalización do contrato.

Entenderase que o cumprimento do contrato devén extraordinariamente oneroso para o concesionario cando a incidencia das disposicións das administracións ou o importe das melloras técnicas que deban incorporarse supoñan un incremento neto anualizado dos custos de, polo menos, o 5 por cento do importe neto da cifra de negocios da concesión polo período que reste ata a súa conclusión. Para o cálculo do incremento deducíranse, se é o caso, os posibles ingresos adicionais que a medida puidese xerar.

Cando o contratista desistise do contrato como consecuencia do establecido neste apartado, a resolución non dará dereito a indemnización ningunha para ningunha das partes".

44 Pola contra, si se ten dereito ao reequilibrio e, polo tanto, á modificación cando actuacións da Administración pública concedente, polo seu carácter obrigatorio para o concesionario, determinasen de forma directa a ruptura substancial da economía do contrato. Isto é, en supostos de *factum principis* causados pola Administración concedente.

Da lectura e análise dos preceptos analizados, podería pensarse que non cabe, en ningún caso, a modificación das concesións en supostos de incumprimento das previsións da demanda recollidas no estudo da Administración ou a modificación en supostos derivados da aprobación dunha disposición xeral por unha Administración distinta da concedente con posterioridade á formalización do contrato ou cando o concesionario deba incorporar, por estar obrigado a iso legal ou contractualmente, ás obras ou á súa explotación avances técnicos que as melloren notoriamente e cuxa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producise con posterioridade á formalización do contrato.

Esta interpretación é, desde o noso punto de vista, totalmente inviable, pois chocaría co disposto no artigo 43 da directiva, que permite a modificación cando derive de circunstancias que un poder adjudicador ou entidade adjudicadora dilixente non podía prever, e dentro deste suposto da directiva poderíanse incardinar, sen dúbida ningunha, os conceptos patrios de erro imprevisible, avances técnicos, forza maior, *factum principis* e de risco imprevisible, ou calquera outro que sexa así interpretado polo TXUE, sen que caiba á norma nacional restrinxir ou matizar un concepto europeo.

Precisamente, dado que a Directiva de concesións establece un suposto aberto, un concepto xurídico indeterminado que pode e debe englobar calquera suposto imprevisible, que haberá que analizar caso por caso, sería contraria a ela a fixación polo lexislador nacional de supostos que, podendo derivar de circunstancias imprevisibles, están excluídos *a priori*.

Por este motivo, a única interpretación plausible e conforme co dereito comunitario é que o que regulan os artigos 270 e 290 son aqueles supostos en que o concesionario ten dereito a exixir o reequilibrio da concesión e, en consecuencia, a obriga da Administración de modificar o contrato sempre que se respecten os límites cualitativos da modificación.

É dicir, na nova LCSP o acontecemento dun suposto considerado como risco imprevisible ou un *factum principis* xerado por unha Administración non concedente non habilita ou non lle atribúe un dereito ao concesionario para solicitar o equilibrio e unha correlativa obriga da Administración a aceptalo, senón que, pola contra, estes supostos se tornan nunha prerrogativa da Administración que poderá exercer, ou non, discrecionalmente, en caso de que acontezan, a modificación que, en caso de que se exerza, xerará un reequilibrio do contrato.

En definitiva, a Administración poderá modificar o contrato nos supostos en que sucedan circunstancias imprevisibles como, por exemplo, avances técnicos, *factum principis* xerados por unha Administración non concedente e supostos de risco imprevisible, caso en que, e só se se modifica o contrato, nace o dereito do concesionario ao reequilibrio. O que, pola contra, desaparece é o dereito do concesionario a exixir o reequilibrio, coa conseguinte obriga da Administración de modificar o contrato, en supostos de avances técnicos, *factum principis* xerados por unha Administración non concedente e supostos de risco imprevisible⁴⁵.

