

Nº 23
Tercer trimestre 2020

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 23. Septiembre 2020

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor de la Universidad a Distancia de Madrid (acreditado ANECA) y Director del Título de Especialista en Contratos Públicos. Abogado-Consultor. (www.jaimepintos.com)

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en
Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaría de Gobierno Local del Excmo.
Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal de la Universidad de
Castilla-La Mancha.
Director Académico de Internacionalización de la
Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción..... 11

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO DE UNA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA DESNIVELADO POR LA ACTUACIÓN (PREVISIBLE) DE OTRA ADMINISTRACIÓN DISTINTA A LA CONTRATANTE.

D. Francisco José Negro Roldan..... 15

ANÁLISIS CRÍTICO DEL EMPLEO DE UMBRALES DE SACIEDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA VALORACIÓN DEL CRITERIO DE ADJUDICACIÓN "PRECIO"

D. Roberto Carrodegua Méndez.....52

LA MEJORA SALARIAL DENTRO DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN, UNA CONDICIÓN SOCIAL CON LUCES Y SOMBRAS EN SU APLICACIÓN

D^a Amaia Labella Cámara.....89

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL
INTERNACIONAL Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
ECOLÓGICA

D. Pedro José Díaz Calderón..... 117

DE NUEVAS CON LA LEGISLACIÓN DE SUBVENCIONES
DE CASTILLA-LA MANCHA: PROPUESTAS DE REFORMA

D. Carlos M^a Rodríguez Sánchez151

LA PENA DE MUERTE EN ESPAÑA

D^a Lidia Valiente Castellanos.....180

**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

EL DERECHO A LA CULTURA Y LOS CONTRATOS DEL
SECTOR PÚBLICO

D. Antonio Maniatis229

LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA. UN ESTUDIO COMPARADO DE
LA PERSPECTIVA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA Y EL
REINO DE ESPAÑA, EN RELACIÓN CON LOS
MODIFICADOS CONTRACTUALES

D. Oscar D'oleo Seiffe.....256

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO NÚM. 2613/2016, DE 9 DE JUNIO. ANÁLISIS
DEL ARTÍCULO 311 DEL CÓDIGO PENAL

D^a Marta Alarcón del Pico.....312

BASES DE PUBLICACIÓN.....375

EDITORIAL

En el número 23 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a dos trabajos de la sección internacional, todos ellos de máximo interés y una reseña de jurisprudencia.

En primer lugar, debe destacarse el trabajo de D. Francisco José Negro Roldán con el artículo que lleva por título “El reequilibrio económico de una concesión de obra pública desnivelado por la actuación (previsible) de otra administración distinta a la contratante”.

A continuación, D. Roberto Carrodegua Méndez aborda un tema de rabiosa actualidad, sobre el análisis crítico del empleo de umbrales de saciedad en la contratación pública para la valoración del criterio de adjudicación “precio”

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D^a Amaia Labella Cámara, que aborda la problemática existente respecto de la mejora salarial como condición social dentro de un proceso de contratación pública.

D. Pedro José Díaz Calderón, en su artículo “La evolución del derecho ambiental internacional y la contratación pública ecológica” analiza cómo la normativa en materia de contratación pública ha tratado de adaptarse a lo largo de los años, a la preocupación ambiental, en la misma medida que la realidad y las exigencias sociales.

D. Carlos-M^a Rodríguez Sánchez, continuando con su trabajo publicado en el número 15 de la Revista, vuelve a tratar con exquisitez otras reformas de las que sería susceptible la legislación de subvenciones de Castilla-La Mancha.

Por último, la sección nacional se cierra con el trabajo de “La pena de muerte en España” de D^a Lidia Valiente Castellanos se centra en el estudio de la aplicación que ha tenido la pena de muerte en España a lo largo de su historia, junto con la regulación que actualmente existe a nivel interno respecto a esta materia.

En la sección internacional de la revista Gabilex se publican los trabajos de D. Antonio Maniatis y de D. Oscar D’oleo Seiffe. Interesantes reflexiones que esperemos que el lector disfrute.

En la sección Reseña de Jurisprudencia, la autora D^a Marta Alarcó del Pico comenta de una manera

exhaustiva, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2613/2016, de 9 de junio. Análisis del artículo 311 Código Penal.

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES



**LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA. UN ESTUDIO COMPARADO
DE LA PERSPECTIVA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA Y
EL REINO DE ESPAÑA, EN RELACIÓN CON LOS
MODIFICADOS CONTRACTUALES**

D. Oscar D'oleo Seiffe

Abogado de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Maestría en Derecho Privado Francés y Comunitario Europeo en la Universidad Paris II, Maestría en Derecho Público en la Universidad Pompeu Fabra, Maestría en Compras y Contrataciones Públicas en la Universidad de Castilla-la Mancha, ha sido profesor de la Asignatura de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM) y Universidad Iberoamericana (UNIBE), abogado litigante y asesor de varias instituciones del Estado.

Resumen: La presente investigación aborda el interesante tema de los modificados contractuales en la contratación pública, tema que, se encuentra muy en boga actualmente y



que permea una multiplicidad de disciplinas, dentro de las cuales se encuentran; el derecho, la ingeniería, la economía, la sociología, y otras ciencias. Esta investigación es un trabajo de derecho comparado, analiza el marco legal Europeo, entronizando en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que notoriamente ha influido en las Directivas Europeas 2014/23/UE y 2014/24/UE y el derecho español de la contratación pública regulado por la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y el derecho dominicano al amparo de la ley 340/06 sobre Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones y el reglamento de aplicación de la ley contenido en Decreto No. 543-12, y la jurisprudencia incipiente que comienza a consolidarse en el derecho dominicano. Al mismo tiempo, como labor de derecho comparado, trae también a colación importantes decisiones jurisprudenciales del Consejo de Estado Francés, cuya doctrina constituye un importante referente en República Dominicana. La presente investigación sitúa a la República Dominicana en el contexto internacional, a la luz de los diversos tratados comerciales que ha suscrito la misma, en especial, el DR CAFTA, el Acuerdo de Asociación Económica (AAE) mejor conocido como EPA entre los países ACP y la Unión Europea y recientemente el establecimiento de relaciones comerciales con la República Popular China, todo lo expuesto, justifica la pertinencia de este trabajo, que discurre en un mundo casi homogéneo en lo que respecta la contratación pública, que se debe analizar en el marco de un derecho administrativo global y unos principios generales análogos, en el contexto de normativas complejas en su redacción, que dificulta la seguridad jurídica. Finalmente, se analiza la planificación y algunas tendencias jurisprudenciales en el Consejo de Estado de Colombia y los sistemas de pesos y contrapesos en materia de modificados contractuales, en el



caso del derecho europeo y el derecho dominicano de la contratación pública.

Palabras claves: Contratación Pública, modificaciones contractuales, modificaciones por circunstancias imprevisibles, modificaciones previstas en los Pliegos de Condiciones, modificaciones no previstas en los Pliegos de Condiciones, obras adicionales, contrato de obra pública y derechos de los contratistas.

Abstract: The present investigation addresses the interesting subject of contractual modifications in public procurement, an issue that is currently very much in vogue and that permeates a multiplicity of disciplines, within which they are found; law, engineering, economics, sociology, and other sciences. This research is a work of comparative law, analyzes the European legal framework, relying the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union that has notoriously influenced the European Directives 2014/23/UE y 2014/24/UE and the Spanish law of public procurement regulated by Law 9/2017 of Public Sector Contracts and Dominican law under Law 340/06 on Purchases and Contracts for Goods, Services, Works and Concessions and the regulation of application of the law contained in Decree No. 543-12, and incipient jurisprudence that begins to consolidate in the law of the Dominican Republic. At the same time, as a work of comparative law, it also brings up important jurisprudential decisions of the French State Council, whose doctrine constitutes an important reference in the Dominican Republic. The present investigation places the Dominican Republic in the international context, in the light of the various trade agreements that it has signed, in particular, DR CAFTA, the Economic Association Agreement (EPA) better known as EPA among the ACP countries and the European Union



and recently the establishment of commercial relations with the People's Republic of China, all of the above, justifies the relevance of this work, which runs in an almost homogeneous world with regard to public procurement, which must be analyzed in the framework of a global administrative law and similar general principles, in the context of complex regulations in its drafting, which hinders legal certainty. Finally, the planning and some jurisprudential tendencies in the Council of State of Colombia and the systems of checks and balances regarding contractual modifications are analyzed, in the case of European law and Dominican law of public procurement.