45 Como indica HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., "La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico", cit., p. 215, "De acordo con esta configuración legal, o restablecemento do equilibrio económico é a consecuencia e non a causa da modificación do contrato. Isto significa que, ben que a maior onerosidade derivada dunha novación obxectiva ten como contrapartida a obriga da Administración de compensar o contratista, non cabe modificar o obxecto do contrato co fin de equilibrar a súa economía. Convén subliñar que isto non sempre se entendeu así, sendo motivo de interpretacións diversas. Non obstante, na actualidade a lexislación exclúe esa posibilidade (arts. 258.2 e 282.4 TRLCSP), o que obriga a constatar se a modificación do contrato trae causa no seu desequilibrio económico ou ao revés".

Estes supostos pasaron de ser un dereito do concesionario a converterse nunha prerrogativa discrecional da Administración que poderá exercer se o considera conveniente. O reequilibrio deixa de ser a causa da modificación para ser a súa consecuencia⁴⁶.

Esta é a única interpretación plausible e que non choca coa Directiva de concesións.

d) Modificacións non substanciais e modificacións viables por non superaren certos limiares

Sen ningunha dúbida, é nas modificacións *de minimis* e nas modificacións non substanciais onde se produce unha regulación máis restritiva⁴⁷ que, ao noso xuízo, desnaturaliza o obxectivo da Directiva de concesións.

Así, para o artigo 205 da LCSP, en calquera caso, unha modificación considerárase substancial cando se cumpra unha ou varias das condicións seguintes:

1.º Que a modificación introduza condicións que, de teren figurado no procedemento de contratación inicial, terían permitido a selección de candidatos distintos dos seleccionados inicialmente ou a aceptación dunha oferta distinta da aceptada inicialmente ou terían atraído máis participantes no procedemento de contratación⁴⁸.

2.º Que a modificación altere o equilibrio económico do contrato en beneficio do contratista dun xeito que non estaba previsto no contrato inicial⁴⁹.

3.º Que a modificación amplíe de forma importante o ámbito do contrato.

En todo caso, considerárase que se amplía de forma importante o ámbito do contrato cando: (i) O valor da modificación supoña unha alteración na contía do contrato que exceda, illada ou conxuntamente, o 15 por cento do seu prezo inicial, IVE excluído, se se trata do contrato de obras, ou un 10 por cento, IVE excluído, cando se refira aos demais contratos, ou ben que supere o limiar que en función do tipo de contrato resulte de aplicación de entre os sinalados nos artigos 20 a 23. (ii) As obras, servizos ou subministracións obxecto de modificación se atopen dentro do ámbito doutro contrato, actual ou futuro, sempre que se iniciase a tramitación do expediente de contratación.

Como se pode comprobar, a norma española suprime as modificacións *de minimis*, isto é, suprime a posibilidade de modificar a concesión, sen necesidade de verificar, se é ou non substancial, se a modificación é inferior ao 10 % do valor inicial da concesión.

46 Cfr. CALATAYUD PRATS, I., "Contrato de concesión de obras y concesión de servicios", Lozano Cutanda, B., e Calatayud Prats, I. (coords.), *Guía rápida de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p. 187.

47 Tal como manifesta GIMENO FELLÚ, J.M., "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público", *Jornada sobre el Impacto de las nuevas Directivas contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público*, Facultade de Dereito. Universidade da Coruña, 2 de maio de 2016 (www.obcp.es), p. 73, "do exposto, compróbase que o réxime de modificación do contrato é máis restritivo que o que establecen as novas directivas comunitarias (artigo 72 da directiva). Introdúcese o adverbio "só", coa finalidade de advertir o carácter excepcional da opción de modificar e limitanse posibilidades. Non hai modificados de minimis".

48 En todo caso, considerárase que introduce condicións que, de teren figurado no procedemento de contratación inicial, terían permitido a selección de candidatos distintos, cando a obra ou o servizo resultantes do proxecto orixinal ou do prego, respectivamente, máis a modificación que se pretenda, requiran dunha clasificación do contratista diferente da que, se é o caso, se exixiu no procedemento de licitación orixinal.

49 En todo caso, considerárase que a modificación altera o equilibrio económico cando, como consecuencia da modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra novas cuxo importe representaría máis do 50 por cento do orzamento inicial do contrato.