Key Words: Public Procurement, contractual modifications, modifications due to unforeseeable circumstances, modifications foreseen in the Specifications, conditions not foreseen in the Specifications, additional works, public works contract and contractor rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ABORDAJE GENERAL DE LOS MODIFICADOS CONTRACTUALES. 1. Delimitación conceptual de la potestad en el marco de la contratación administrativa e identificación de las potestades reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico. 2. Fundamento legal de los modificados contractuales en el ordenamiento jurídico dominicano, en las Directivas Europeas y la LCSP 2017. 3. Generalidades sobre los modificados contractuales y las limitaciones a su ejercicio, en ocasión del marco legal precitado. **III. EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI, HABILITACIONES PARA SU EJERCICIO, SU CONTEXTO Y RELACION CON OTRAS FIGURAS ANALOGAS.** 1. La planificación como dogma y presupuesto para petrificar el contrato administrativo. 2. Aspectos



sustantivos y formales del ius variandi. 3. Derecho a la indemnización de los contratistas en ocasión de los modificados contractuales y mecanismos de control por el ejercicio de la potestad. **IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFIA.**

I. INTRODUCCIÓN

República Dominicana es una nación en vías de desarrollo y de ingresos medio altos, según estadísticas del Banco Mundial¹, dicha nación, en los últimos años, ha tenido un gran desarrollo en términos de su infraestructura, sus vías de comunicación, el acceso universal a los servicios públicos y cuenta con un crecimiento promedio anual de un 5.1 % entre el 2008 y el 2018, con un crecimiento mayor entre el periodo 2014 al 2018 de un 6.6 %.

Un desarrollo como el expuesto, no sería posible fuera del marco del libre mercado, aunado al hecho que el país se ha venido integrando a diferentes acuerdos comerciales y zonas de libre comercio, dentro los cuales se destacan el DR CAFTA, el Acuerdo de Asociación Económica (AAE) mejor conocido como EPA entre los países ACP y la Unión Europea y recientemente el establecimiento de relaciones comerciales con la República Popular China implicando la suscripción de dieciocho (18)

¹ Banco Mundial, Dominican Republic Overview. En esta publicación del Banco Mundial se destaca el desempeño económico del país. <https://www.bancomundial.org/es/country/dominicanrepublic/overview>



acuerdos comerciales y que supondrá la facilitación de las inversiones entre ambos países.

En este contexto de libre mercado y de procesos de integración comercial, las compras y contrataciones públicas suponen un eje sumamente importante para el desarrollo del país, la transparencia y la seguridad jurídica que precisan tanto los proveedores locales, como los extranjeros que arriban a nuestro país en el marco de las facilidades que suponen estos acuerdos comerciales, demandando confiabilidad en nuestros mercados y un comportamiento ético de los reguladores a quienes se les exige unos niveles de integralidad que cada día complejizan la función pública por los exacerbados regímenes de control existentes y en relación a los cuales, se ha cimentado toda una burocracia que en ocasiones puede ser irritante.

Producto de estos fenómenos que se han suscitado en el marco de la globalización, nuestro ordenamiento jurídico ha debido adaptarse a los cambios que impone una economía globalizada, que se caracteriza por una alta influencia tecnológica, la movilidad de personas, intercambio de bienes y servicios y con ello una transculturización profunda que ha supuesto un aprendizaje del desarraigo como mecanismo de adaptación social. Una de las mayores evidencias de la transformación de nuestro ordenamiento jurídico producto de la globalización, constituyó la obligación de adopción de una legislación integral en materia de contratación pública, en el marco de las exigencias del DR CAFTA y dentro del contexto de este derecho administrativo global, que encuentra una gran unicidad en las compras y contrataciones públicas, conllevando que sea casi imposible analizar esta disciplina sin recurrir al derecho comparado, que se rige por unos principios homogéneos que informan todo el ordenamiento jurídico y a través de los cuales



se pretenden respuestas a problemáticas similares, cuyo cauce de solución discurre en un único lenguaje común para los actores del mercado y los operadores jurídicos, materializado por los principios generales de la contratación pública.

De ahí que, el contexto de una sociedad globalizada y la existencia de unos principios homogéneos en materia de contratación pública, impone que, cualquier alteración o cambio que surja en la misma, en cualquiera de sus etapas y en especial en la de ejecución, resulta ser un elemento sensible, y que impone un estudio integral de esta problemática, involucrando abogados, economistas, sociólogos y otros profesionales afines, con la finalidad de buscar soluciones a una marisma de conflictos que se debaten entre las preconcepciones de la teoría clásica de la contratación pública inspiradas en las decisiones del Consejo de Estado Francés, los costes de los cambios contractuales y su impacto, los principios de concurrencia, competencia, proporcionalidad y otros principios.

En este sentido, el tema que nos ocupa, resulta ser fundamental para el desarrollo institucional de la República Dominicana, ya que pende de homogeneizar reglas de juego claras en la contratación pública y los modificados contractuales y en un mundo de cambios permanentes, la satisfacción del interés general resulta ser compleja desde la perspectiva de las aspiraciones colectivas y los cuestionamientos constantes a nuestros sistemas políticos.

En ocasión de lo expuesto, nuestra ley 340/06 sobre compras y contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, de fecha 18 de agosto de 2006, adoptada en el marco del DR CAFTA, constituye forma de respuesta a las aspiraciones



colectivas de nuestra sociedad, de obtener bienes, servicios y obras de infraestructura de calidad derivados de una contratación pública con eficiencia, respetando la libre competencia, permitiendo concurrencia, sostenibilidad, y al final poder encontrar una respuesta adecuada a la fiscalización del gasto público, cuestiones que, constituyen una labor titánica.

Las potestades de la administración pública y de manera especial los modificados contractuales, constituyen una forma de respuesta al cambio permanente de las necesidades de la sociedad. En este contexto, se puede observar que los modificados han sido objeto de una crítica desencarnada, producto de prejuicios enervados por la corrupción y la falta de transparencia, salpicando incluso a funcionarios honestos, que no han actuado de mala fe al momento de sostener la pertinencia del uso de un modificado contractual, en el laberinto de las rigideces que impera en nuestro derecho administrativo.

En el caso de nuestra ley 340/06, las potestades de la administración se encuentran contenidas en el artículo 31 de la misma, regulándose, como una de las potestades de la administración, el ejercicio de los modificados contractuales o *ius variandi* efectuando la distinción si estamos en una obra o servicio y en el caso de las concesiones se complementa con el artículo 49 párrafo I de la misma ley. Debemos advertir, que al momento de estudiar esta norma, la misma será efectuada de manera concordante con el derecho comparado, en especial, el establecido por las Directivas de la Unión Europea 2014/23 y 2014/24, así como, la LCSP 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de



febrero de 2014 y con particular referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, fuente siempre respetable y aconsejable en las jurisdicciones dominicanas.

La presente investigación es de tipo documental, y para abordar la misma, en aras de delimitar el alcance de los modificados contractuales y su régimen jurídico, utilizaremos un los métodos deductivos e inductivos, desglosando los elementos de cada una de las problemáticas envueltas a los fines de ofrecer posiciones razonadas sobre cada uno de estos temas que se desarrollan en el presente trabajo, a la luz de una hermenéutica finalista y a la vez práctica. Finalmente, para el desarrollo de esta investigación vamos a acotar una parte teórica general, relativa a las potestades de la administración en materia de contratación pública, los modificados contractuales como expresión de las potestades de la administración, las limitaciones de su ejercicio, contrapesos frente al ius variandi, mecanismos de control frente al ejercicio del ius variandi y la planificación en la contratación pública y otros aspectos que se derivan del ejercicio de esta potestad.

II. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACION PÚBLICA Y ABORDAJE GENERAL DE LOS MODIFICADOS CONTRACTUALES

1. Delimitación conceptual de la potestad en el marco de la contratación administrativa e identificación de las potestades reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico

Las principales características que permiten identificar un contrato administrativo se centran en la desigualdad entre las



partes (cuestión que paradójica pero correctamente, Cassagne aborda desde el prisma del principio de igualdad y justicia contractual, desdoblando las potestades y el acceso a la participación)², la finalidad de interés general que se persiguen a través de los mismos y la presencia de cláusulas que usualmente resultarían nulas en el derecho privado, por ser estas, contrarias a la lógica del contrato en derecho privado, denominándose como cláusulas puramente potestativas, o que rompen de manera marcada con el principio de igualdad entre las partes, clásicamente conocido por el Derecho Civil, siendo lo que usualmente se conoce como cláusulas exorbitantes al derecho común.

² CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, año 1987, Buenos Aires (Argentina), P. 93-101. En esta obra Cassagne aborda el tema de la desigualdad en la contratación pública, sus manifestaciones y la igualdad en términos de justicia contractual, indicando lo siguiente: Dentro de la igualdad ante la Administración se encuentra la igualdad en el ámbito de la contratación pública, donde traduce variadas aplicaciones. A este objeto hay que advertir que en el marco del contrato administrativo confluyen simultáneamente las tres especies de justicia, ya que hay relaciones de contribución, de distribución y de conmutación. Las primeras versan sobre todas las potestades del Estado y los deberes y cargas que imponen la Administración Pública en la ejecución del contrato; las segundas se refieren a los bienes o cosas que la Administración distribuye cuando decide celebrar un contrato administrativo, y las terceras a las ventajas que obtiene el contratista en la conmutación voluntaria, donde la igualdad se realiza de objeto a objeto, es decir en proporción a la cosa. Por de pronto, el principio de igualdad en la contratación administrativa debe regir en el acceso de los particulares a las ventajas que implica dicha contratación, P. 98.



En el marco de estas características, se derivan las potestades que ejerce la Administración en materia de contratos administrativos, potestades que, a pesar de tener un origen pretoriano en la jurisprudencia del Consejo de Estado Frances, hoy en día, casi todos los ordenamientos occidentales han recogido las mismas, acentuando la legalidad formal de estas, muy a pesar de que lo expuesto no se haya traducido en seguridad jurídica y certeza normativa, dada la forma confusa en que las normativas recientes abordan los modificados contractuales.

En este sentido, la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y constituido³.

De manera clásica, las potestades de la Administración en materia de contratos administrativos han sido recogidas pacíficamente por la doctrina, veamos: i) La revocación del contrato por razones de oportunidad, merito o conveniencia ii) Rescisión unilateral del contrato por incumplimiento del contratista y proceder a la ejecución directa del contrato por parte de la Administración iii) La posibilidad de interpretación de los contratos administrativos iv) El ius variandi o los modificados contractuales de la Administración en la forma e intensidad que establece la ley.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMON, *Curso de Derecho Administrativo*, Decimocuarta edición, Editorial Aranzadi, Madrid (España), 2008, Tomo I, Pág. 451



Respecto lo expuesto, y a los fines de la presente investigación, interesa agotar la facultad del ius variandi o los modificados contractuales, que nuestra jurisprudencia vernácula había reconocido de manera tardía esta facultad⁴, a pesar del reconocimiento pacífico de la doctrina de estas potestades y la distinción del contrato administrativo frente al contrato de derecho privado. Ya el año 2006 resulta ser aprobada una legislación integral en materia de contratación pública, que recoge diversas leyes dispersas en la materia, homogeniza los criterios en este ámbito y provee una regulación sobre las potestades de la Administración y en especial sobre los modificados contractuales, cuestión que abordaremos desde el punto de vista sustantivo y formal y con especial concatenación a las Directivas Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y su transposición en el Reino de España mediante la LCSP 9/2017

⁴ **S.C.J., 12 de Julio de 1991, BJ 968, Pág.842** : Considerando: ...Que el tribunal a-quo no violó el artículo 1184 del Código Civil, pues se trata en la especie no de un simple contrato entre particulares sino de la concesión de un servicio público, la cual permite, al Estado, como a cualquier otro organismo estatal, incluyendo desde luego, a los ayuntamientos, a revocar dicha concesión, unilateralmente, sin necesidad de que se de cumplimiento a la parte in fine del artículo 1184 del Código Civil; **S.C.J. Cas. 7 de marzo de 2001, BJ. 1048, Pág. 41**: Considerando que la concesión de los servicios telefónicos a favor de la recurrente por el Gobierno Dominicano, es un contrato administrativo, considerado de utilidad pública e interés general, sujeto a la vigilancia y tutela del Estado, que esto implica la atribución de ciertas prerrogativas cuyos efectos, salvo situaciones excepcionales, son exorbitantes al derecho común, tanto frente al concesionario como frente a particulares que no han sido partes en el acuerdo de concesión, por lo que se considera que tienen una eficacia erga omnes.



de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como forma de visualizar de manera esquemática y ordenada el derecho comparado en conexión con el derecho de la República Dominicana.

2. Fundamento legal de los modificados contractuales en el ordenamiento jurídico dominicano, en las Directivas Europeas y la LCSP 2017.

Los modificados contractuales en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran regulados en diversas disposiciones de la ley 340/06⁵ y en el reglamento de aplicación de la ley aprobado

⁵ **Art. 4.-** Definiciones básicas: (...) Obra adicional o complementaria: Aquélla no considerada en los documentos de licitación ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que dé lugar a un presupuesto adicional. **Art. 31.-** La entidad contratante tendrá las facultades y obligaciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en otra legislación y en sus reglamentos, en los pliegos de condiciones, o en la documentación contractual. Especialmente tendrá: (...) 2) Podrá modificar, disminuir o aumentar hasta un veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original de la obra, siempre y cuando se mantenga el objeto, cuando se presenten circunstancias que fueron imprevisibles en el momento de iniciarse el proceso de contratación, y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público; 3) En la contratación de bienes, no habrá modificación alguna de las cantidades previstas en los pliegos de condiciones; 4) En el caso de la contratación de servicios, podrá modificar, disminuir o aumentar hasta el cincuenta por ciento (50%), por razones justificadas que establezca el reglamento; **Art. 48 párrafo I: Párrafo I.-** Excepcionalmente, y por una sola vez, podrá prorrogarse un contrato de concesión, por un período de hasta el 50% del plazo original, cuando se demuestre que las condiciones son beneficiosas para el Estado y los usuarios, en cuyo



mediante decreto 543-12 de fecha 6 de septiembre de 2012⁶, al respecto se advierten lagunas interpretativas respecto su alcance, características, condiciones de ejercicio de la potestad, aunado por el hecho de que los modificados contractuales constituyen una práctica recurrente en nuestro país

En el caso de las Directivas Europeas por primera vez se regulan los modificados contractuales de una manera pormenorizada, a estos fines, puede evidenciarse el artículo 72 de la Directiva 2014/24 UE, de 26 de septiembre de 2014 y el artículo 43 de la Directiva 2014/23, sobre concesiones, legislación traspuesta por la LCSP 2017, de manera especial en sus artículos 203 al 207 y otros articulados conexos como el 242, 290, 191 y 207, entre otras disposiciones.