Do mesmo xeito, o artigo 205 da LCSP amplía os supostos en que a directiva considera que unha modificación é substancial ao incluír como modificación substancial calquera modificación por enriba do 10 % ou de 5.186.000 euros, e iso aínda que a modificación non se incardine dentro dos supostos que a directiva considera como modificacións substanciais.

É dicir, aínda que a modificación non introduza condicións que, de teren figurado no procedemento inicial de adxudicación da concesión, terían permitido a selección de solicitantes distintos dos seleccionados inicialmente aínda que a modificación non altere o equilibrio económico da concesión a favor do concesionario e aínda que a modificación non amplíe considerablemente o ámbito da concesión; non obstante, se a modificación supera o 10 %, sempre vai ter a consideración de modificación substancial e, polo tanto, non vai poder ser posible esta, sendo obrigada a resolución contractual, coas consecuencias que iso ten.

Pois ben, unha vez cotexada a Directiva 2014/23/UE coa LCSP e unha vez constatado o carácter máis restritivo da norma estatal e a inclusión e variación dos conceptos de dereito comunitario, a pregunta que debemos tratar de resolver é se a dita restrición e modulación dos conceptos comunitarios é conforme a dereito.

6 Incorrecta transposición da Directiva de concesións

Tal como comprobamos, os artigos da LCSP que regulan a modificación obxectiva das concesións son máis restritivos e engaden condicións e requisitos que van máis alá do disposto pola directiva e que, en certo modo, dificultan a consecución dos obxectivos que persegue a directiva; no noso caso, permitir as modificacións cando non afecten substancialmente á concesión.

Así, comprobamos como a norma española suprime as modificacións *de minimis*, isto é, suprime a posibilidade de modificar a concesión, sen necesidade de verificar se é ou non substancial, nos supostos en que a modificación é inferior ao 10 % do valor inicial da concesión.

Do mesmo xeito, vimos como o artigo 205 da LCSP amplía os supostos en que a directiva considera que unha modificación é substancial ao incluír como tal calquera modificación por enriba do 10 % ou de 5.186.000 euros.

Tamén comprobamos como, nas modificacións fixadas nos pregos, mentres a directiva permite a modificación con independencia do seu valor pecuniario, a LCSP establece un límite de ata un máximo do 20 % do valor do contrato inicial.

Igualmente, podería pensarse que a norma estatal, a diferenza da directiva, exclúe como circunstancia imprevisible os supostos de incumprimento das previsións da demanda recollidas no estudo da Administración; ou supostos derivados da aprobación dunha disposición xeral por unha Administración distinta da concedente con posterioridade á formalización do contrato; ou supostos en que o concesionario deba incorporar ás obras ou á súa explotación avances técnicos que as melloren notoriamente e cuxa dispoñibilidade no mercado, de acordo co estado da técnica, se producise con posterioridade á formalización do contrato.

Esta interpretación, como indicamos, é totalmente inviable, pois chocaría co disposto no artigo 43 da directiva, que permite a modificación cando esta derive de circunstancias que un poder adxudicador ou entidade adxudicadora dilixente non podía prever.



Finalmente, é máis restritiva a normativa estatal ao indicar, nos supostos de obras adicionais e circunstancias imprevisibles, que o límite do 50 % se aplica ás modificacións illadas ou sucesivas, mentres que a directiva se refire ao límite por cada modificación illada, isto é, sen que en caso de modificacións sucesivas se sumen.

Pois ben, á vista do exposto, é un dato certo que a maior parte dos problemas de mala aplicación e de execución do dereito comunitario proceden, precisamente, de defectos na transposición das directivas.

A transposición das directivas debe ser, cando estas son detalladas e incondicionais, o máis fidedigna posible, debendo ser traspostas do xeito máis literal posible, co fin de garantir o respecto da unidade de interpretación e aplicación do dereito comunitario⁵⁰.

Precisamente, os Estados membros deben evitar engadir á lexislación nacional de aplicación condicións e requisitos que non sexan necesarios para traspasar a directiva en cuestión, en caso de que as ditas condicións ou requisitos poidan dificultar a consecución dos obxectivos que persegue a directiva⁵¹.

No noso caso, a Directiva de concesións e en concreto a regulación que realiza o artigo 43 dos supostos en que cabe a modificación das concesións é unha regulación clara, detallada e incondicional, na cal se establecen as definicións e se fixan con precisión os límites, sen deixar marxe de actuación ao Estado membro⁵², o cal deba dar lugar á súa transcripción literal⁵³.

Sen dúbida ningunha, nos casos de directivas detalladas e incondicionais, a súa transcripción facilita a incorporación e limita as interpretacións desviadas da directiva, debendo lembrar que, no caso das disposicións preceptivas ou incondicionais, a Comisión e o Tribunal poñen máis atención na redacción das medidas nacionais, que deben ser idénticas ás disposicións da directiva⁵⁴.

50 Ditame do Comité Económico e Social Europeo sobre a «Comunicación da Comisión –Unha Europa de resultados– A aplicación do dereito comunitario» COM(2007) 502 final (2008/C 204/02) apartados 2 a 4.

51 Recomendación da Comisión do 12 de xullo de 2004 relativa á transposición ao dereito nacional das directivas que afectan ao mercado interior (texto pertinente para os efectos do EEE) (2005/309/CE, apartado 6).

52 Sobre o carácter incondicional da regulación das modificacións que realiza a Directiva de concesións pronúnciase GIMENO FELIÚ, J.M., “El efecto directo de las nuevas directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las directivas en España”, *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, n. 52, 2016, pp. 297 e 302.

53 Tal como indica o Ditame do Comité Económico e Social Europeo sobre a «Comunicación da Comisión –Unha Europa de resultados– A aplicación do dereito comunitario» COM(2007) 502 final (2008/C 204/02) apartados 4.1), “a Comisión é favorable a este procedemento de transposición literal e pon particularmente atención a que as definicións recollidas nas directivas sexan fielmente reproducidas no texto de transposición, co fin de evitar toda diverxencia semántica ou conceptual que prexudicaría a aplicación uniforme do dereito comunitario nos Estados membros e a súa eficacia”.

En termos similares pronúnciase o Informe do Consello de Estado sobre a inserción do dereito europeo no ordenamento español, do 14 de febreiro de 2008, pp. 176 e 177, ao estudar a transposición das directivas, cando indica que “se o artigo 249 TCE a configura como unha norma de contidos xerais e cun claro obxectivo a alcanzar, que deixa unha marxe de actuación considerable aos Estados membros, na práctica o contido das directivas foise facendo cada vez máis complexo –tamén pola influencia da técnica anglosaxoa– ata convertelas nunha regulación minuciosa da materia. Esta característica dalgunhas directivas fomenta a práctica da transcripción literal do seu contido; mesmo se formulou se a escasa marxe de actuación de que en tales casos dispoñen os Estados membros non xustificaría a incorporación da directiva ao dereito interno como norma regulamentaria, prescindindo do chanzo intermedio constituído pola decisión estatal”.

54 En palabras do Informe do Consello de Estado sobre a inserción do dereito europeo no ordenamento español, do 14 de febreiro de 2008, pp. 180 e 181, “A transcripción literal facilita a incorporación e quizais limita as interpretacións desviadas da directiva, (...) cando a redacción da directiva sexa moi detallada, óptase pola transcripción literal para evitar que a utilización doutra terminoloxía sexa viveiro de conflitos e eventual fundamento dalgunha imputación de infracción do dereito comunitario. Cómpre lembrar que a Comisión vixía de preto que se recollan coa maior fidelidade posible os preceptos comunitarios que se incorporan e, aínda que esa vixilancia non impón a súa copia literal, o certo é que na práctica se tende a ela”.

Resulta que a regulación clara e incondicionada que realiza a Directiva de concesións das modificacións obxectivas non deixa marxe de apreciación ou discrecionalidade aos Estados membros, os cales, pola contra, se ven obrigados a transcribila sen posibilidade de establecer un réxime máis rigoroso, so pena de desnaturalizar e quebrar os obxectivos da Unión Europea⁵⁵.