Estas disposiciones legales que se han suscitado a nivel europeo, desde nuestra óptica resultan ser complejas en su redacción, imbuidas de conceptos jurídicos indeterminados, y que conllevan una notable labor de ponderación, que necesariamente varía caso a caso, en este sentido, resulta difícil tener una certeza normativa sobre el alcance de los modificados contractuales y sus límites.

caso se atenderán los procedimientos que indique el reglamento, respetando los principios de esta ley.

⁶ARTÍCULO 127.- Causales de modificaciones y suspensión del contrato: La Entidad Contratante podrá modificar, disminuir o aumentar hasta un veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original de obra y hasta un cincuenta (50%) en el caso de contratación de servicios, siempre y cuando se mantenga el objeto de la contratación, cuando se presenten circunstancias que fueron imprevisibles en el momento de iniciarse el proceso de contratación, y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público.



Amen de las dificultades advertidas en la legislación dominicana, entendemos que, en el caso de la LCSP 2017 resulta aun más complejo apreciar una certeza normativa por los distintos conceptos que subyacen en los modificados contractuales, al amparo de diversas circunstancias que describe la norma, límites cuantitativos y límites cualitativos, tal y como veremos más adelante.

3. Generalidades sobre los modificados contractuales y las limitaciones a su ejercicio, en ocasión del marco legal precitado.

En la legislación dominicana los modificados contractuales encuentran limitaciones en cuanto a su ejercicio, la norma efectúa la distinción de si se trata de un contrato de obra, de servicios, concesión o suministro, y somete los mismos a distintos límites desde el punto de vista cuántico.

En lo relativo al contrato de obra el límite al que ha sido sometido es un 25 %, en el caso de servicios un 50 %, en el caso de las concesiones las mismas podrán prorrogarse excepcionalmente hasta el 50 % del plazo original siempre y cuando se acrediten condiciones beneficiosas para el Estado y los usuarios y en el caso del contrato de suministro o de bienes no habrá modificación alguna, respecto las cantidades establecidas en los Pliegos.

De cara a los contratos de obras se establece como límite cualitativo el hecho de que se presenten circunstancias que fueron imprevisibles en el momento de iniciarse el proceso de contratación, y esa sea la única forma de satisfacer plenamente



el interés público, de paso sin alterar el objeto de la contratación⁷.

En el caso de los contratos de servicio no se regulan límites cualitativos al ius variandi, sino que, se establece que lo expuesto será objeto de la colaboración reglamentaria, al respecto, cuando analizamos el reglamento de aplicación de la ley 340/06, entiéndase el reglamento 543-12, el mismo no desarrolla los modificados contractuales en materia de contratos de servicios, por lo cual, allí deben entrar en juego los principios de la contratación pública para solventar cualquier déficit interpretativo en dicho ámbito.

Respecto a las limitaciones cualitativas del modificado contractual, la doctrina en lo que respecta al objeto, ha identificado criterios para evitar la alteración y desnaturalización del mismo, por un lado ha establecido la imposibilidad de modificar la naturaleza y del fin del contrato, la imposibilidad de modificar las bases de la convocatoria, la imposibilidad de alterar la naturaleza global del contrato, entre otros criterios, que resultan ser un verdadero dolor de cabeza al momento de poner en práctica estos conceptos jurídicos indeterminados al momento de analizar la licitud o ilicitud de un modificado contractual.

Al mismo tiempo, se debe advertir, que en la idiosincrasia de los contratistas las modificaciones nunca operan a la baja, interiorizan que se trata de una especie de derecho adquirido y

⁷ De manera recurrente en la práctica de la contratación pública de nuestro país, forma parte de la idiosincrasia de los contratistas de obra que el contrato puede aumentarse en el límite cuántico del 25 %, de manera casi automática y sujeto a pocos requisitos.



que el contrato resulta ser inmutable a la baja, sino, todo lo contrario, el modificado contractual se produce al alza⁸.

Por otra parte, y conectando con la necesaria referencia de este trabajo al derecho comparado, debemos indicar que en el ámbito Europeo, las directivas 2014/23 UE y 2014/24 UE recogen las doctrinas establecidas en las sentencias STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta* y la STJUE de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, que establecen que las modificaciones de un contrato público implica la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de selección con la única excepción de que el modificado contractual estuviera previsto de manera clara en los Pliegos de Condiciones⁹.

En la LCSP 9/2017 los contratos administrativos sólo podrán ser modificados por razones de interés público, cuando así haya sido previsto en el Pliego de Condiciones, en los términos

⁸ Respecto las modificaciones a la baja, se plantea una problemática y es la relativa al derecho a la indemnización del contratista, de entrada, el artículo 31 párrafo de la ley 340/06, establece que la revocación, modificación o sustitución de contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a la indemnización por lucro cesante, es decir, que el único daño susceptible de reparación por las situaciones expuestas, resultaría ser el daño emergente, esta situación será abordada más adelante, de manera concordada del derecho doméstico como el derecho comparado objeto de estudio.

⁹ La transposición de estas directivas se ha efectuado mediante la LCSP 9/2017, no siendo objeto de este trabajo entrar en detalles acerca de la correcta o incorrecta transposición de las precitadas directivas, sino, abordar de manera directa la transposición de las precitadas directivas en la LCSP 2017 y proceder a estudiar en la misma los modificados contractuales.



regulados en los artículos 204 que regula las modificados establecidos en los pliegos y cuando no se haya establecido la posibilidad del modificado en los Pliegos de Condiciones, se modificarán en los términos establecidos en el artículo 205. Se tratan pues, de dos escenarios de modificación contractual distintos, un primer escenario de naturaleza eminentemente contractual, contenido en las bases de la licitación y un segundo escenario que no se encuentra predeterminado en los Pliegos de Condiciones y que son relativos a prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales, como forma de ajuste a la realidad de la ejecución contractual.

III. EL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI, HABILITACIONES PARA SU EJERCICIO, SU CONTEXTO Y RELACION CON OTRAS FIGURAS ANÁLOGAS.

1. La planificación como dogma y presupuesto para petrificar el contrato administrativo.

Por lo general se vincula el ejercicio del ius variandi a la falta de planificación de las Entidades Contratantes, por esto, tanto la normativa dominicana, como la que se ha consolidado a nivel Europeo y de manera específica el caso español, establecen a groso modo que las circunstancias que originan el modificado contractual debieron haber sido imprevisibles.

El poder público se encuentra desbalanceado frente a la operatividad de la planificación, por ejemplo, en el caso de las obras públicas en nuestro país, el uso de la modalidad diseño y construcción ha sido satanizado por el Órgano Rector, entendiendo el mismo, que esta modalidad de obras va en contra de dicho principio, según el Órgano Rector, esto debe



ser visto como una situación excepcional, dado que se genera incertidumbre, sobrecostos y riesgos no dimensionados al momento de ejecutar el contrato, en síntesis el uso de esta modalidad de contratación conllevaría eventualmente un modificado contractual¹⁰. La modalidad de contratación utilizada en el caso en cuestión (Diseño y Construcción), es censurada por el Órgano Rector, muy a pesar de que en los Pliegos Estándares esta había sido una modalidad frecuentemente utilizada y a pesar de que obras públicas de importancia como el muro de los Estados Unidos de Norteamérica se construyen bajo esta modalidad, incluso, algunas obras que se han llevado a cabo en el marco de la cooperación en Latinoamérica.