No noso caso, a directiva, consciente de que os contratos de concesión adoitan incluír réximes técnicos e financeiros duradeiros e complexos, que con frecuencia están suxeitos a vaivéns das circunstancias, introduce a necesaria flexibilidade para adaptar a concesión ás circunstancias cambiantes e, igualmente, fixa a posibilidade de introducir modificacións na concesión que dean lugar a unha pequena variación do valor do contrato que non supere un determinado nivel, sen que sexa necesario efectuar un novo procedemento de concesión. Para iso, co fin de garantir a seguridade xurídica, a directiva prevé límites *de minimis*, por debaixo dos cales non exige un novo procedemento de adxudicación e establece conceptos abertos como “circunstancias que un poder dilixente non podía prever” ou “altere a natureza global do contrato” que permiten adaptar o obxecto da concesión aos acontecementos.

Precisamente, con este obxectivo, a directiva comunitaria emprega unha serie de conceptos xurídicos que, sen dúbida, son autónomos do dereito comunitario, para determinar cando é posible unha modificación e con que requisitos. Así, por exemplo, os conceptos “altere a natureza global do contrato”, “modificación substancial”, “circunstancias que un poder dilixente non podía prever”, “obra adicional”, etc.

Neste sentido, as exigencias tanto da aplicación uniforme do dereito comunitario como do principio de igualdade implican que o teor dunha disposición de dereito comunitario que non conteña unha remisión expresa ao dereito dos Estados membros para determinar o seu sentido e o seu alcance debe normalmente ser obxecto dunha interpretación autónoma e uniforme en toda a Comunidade, que debe realizarse tendo en conta o contexto da disposición e o obxectivo perseguido pola normativa de que se trate.

Así, tal como indicou o TXUE na Sentenza do 15 de maio de 2003, asunto C-214/00, apartado 30: “*ao adaptar o seu ordenamento xurídico interno ás directivas comunitarias, os Estados*

55 En contra pronúnciase o Consello de Estado no Ditame 116/2015 ao Anteproxecto de LCSP cando indica que: “*unha vez decidida polo lexislador europeo a positivización do réxime de modificación dos contratos públicos (que ata a Directiva 2014/24/UE era simplemente obxecto de interpretación xurisprudencial), calquera endurecemento deste réxime debe articularse coa máxima cautela, na medida en que supón limitar as posibilidades de reformas contractuais de que noutros países membros si disporán os seus poderes adxudicadores. Con todo, este xuízo será sempre de oportunidade, xa que ese endurecemento non suscita dúbida ningunha respecto á súa viabilidade xurídica. Noutras palabras, sendo a directiva un instrumento que obriga o Estado membro destinatario en canto ao resultado que deba conseguirse, deixándolles, non obstante, ás autoridades nacionais a elección da forma e dos medios (artigo 288 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea), ten cabida dentro da marxe de discrecionalidade de que goza o lexislador a incorporación de condicións máis estritas para a modificación dos contratos públicos, tendo en conta que non encerran risco ningún para o principio de igualdade de trato dos licitadores que, en última instancia, se intenta preservar con esta regulación. En cambio, a relaxación das condicións da Directiva 2014/24/UE si debe entenderse prohibida polo dereito europeo (...). A xuízo do Consello de Estado, non resulta reprochable, en termos de oportunidade, o endurecemento que o anteproxecto supón nos dous aspectos antes diseccionados. Dunha banda, porque a fixación de límites porcentuais que operen de forma tanto illada como conxunta é tradicional no noso dereito e evita un difícil xuízo acerca de se as modificacións sucesivas obedecen ou non a unha mesma circunstancia ou necesidade. Doutra banda, porque a conversión dun dos límites de minimis (o porcentual) nun límite máximo impide modificacións contractuais por enriba deste que non estean previstas nos pregos nin respondan a necesidades adicionais ou circunstancias imprevistas, a partir dunha sempre comprometida valoración de se tales modificacións teñen ou non como resultado un contrato de natureza materialmente diferente ao celebrado nun principio*”. Non obstante, fronte á dita argumentación, cabe responder que non nos atopamos ante unha directiva que enuncia obxectivos xerais e que lles deixan unha ampla marxe de manobra e elección aos Estados membros, senón que, pola contra, estamos ante unha directiva cun contido claro e incondicional que non lle deixa marxe de elección ao lexislador e, igualmente, que a directiva ten como finalidade flexibilizar o réxime da modificación de tal xeito que unha regulación máis restritiva rompe e desnaturaliza o obxectivo querido e deseñado pola Unión Europea.