Huelga destacar, que la mayor parte de las obras de infraestructura en Republica Dominicana han sido llevadas a cabo bajo la modalidad de diseño y construcción, incluso en el marco de la cooperación internacional o con financiamientos internacionales, que se supone que los requisitos de buenas prácticas deberían ser mayores, pero de repente, a golpe y

¹⁰ Ver resolución 37/2017 dictada por la Dirección General de Compras y Contrataciones Públicas (DGCP u Órgano Rector) en fecha 21 de agosto de 2017, en ocasión de un procedimiento de investigación, huelga referir el Considerando 52 de la precitada resolución, que indica: Que con respecto a las dificultades que se crean con posterioridad a la adjudicación, está la problemática para acordar el Proyecto (Diseño) Definitivo, y la variación del precio de la obra ante los hallazgos del contratista en la etapa de estudios, lo que deja a la Administración en un estado de indefensión en cuanto a la obra y el presupuesto, dado que, de conformidad con la norma, las enmiendas no pueden superar el 25 % del monto del contrato original.



porrazo un Órgano Rector de las compras y contrataciones públicas, se levanta satanizando esta práctica¹¹.

Lo cierto es que se observa una tendencia hacia la exacerbación de la planificación o planeación en la contratación pública desde el punto de vista de las consecuencias de la misma¹², y en países con presupuestos limitados en la asignación de recursos para la planificación no es la adecuada, y por lo tanto, exacerbar la planeación desde el punto de vista de las consecuencias de cualquier falla en la misma no es apropiado. Lo expuesto puede

¹¹ Por lo general, la elaboración de los diseños definitivos y algunos estudios, se le encarga a los oferentes (quienes históricamente han aceptado este riesgo), pero para evitar costos a oferentes en la elaboración de diseños y estudios, estos costos se han trasladado al adjudicatario. En el eventual caso de un oferente que no resultara adjudicatario y que incurriera en el coste de los estudios y la elaboración de un diseño definitivo, podría plantear un reclamo a la Administración de reembolso de los gastos incurridos, en la práctica, este sistema de que los estudios y el diseño definitivo sea asumido por los oferentes para elaborar su oferta, no acarrea ningún problema desde el punto de vista de la igualdad ni asimetría de información y al mismo tiempo implica que tanto el Contratista como la Administración conozca de antemano las contingencias que se pueden derivar del proyecto, constituyendo lo expuesto, un control preventivo del modificado contractual en el cual, el Contratista, conoce de antemano los riesgos, ya que, al haber elaborado los estudios, acepta los riesgos previsibles de los mismos, pues incluso, ha podido estructurar una matriz de riesgo.

¹² SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Tesis Doctoral sobre el contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (España), 25 de febrero de 2010, Pág.412, quien ha llegado a afirmar que la falta de planeación violenta el principio de legalidad



constituir una verdadera contingencia legal, social e incluso económica, ya que, no imaginamos el dantesco escenario de jueces anulando todos los contratos del país por incurrir en una falta de planificación¹³, y luego, aplicando doctrinas descontextualizadas que pretenden que el contrato administrativo se mantenga incólume desde el punto de vista de la modificación de los mismos.

En este contexto de la exacerbación de la planificación y sus consecuencias, Francisco Vásquez Matilla, para el escenario de que exista una planificación pero que de la misma se derive algún error, establece que:

“Aunque un error impida continuar un contrato, ello no habilita por sí solo para que el contrato se modifique. El error debe ser imprevisible para un poder adjudicador diligente. Por ejemplo, si el proyectista olvida incluir el proyecto las escaleras o el ascensor cuando el edificio tiene veinte plantas de altura, es evidente que el contrato no puede continuar y que hay un aspecto imprevisto, pero no existirá imprevisibilidad. Y bien resolvemos el contrato, o bien verificaremos si existen otras opciones como la contratación independiente de las

¹³ En efecto se observan en Colombia unos precedentes jurisprudenciales reforzando la tendencia a declarar la nulidad de contrataciones públicas cuando las mismas violen el principio de planeación. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2007, expediente No. 24715. C.P, Ruth Stella Correa. Consejo de Estado Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013, expediente No. 23829, C.P. Hernán Andrade Rincón. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 21 de agosto de 2014, expediente No. 11001031500020130191900, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.



prestaciones afectadas. (...) En definitiva, ante un error de proyecto no imprevisible lo procedente será en la mayoría de los supuestos la resolución del contrato. En apoyo de ello puede citarse el Dictamen del Consejo de Estado 4350/1997, de 6 de noviembre de 1997. En otro caso, se llegaría al absurdo de que todo error puede calificarse de imprevisto que en consecuencia conlleva la posibilidad de modificación contractual¹⁴.

Respecto a los estudios, el Consejo de Estado ha insistido en la necesidad de que los proyectos se redacten con el grado de minuciosidad y calidad precisos para evitar situaciones que son previsibles, que perturban la normal ejecución de los trabajos públicos y que pueden incidir o incluso alterar las reglas de competencia al variar sustancialmente los contratos¹⁵.

Tal y como hemos expuesto en las ideas centrales de este trabajo, se observa una tendencia hacia el cierre de las opciones de los modificados contractuales, atando los mismos

¹⁴ VÁSQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, *La modificación de los contratos públicos*, Editorial Aranzadi S.A, Pamplona (España), 2015, Págs. 159-160. Este mismo autor, comentando el cambio tecnológico ha llegado incluso a indicar que lo que se desprende de la cláusula de progreso es que el concesionario o contratista de obras deberá haber tenido en cuenta en sus previsiones de explotación de la infraestructura el gasto para ponerla al día en términos que la normativa vaya imponiendo, Pág. 169.

¹⁵ Ibid, P. 163, quien cita los Dictámenes del Consejo de Estado 3371/1996, 4765/1997, 1733/2006, de 8 de noviembre y 34/2007, de 1 de febrero. Indica a su vez Vázquez Matilla, fundamentándose en un artículo del periódico el País, de fecha 27 de agosto de 2011: Es curioso ver como incluso públicamente las empresas constructoras reconocen que son víctimas de la mala redacción de los proyectos que redacta o contrata la Administración.



a circunstancias muy variadas y diversas, sobre todo, la planificación exacerbada, que es la moneda de nuevo cuño para impedir los modificados contractuales, e incluso, cualquier error imprevisto comportaría como efecto la resolución del contrato o su declaratoria de nulidad, llegando hasta puntos verdaderamente excesivos desde el punto de vista de la concepción de un determinado proyecto, en el cual, se exige un alto grado de minuciosidad en la concepción y redacción del mismo, y para colmo, hasta se debería hasta prever el cambio tecnológico.

Lo sublime ha llegado tan lejos que en ocasión de una opinión consultiva efectuada por una entidad del Estado Dominicano, al Órgano Rector, se le plantea que en ocasión de una situación de emergencia es imposible realizar un presupuesto definitivo y que si en ese contexto aplicaría el artículo 31, numeral 2 de la ley, a lo que el Órgano Rector de manera parca responde que se debe contar con un presupuesto estimado y que el articulado de referencia si resulta aplicable a los contratos de emergencia, lo expuesto constituye una verdadera mordaza para resolver las situaciones acaecidas mediante la emergencia, y al mismo tiempo, una forma de petrificar el contrato a través de un presupuesto estimado, precario o preliminar, que solo podría eventualmente modificarse en un 25 %, esto desnaturaliza por completo el concepto propio de emergencia, situación para la cual, resulta imposible realizar un presupuesto definitivo. Si en un ámbito se precisa del ejercicio de un *ius variandi* no limitado en su intensidad es precisamente en este tipo de ocasiones, cuando por la naturaleza de los fenómenos atmosféricos resulta imposible evaluar los daños causados¹⁶. Para empeorar las

¹⁶ Opinión Consultiva DGCP44-2014-000473 de fecha 11 de febrero de 2014.



cosas, es necesario acotar que estas situaciones de emergencia que a pesar de que resultan excepciones a la ley, han sido reguladas como verdaderos procedimientos de selección, en los cuales, se impone inclusive, la obligatoriedad de recibir y evaluar ofertas, como si la concurrencia y la competencia fueran más importantes que la solución de las situaciones que se derivan de fenómenos atmosféricos que impactan fuertemente al trópico, y que por lo general, sólo los grandes contratistas tienen las condiciones de equipamiento y técnicas para proveer soluciones inmediatas en los lugares impactados por este tipo de fenómenos, pero, increíblemente, aun en este ámbito, puede más el populismo que el principio de eficiencia, en estos casos el populismo se manifiesta a través de una falsa protección a la competencia, la concurrencia y la planificación exacerbada.