*membros están obrigados a respectar o sentido dos termos e conceptos empregados nestas, co fin de garantir a uniformidade da interpretación e a aplicación dos textos comunitarios nos distintos Estados membros*⁵⁶”.

A nosa norma, pola contra, desnaturaliza os conceptos xurídicos abertos da directiva; así, nalgúns supostos como as circunstancias imprevisibles, restrínxeos e elimina a posibilidade de interpretación dos órganos xurisdicionais, incluído o TXUE; noutras ocasións elimina supostos, como a modificación *de minimis*, que permite a modificación sen limitación; e, igualmente, noutros, como nas modificacións substanciais, engade supostos non considerados na norma que desnaturaliza o concepto e a finalidade da directiva.

Ao noso xuízo, a Directiva de concesións leva a cabo unha harmonización das normas relativas á modificación das concesións, e os Estados membros non poden modificar o contido dos conceptos definidos pola directiva, nin sequera para garantir un grao máis elevado de protección dos participantes no proceso selectivo. De feito, establécese un réxime completo que pretende garantir a seguridade xurídica dos investimentos e do concesionario⁵⁷.

Polo exposto podemos afirmar que a LCSP, polo que respecta á modificación das concesións, é contraria á directiva comunitaria.

Agora ben, a norma nacional non só é, ao noso xuízo, contraria á directiva comunitaria, senón que, ademais, a súa aplicación pode e vaille causar importantes prexuízos ao interese público.

56 Igualmente, a Sentenza TXUE do 18 de xaneiro de 1984, Ekro, C-327/82, apartado 11 e STUE do 19 de setembro de 2000, asunto C-287/98, apartado 43.

57 A Directiva de concesións, no seu considerando 75, é clara ao expresar o mandato de que debe ser posible introducir modificacións da concesión que dean lugar a unha pequena modificación do valor do contrato que non supere un determinado nivel, sen que sexa necesario efectuar un novo procedemento de concesión, e por iso, co fin de garantir a seguridade xurídica, prevense limiares *de minimis*, por debaixo dos cales non se exixirá un novo procedemento de adjudicación. Sinala, utilizando o imperativo, que deben ser posibles as modificacións da concesión por enriba deses limiares sen que sexa necesario efectuar un novo procedemento de adjudicación na medida en que esas modificacións se axusten a algúns requisitos.

Cabe recordar a Sentenza do TXUE do 19 de outubro de 2017, asunto C-295/16, na cal se analiza a normativa española sobre prácticas comerciais desleais das empresas nas súas relacións cos consumidores, normativa que era máis restritiva que a regulada na directiva comunitaria. En concreto analizábase o artigo 14 da [LOCM], que tiña un carácter máis estrito que a directiva, ao prohibir en todo caso e sen proba en contrario a venda con perda –mesmo aos almacenistas–. Para o Tribunal de Xustiza, e cito literalmente: “38 No que atinxe, en segundo lugar, ao extremo de dilucidar se a prohibición de vender con perda controvertida no litixio principal ten carácter xeral no sentido da xurisprudencia ou se as excepcións a tal prohibición lles permiten aos tribunais nacionais determinar, tendo en conta o contexto fáctico de cada caso, se a venda con perda en cuestión presenta carácter «desleal» á luz dos criterios enunciados nos artigos 5 a 9 da Directiva sobre as prácticas comerciais desleais, é preciso recordar que o artigo 5 da dita directiva enuncia os criterios que permiten determinar as circunstancias en que unha práctica comercial debe considerarse desleal e, por conseguinte, prohibida (auto do 7 de marzo de 2013, Euro-nics Belgium, C-343/12, EU:C:2013:154, apartado 25). 39 A este respecto, o Tribunal de Xustiza declarou que a Directiva sobre as prácticas comerciais desleais leva a cabo unha harmonización completa das normas relativas ás prácticas comerciais desleais das empresas nas súas relacións cos consumidores e que, polo tanto, como prevé expresamente o seu artigo 4, os Estados membros non poden adoptar medidas máis restritivas que as definidas na referida directiva, nin sequera para garantir un grao máis elevado de protección dos consumidores (véxanse, neste sentido, a Sentenza do 14 de xaneiro de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft, C-304/08, EU:C:2010:12, apartado 41, e o auto do 30 de xuño de 2011, Wamo, C-288/10, EU:C:2011:443, apartado 33). 40 Neste caso, por un lado, consta que, por aplicación da disposición nacional controvertida no litixio principal, a venda con perda se considera en si mesma unha práctica comercial desleal e que non incumbe aos tribunais nacionais determinar, tendo en conta o contexto fáctico de cada caso, se tal venda presenta carácter desleal á luz dos criterios enunciados nos artigos 5 a 9 da Directiva sobre as prácticas comerciais desleais. Por outro lado, tamén consta sen discusión que as dúas excepcións á prohibición das vendas con perda que se consideran no artigo 14 da LOCM obedecen a criterios que non se previron na dita directiva.

41 Pois ben, conforme a xurisprudencia recordada no apartado 39 desta sentenza, os Estados membros non poden, ao estableceren criterios distintos dos enunciados no artigo 5 da Directiva sobre as prácticas comerciais desleais, adoptar medidas máis restritivas que as definidas nesa mesma directiva”.

7 Consecuencias prexudiciais para o interese público derivadas do carácter restritivo da LCSP en materia de modificacións

A excesiva rixidez coa que a LCSP regulou a modificación das concesións non só é, ao noso xuízo, contraria á Directiva de concesións, senón que a súa aplicación lle vai xerar prexuízos notables ao interese público.

En efecto, tal como reconece a Directiva de concesións no seu artigo 44 e igualmente a LCSP no seu artigo 211.1 letra g), a imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados, cando non sexa posible modificar o contrato conforme os artigos 204 e 205, dará lugar á resolución da concesión. Do mesmo xeito e como consecuencia da resolución, o artigo 213.4 da LCSP establece o dereito do concesionario a unha indemnización do 3 por cento do importe da prestación deixada de realizar, salvo que a causa sexa imputable ao contratista.

Desta maneira, a imposibilidade de executar a prestación nos termos inicialmente pactados, coa conseguinte obriga de resolver o contrato, vai supor, dada a procedencia de extinguir o pacto primixenio e tramitar unha nova licitación, non só un atraso na satisfacción do interese público a que responde a concesión, senón ademais un custo económico ao erario público, ao gañar o adjudicatario orixinal o dereito a unha indemnización do 3 % do importe da prestación deixada de realizar.

Coincidimos, polo tanto, cos autores que consideran que a ponderación entre liberdade de concorrencia e boa administración dos recursos públicos debера ter conducido a non endurecer os requisitos das directivas, pois en nada vai beneficiar o interese público representado pola pronta execución da obra, nin ás arcas públicas, que a nosa lei sexa moito máis rixida que as directivas mesmas e que a esa rixidez poida levar consigo o pagamento de cuantiosas indemnizacións⁵⁸, máxime cando o principio de libre concorrencia se reforzou cos límites procedementais e substantivos regulados na nova lei.

Pero é máis, non cabe dúbida de que unha maior rixidez na modificación obxectiva dos contratos, unha menor flexibilidade á hora posibilitar a adaptación da concesión a novas circunstancias, en definitiva un maior risco para o empresario privado, van ter como consecuencia un incremento da exigencia de rendibilidade do capital investido, pois, como é por todos sabido, a maior risco, exíxese maior rendibilidade, o cal vai ter como consecuencia un maior custo do investimento, o que necesariamente vai conducir a unha maior duración dos contratos e a un encarecemento das tarifas que deben satisfacer os usuarios.