Obviamente, estamos en una presencia de la objetivación de la planificación a unos niveles y estándares nunca antes vistos, al respecto, debemos indicar que per se, no estamos en contra de la planificación como presupuesto de la contratación pública, pero obviamente una planificación con unas exigencias exorbitantes, tal y como ha expuesto el Consejo de Estado en los dictámenes citados, es casi equiparable a la infalibilidad de la Administración, lo cual, conlleva efectos perniciosos desde la perspectiva de la responsabilidad del funcionario, del proyectista y del Estado, que realmente son falibles.

Al mismo tiempo, se debe advertir que, cuando sobre la base de un determinado proyecto se efectúa un procedimiento de selección y ningún oferente advierte un error o si lo advierten hacen mutis en la etapa de preguntas y respuestas, difícilmente en estos contextos, pueda hablarse de la afectación de la competencia o la concurrencia, dado que, si el procedimiento



de selección ha sido participativo, todos han tenido las mismas oportunidades de analizar una documentación pre contractual y efectuar los reparos correspondientes sobre la misma, por lo cual, de verificarse un acta de adjudicación si el procedimiento ha sido participativo, mal podría hablarse de una afectación a los principios de concurrencia y competencia y mucho menos pensar que en estas circunstancias, un modificado contractual podría alterar estos principios.

2. Aspectos sustantivos y formales del ius variandi

Respecto al ius variandi y su alcance existen dos doctrinas identificadas, la primera aboga por no limitar el ejercicio del mismo respecto su intensidad y alcance¹⁷, el segundo plantea ciertos tipos de restricciones respecto al ejercicio de estas potestades¹⁸. En la concepción originaria de la potestad su

¹⁷ ROLLÓN MUÑOZ, JULIÁN, *Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*, coordinado por Jiménez Aparicio, Emilio, cuarta edición, Aranzadi, 2016, Pamplona (España), Tomo I, Pág. 1409 y 1411, quien cita a García de Enterría, y Fernández Rodríguez, quienes sostienen que desde el punto de vista material no puede haber límites al poder de modificación, tal y como en ocasiones ha señalado la jurisprudencia: Límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, al servicio de la comunidad, no pueden quedar comprometidos por un error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenido en cuenta al momento de contratar. En este sentido, la STS de 11 de noviembre de 1979 *RJ 1979, 3448 que establece que el ius variandi debe interpretarse en sentido extensivo.

¹⁸ Ver en este sentido a CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El Contrato Administrativo*, 2005, 2ª edición, Lexis Nexis Argentina, S. A. y Abeledo-Perrot. Buenos Aires (Argentina). Citado por: FARRANDO, I, Et al, *Contratos Administrativos*, 2002, Lexis Nexis Argentina, S. A.,



configuración no fue concebida con limitaciones, sino bajo el prisma del interés general y que el mismo no podía hacerse fracasar por reglas contractuales inmutables¹⁹.

Aunque la existencia de poderes exorbitantes ha sido uno de los elementos que tradicionalmente se han empleado para caracterizar a los contratos administrativos, el nuevo derecho de la contratación pública europeizado ya no se define en función de las prerrogativas de la Administración, sino del respeto a los principios generales²⁰, en este sentido se observa un cambio de paradigma en la contratación pública que

Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, Pág. 475. FARRANDO, I, Et al. *Contratos Administrativos*, 2002, Lexis Nexis Argentina, S. A., Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina), Pág. 235. GORDILLO, AGUSTÍN, *Después de la Reforma del Estado*, El informalismo y la concurrencia en la licitación pública. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina). Pág. 298. Igualmente ver a ROLLÓN MUÑOZ, JULIAN, Opus Cit., P. 1409-1410, quien cita jurisprudencia acerca de establecer límites al ius variandi, la STS de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3433), STS de 25 de septiembre de 1980 (RJ 1980, 3451)

¹⁹RIVERO, JEAN, *Derecho Administrativo*, 2006, Dalloz Ed., Paris (Francia), traducción de la 9ª edición: Droit Administratif, Pág. 136, quien refiere la primacía del interés general, cuyas exigencias pueden variar con el tiempo, por lo que no se puede hacer fracasar el interés general por reglas contractuales inmutables.

²⁰ GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, "La disciplina de la modificación del objeto del contrato de la ley 9/2017 de contratos del sector público", Revista Gallega de Administración Pública (REGAP), Núm. 55 (enero-junio 2018), Pág. 352. En este sentido la maestra Gallego Córcoles cita a ARIÑO ORTIZ, G., "El enigma del contrato administrativo", Revista de Administración Pública, n. 172, 2007, Pág. 96 y a MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., 2009, La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Estudio sistemático, 2ª ed., La Ley, Madrid, Pág. 63 y ss.



presupone un quiebre de la teoría general sobre la cual fue estructurada la misma y la concepción originaria de las potestades.

Dentro de las tesis que pretenden limitar el alcance del ejercicio de la potestad del *ius variandi*, encontramos por una parte la relativa a los límites cuánticos del *ius variandi* y que en acápites anteriores ha sido abordada. En lo que respecta los límites cualitativos se encuentran las que abordan el alcance de los modificados contractuales desde el punto de vista del objeto, estableciendo la imposibilidad de modificar la naturaleza y del fin del contrato, la imposibilidad de modificar las bases de la convocatoria, la imposibilidad de alterar la naturaleza global del contrato, y las alteraciones sustanciales de los contratos, estos temas son analizados a continuación.

Respecto los modificados contractuales debe en primer lugar tratarse los que están previstos en la documentación contractual, las mismas deben ser claras, precisas e inequívocas. En este sentido, el artículo 72.1 letra a de la Directiva 2014/24/UE establece para el supuesto de las modificaciones establecidas en los Pliegos de Condiciones no se establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o el acuerdo marco.

De esta forma, el concepto de alteración de la naturaleza global del contrato marca un límite sustantivo importante a los modificados contractuales, por ejemplo, el caso de unas obras completamente disociables a las obras inicialmente previstas²¹, o un aumento importante del monto de un contrato con la

²¹ Conseil d' Etat, 7 /10 SSR, du 28 juillet 1995, 143438, publié au recueil Lebon



intención de pagar obras que ya se habían ejecutado y que en su mayor parte eran dissociables de las obras previstas en el contrato original y que deberían haber dado lugar a la adjudicación de un contrato separado²².

La validez de una cláusula de modificación no depende exclusivamente de su contenido sustantivo, sino también de la forma en la que es introducida en la documentación contractual, ya que esta puede dotar a la cláusula de oscuridad²³. En este contexto, la jurisprudencia de diversos Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, como bien cita Isabel Gallego Córcoles ha delimitado ciertos comportamientos que tipifican estas cláusulas oscuras, a través de las cuales se pretende ejecutar un modificado contractual que no resulta ser claro en la documentación contractual²⁴

²² Conseil d'Etat, 7 / 10 SSR, du 30 janvier 1995, 151099, inédit au recueil Lebon

²³ GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, Opus Cit, Pág, 365.

²⁴ Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón de fecha 9 de octubre de 2012, RE 057/2012, que establece: Y en segundo lugar, porque el intento de fijación de los parámetros de la modificación del contrato en el PPT constituye un ejemplo de «confusión» entre el contenido del PCAP y del PPT, al ser su ubicación adecuada el PCAP. Hay que recordar, a estos efectos, que el Pliego de Prescripciones Técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos 116 y 117 TRLCSP, y 68 RGLCAP; y que este último precepto determina, además, en su apartado 3 que los Pliegos de Prescripciones Técnicas en ningún caso contendrán «declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares», entre otras razones porque los Pliegos de Prescripciones Técnicas no deben ser objeto del informe jurídico preceptivo exigido por la legislación. En este mismo sentido cita la maestra Gallego Córcoles, Isabel fallos en los cuales



Respecto a los modificados contractuales la legislación en República Dominicana no ofrece regulación relativa a la inclusión de cláusulas de modificación en los Pliegos de Condiciones, pero en el marco del principio de descentralización operativa de las instituciones en la materia de contrataciones públicas, se permite que este tipo de cláusulas puedan incluirse en el Pliego de Condiciones. Ahora bien, como la legislación no ofrece una regulación respecto a la inclusión de cláusulas de modificados contractuales en los Pliegos de Condiciones, a los fines de analizar la legalidad de estas posibles cláusulas, entrarían en juego los principios de la contratación pública y los principios de actuación de la Administración al amparo de lo establecido en el artículo 138 de nuestra Constitución.

Respecto a los modificados no previstos en el Pliego de Condiciones es necesario analizar la LCSP 2017, la misma prevé la posibilidad de introducir modificaciones no previstas en los casos de prestaciones adicionales (adición), circunstancias imprevisibles y modificaciones sustanciales, debiendo introducirse únicamente las modificaciones objetivamente necesarias y cada uno de estos supuestos modificadorios comportan baremos distintos, veamos:

indica la jurisprudencia que no reúnen los suficientes elementos de claridad y precisión cláusulas que permiten el modificado contractual en función de la demanda existente (RTACRC de 23 de enero de 2015), o en criterios de eficiencia o calidad (RTACRC de 5 de marzo de 2013), o la eventual referencia a la eventual modernización de los equipos para ampliar el objeto del contrato (ROARC del País Vasco de 24 de octubre de 2014), entre otros fallos.



- a) En el caso de prestaciones adicionales un 50 % aislado o conjuntamente con otras modificaciones acordadas (IVA incluido).
- b) En el caso de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles un 50 % aislado o conjuntamente con otras modificaciones acordadas (IVA incluido).
- c) En el caso de modificaciones sustanciales considera como sustanciales la introducción de unidades de obras nuevas cuyo importe representaría más del 50 % del presupuesto inicial del contrato, en cambio considera una modificación no sustancial el valor de la modificación que suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.
- d) Por otro lado, se advierte de manera paralela que las modificaciones serán obligatorias para los contratistas cuando la cuantía exceda el 20 por ciento del precio inicial del contrato, de lo que se infiere que ese porcentaje es un umbral del riesgo para el contratista, y que, más allá del mismo no se encuentra en la obligación de aceptar un modificado contractual.

A groso modo, se puede advertir una redacción confusa del artículo 205 de la LCSP 2017, que de cara a los modificados contractuales no previstos en el Pliego de Condiciones introduce diversos criterios habilitantes para la modificación, con supuestos de hecho completamente distintos por los conceptos que refieren cada uno de estos criterios, y desde nuestra óptica



ahí se acrecienta un foco de inseguridad jurídica, la propia maestra Gallego Córcoles Isabel lo pone de manifiesto cuando explica que:

“En todo caso, a mi juicio, existe cierto grado de solapamiento entre este supuesto y el relativo a «circunstancias imprevistas», porque, para poder modificar el contrato en virtud de este precepto, es preciso que la prestación adicional «deviniera necesari[a]». Y difícilmente podrá considerarse «nueva» una necesidad que, sin ser actual, desde el inicio de la licitación es previsible que surja durante el plazo de ejecución del contrato”²⁵.

Respecto a cada uno de los conceptos que inciden en la delimitación del alcance de un modificado contractual, ya hemos estudiado el concepto de afectación a la naturaleza global del contrato, restando los conceptos concurrentes de inmutabilidad del fin del contrato y de alteración sustancial del contrato; respecto a las circunstancias imprevisibles, al igual que los modificados contractuales previstos en los Pliegos de Condiciones predomina el concepto de que el modificado no afecte la naturaleza global del contrato.

En relación a la inmutabilidad del fin establece Vázquez Matilla que la modificación del contrato deben estar directamente relacionadas con las prestaciones a las que el contratista se obligó, las modificaciones no deben apartarse de las prestaciones y condiciones establecidos para todos los licitadores al tiempo de participar en la licitación, al mismo tiempo insiste en que cabe afirmar el límite infranqueable del ius variandi fue, desde el inicio, y sigue siendo hoy, la

²⁵ Ibid, Pág. 368



desnaturalización de la causa y el fin del contrato, frente a este concepto de inmutabilidad del fin, el mismo autor indica, comparando los conceptos de inmutabilidad del fin y alteración sustancial, que el derecho europeo demanda la extensión del concepto de alteración sustancial más allá de la inmutabilidad del fin. Existirá alteración sustancial si existe una renegociación de las condiciones esenciales, o de cambios que hubieren hecho concurrir a otros licitadores o que se pudieran haber presentado ofertas sustancialmente distintas, para el Derecho europeo una modificación sustancial es una nueva adjudicación directa ilícita, continúa indicando, en España hasta el dictado de la Ley de Economía Sostenible todo modificado estaba permitido, aunque existiese una alteración sustancial²⁶.

Respecto a los conceptos alteración de la naturaleza global del contrato y alteración sustancial, el propio Vázquez Matilla no efectúa distinciones sobre estos conceptos, sino que, se limita a indicar que la nueva Directiva 2014/24 introduce un nuevo concepto, el de alteración de la naturaleza global del contrato, cuestión que tampoco parece clara en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, que se centra más en el concepto de alteración sustancial del contrato, a pesar de que este concepto luce ser concurrente con el de alteración de la naturaleza global del contrato, así el mismo ha determinado que:

- a) Una enmienda, incluida la que extiende un acuerdo de delegación de servicio público, no puede cambiar el propósito de la Delegación. Por lo tanto, no es posible utilizar una enmienda para poner a cargo del delegado

²⁶ VÁZQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, Opus Cit. Pág. 171, 172 y 174.



(concesionario) inversiones conducentes a la construcción de una obra disociable²⁷ a partir de estructuras ya construidas, debido a su coste y autonomía funcional (véase el Dictamen CE n. 362 908 de 16 de septiembre). Así, si el contrato inicial era exclusivamente para instalaciones de ascensores. Un corredor no puede hacer que el delegado sea responsable de diferentes inversiones, como aquellas para permitir la fabricación de nieve a un costo considerable. (b) Una enmienda no puede modificar sustancialmente uno de los elementos esenciales de la delegación (delegación del servicio público), como su duración o el volumen de las inversiones cargadas al delegado (ver Opinión de la Sección de Finanzas del Consejo de Estado No. 364 803). de 8 de junio de 2000). (c) Finalmente, una enmienda no puede tener el propósito de realizar inversiones que normalmente son responsabilidad de delegado, como las inversiones en renovación de plantas. De hecho, el delegado debe garantizar el mantenimiento de las instalaciones y entrega de equipos en buen estado de funcionamiento al final del contrato (ver CE 20 de marzo de 1942 La viuda Lady Bastit, Rec. p. 92 o 12 de mayo de 1942. Municipio de Luc-en-Diois Rec. p. 148)²⁸.

- b) Para garantizar el cumplimiento de esos principios, las partes en un acuerdo de delegación de servicio público no pueden, mediante una simple enmienda, realizar

²⁷ Ver que en los fallos Conseil d'Etat, 7 /10 SSR, du 28 juillet 1995, 143438, publié au recueil Lebon y Conseil d'Etat, 7 / 10 SSR, du 30 janvier 1995, 151099, inédit au recueil Lebon, también se recurre al concepto de disociable para describir una alteración a la naturaleza global del contrato.