Precisamente, a longa duración dos contratos de concesión e a conseguinte incerteza que o transcurso dun dilatado prazo de tempo implica teñen como consecuencia a necesidade de posibilitar a modificación do contrato para adaptalo ás necesidades que xurdan, e unha

58 Cfr. BAÑO LEÓN, J.M., "El «modificado» de los contratos", cit., p. 1352, para quen, "tendo en conta que no que nos consta os países membros máis poderosos economicamente optaron por utilizar toda a flexibilidade da directiva, non debía o lexislador terlle ofrecido á nosa Administración o mesmo marco? E sobre todo, coas garantías de publicidade e control xurisdiccional das directivas reforzadas, como logo veremos polo lexislador estatal, non se debería ter ponderado o dano á facenda pública que causan estas restricións? Ao meu xuízo a ponderación entre liberdade de competencia e boa administración dos recursos públicos debера conducir a non endurecer os requisitos das directivas, o que tería suposto unha ganancia neta nada desprezable para a facenda pública e o interese público representado pola pronta execución da obra, sen mingua apreciable do principio de libre competencia, que está suficientemente atendido cos límites procedementais e substantivos, nada desprezables, que impón a mesma lei".

restrición a esa necesidade de modificación vai repercutir nun encarecemento dos investimentos e do prezo que se paga polo uso destas.

Bibliografía

- ARIMANY LAMOGLIA, E., "El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo «autopista Madrid-Toledo (ap-41)»", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. extra, 2011,
- ARIÑO ORTIZ, G., *Lecciones de Administración (y políticas públicas)*, Iustel, Madrid, 2011.
- BLANQUER CRIADO, D., *Las concesiones de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- BAÑO LEÓN, J. M. "Del *ius variandi* a la libre concurrencia: la prohibición de modificación como regla general en los contratos públicos", *Anuario del Gobierno Local*, n. 1, 2012 (Ejemplar dedicado a: Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?).
- BAÑO LEÓN, J. M., "El «modificado» de los contratos", Gimeno Feliú, J. M. (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- BOCKMANN MOREIRA, E., "Contratos públicos de longo prazo, mutaços e seguranga jurídica", Fernández Acevedo, R., e Valcárcel Fernández, P (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2014.
- CALATAYUD PRATS, I., "Contrato de concesión de obras y concesión de servicios", Lozano Cutanda, B., e Calatayud Prats, I. (coords.), *Guía rápida de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018,
- CARLÓN RUIZ, M., "Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal", Muñoz Machado, S. (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. 1, 2010 (Fundamentos e instituciones de la regulación).
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., "Urgencia e imprevisibilidad en la contratación pública europea: jurisprudencia y nuevas Directivas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 163, 2014.
- DÍEZ SASTRE, S., "El régimen de modificación de los contratos públicos los nuevos límites del «*ius variandi*» y la autonomía de la voluntad", Almeida Cerrada, M., e Martín Delgado, I. (coords.), *La nueva contratación pública: actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo*, 13 e 14 de novembro de 2014, Toledo, 2015.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificados contractuales", Guillén Caramés, J., e Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública", *Las nuevas directivas de contratación*

pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), 2015.

GIMENO FELIÚ, J. M., "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público", *Jornada sobre el impacto de las nuevas Directivas contratos de la Unión Europea en la regulación de las modificaciones de contratos del sector público*, Facultad de Derecho. Universidade da Coruña, 2 de maio de 2016 (www.obcp.es).

GIMENO FELIÚ, J. M., "El efecto directo de las nuevas directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las directivas en España", *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, n. 52, 2016.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., "La nueva Directiva de concesiones un largo viaje con final esperado", *Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, 2015.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., "La modificación de los contratos públicos en la encrucijada: la crisis como causa de reequilibrio económico", Hernández González, F.L. (coord.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia, Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., "La construcción del contrato de concesión en el Derecho de la Unión Europea", Baño León, J.M. (coord.), *Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, tomo III, CEPC, Madrid, 2016.

JEZE, G., *Principios generales del derecho administrativo*, tomo II, trad. esp., Buenos Aires, 1949.

LOZANO CUTANDA, B., "Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos", Lozano Cutanda, B., e Calatayud Prats, I. (coords.), *Guía rápida de la Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018.

SALA ARQUER, J.M., "Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 56, 2004.

SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

VAZQUEZ MATILLA, F.J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Madrid, 2015.

VILLAR PALASÍA, J.L., "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 3, 1950.

regap



ESTUDIOS