²⁸ Conseil d'Etat, Section des travaux publics, Avis no 371.234, 9 avril 2005.



cambios sustanciales en el contrato mediante la introducción de condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, podría haber llevado a la admisión de otros candidatos o a presentar una oferta distinta a la del adjudicatario; que no pueden, en particular, modificar el objeto de la delegación ni realizar un cambio sustancial en el equilibrio económico del contrato, como resultado de sus elementos esenciales, como la duración, el volumen de las inversiones o las tarifas²⁹.

Una vez analizado el escenario europeo respecto los modificados contractuales, es obligatorio estudiar el tema de referencia en nuestra legislación, al efecto, hemos advertido en la misma varias causales de modificados contractuales, tales como, obras adicionales, modificaciones por circunstancias imprevistas, modificaciones en los contratos de servicios, descritas en el artículo 31, numerales 2, 3 y 4. Para el caso de obras se admiten los modificados contractuales hasta un 25 % del monto del contrato (modificar, disminuir y aumentar), siempre y cuando se mantenga el objeto, cuando se presenten circunstancias que fueron imprevisibles al momento de la contratación, el segundo que impide modificaciones en lo relativo al contrato de suministro, el tercero que permite el modificado en un 50 % de los contratos de servicios (modificar, disminuir y aumentar); respecto los contratos de servicios y en lo relativo a las concesiones, se admitirán excepcionalmente sus prorrogas.

²⁹ Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 09/03/2018, 409972, Publié au recueil Lebon.



Paralelamente a estos conceptos ordinarios de modificación de los contratos públicos se observan los conceptos de obras adicionales³⁰ y la obligación del mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato, obviamente, ambos comportan una naturaleza jurídica distinta, pero en términos materiales puros y duros, constituyen a su vez modificados contractuales.

Respecto las obras adicionales, entendemos las mismas como un concepto autónomo que habilita una modificación contractual, así ha sido previsto el mismo en la ley 340/06 y fuera del marco ordinario descrito en el artículo 31 de la misma, ya que, la naturaleza de unas obras adicionales tal y como su definición establecida en el artículo 4 de la ley 340/06 se tratan de aquellas obras no consideradas en los documentos de licitación ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que dé lugar a un presupuesto adicional. El concepto de obra adicional no ha sido regulado en lo que respecta su intensidad, por lo tanto, el alcance de las mismas resultaría ser indeterminado de cara a la satisfacción de las obras que resulten ser indispensables, en este ámbito,

³⁰ Conseil d'Etat, juil, 2016, Ste Artellia Ville et Transport. En relación con diversos litigios atinentes a reclamos por trabajos adicionales y la imputación del pago de su costo, el Consejo de Estado ha definido estos trabajos como aquellos no previstos en el contrato, pero que resultan ser necesarios para desarrollar la obra conforme su funcionalidad y que son imputados al maestro de la obra bajo el entendido de que esos trabajos aporten una plusvalía a la obra en relación con el valor previsto en la contratación. Conseil d'Etat, 13 mai, 2015, Stés Gallego et Temsol no. 380863, Conseil d'Etat, 14 oct 2015, Sté, SNT Petroni, no, 384749, Incluso las obras adicionales han sido reconocidas en contratos de obras con precios alzados.



de obras adicionales, los organismos de control interno y externo deben ser más rigurosos, con la finalidad de evitar que a través de obras adicionales desnaturalicen el objeto de los contratos y se puedan filtrar circunstancias imprevisibles, que ameritan el régimen ordinario del modificado contractual establecido en el artículo 31 de la ley 340/06³¹ y que probablemente sobrepasen el umbral establecido por la misma (umbral del 25 % para el caso de obras y 50 % para el caso de servicios)³², aunque existan algunas tendencias que no compartimos que explican que estos umbrales resultan ser umbrales de riesgo para el contratista, que no estará en la obligación de aceptar los mismos en caso de sobrepasarlos, con lo cual, se desnaturalizaría la norma, siendo más aceptable, que para circunstancias imprevisibles, no se hubiera previsto ningún tipo de umbral, finalmente, para aceptar esta interpretación, debería ser modificada la ley.

³¹ Desde un punto de vista semántico, identificamos este régimen como ordinario, en razón de que es el régimen de uso más común en la contratación pública de la Republica Dominicana, incluso, en acápites anteriores hemos indicado que una modificación a la alza en un 25 % es algo usual y de entrada no pecaminoso en la idiosincrasia del funcionario y del contratista, cuyo único filtro ético radicaría en que los trabajos se hubieran ejecutado, al margen de que estemos en una investigación científica, la idiosincrasia de los actores del sistema es una realidad crucial, por lo cual, mínimamente ha de ser referenciada.

³² En cualquier modificado contractual debe quedar claramente establecida la base legal del modificado, para evitar que la causal de circunstancias imprevisibles, debidamente reguladas en el artículo 31 de la ley y que presentan un umbral de un 25 %, sean erróneamente calificadas como obras adicionales, puesto que, para las obras adicionales no existen limitaciones desde el punto de vista cuántico en nuestra ley 340/06.



Respecto estos articulados, se observan en nuestro país una pobre doctrina científica en la materia, aunque puede advertirse una incipiente jurisprudencia en la materia, que de no haber sido porque el Órgano Rector dicta menos de cien (100) resoluciones de conflictos por año, con unos retrasos marcados de dos años para la solución de fondo de una controversia y un año para el dictado de una medida cautelar, quizás los precedentes serían más ejemplificadores y variados.

A pesar de estas precariedades, debemos destacar, que esta jurisprudencia incipiente sobre los modificados contractuales, ha iniciado a marcar un hito en un naciente derecho de la contratación pública, veamos:

a) *Resolución 11/2014:*

- *Ayuntamiento de Santo Domingo Norte. Prórroga de un contrato de concesión, debe acreditarse que las circunstancias son beneficiosas para el Estado y los usuarios. Alcance del derecho de prórroga hasta un 50 por ciento del plazo originario. En la especie ni se trata de una concesión ni mucho menos se depositaron documentos que demuestren las condiciones favorables al momento de decidirse la prórroga. La especie constituye un contrato de servicios, por lo cual el Ayuntamiento en virtud del principio de legalidad, no podía pactar cláusulas de prórroga para este tipo de contratos, de conformidad con el principio de vinculación positiva de la administración.*
- *Renovación de un contrato. Renovación que se produce bajo nuevas condiciones de valor y plazo. Alcance de la potestad de ius variandi, el Ayuntamiento violentó el principio de legalidad cuando incrementa, sin aparente*



justificación la retribución estipulada en el contrato originario y cuando reduce el perímetro del contrato (contrato de recolección de desechos).

- *Cláusulas de renovación no son válidas, salvo que sean de concesiones (res. 11/2014).*

b) Resolución 39/2013.

- *Distingue entre la renovación de un contrato y un nuevo contrato, en la especie, establece el Órgano Rector que estamos en presencia de un nuevo contrato, realizado al margen de los procedimientos de selección, en virtud de que se extiende el tiempo de vigencia del contrato de 2 a 5 años y se incrementa el valor de las prestaciones del contrato sin aparente justificación.*
- *Contrato que incluye una cláusula de renovación previo consentimiento. Dicha cláusula es contraria a los principios y objetivos de eficiencia, transparencia, igualdad, competencia y protección efectiva del interés y orden público de las compras y contrataciones públicas, esto no constituye una modificación de los contratos originales, sino, nuevos contratos.*

c) Opinión consultiva DGCP44-2013 de fecha 9 de octubre de 2013.

- *Una entidad del Estado efectuaba un interrogante respecto los contratos de servicios suscritos antes de la ley 340/06, con respecto a la posibilidad de renovación prevista contractualmente o no prevista contractualmente, estableciendo el Órgano Rector de manera tajante que: No pueden ser renovados aquellos contratos que fueron adjudicados, contratados y*



ejecutados con anterioridad a dicha ley, no pueden ser renovados con el argumento de que los mismos fueron convenidos estando vigentes otra normativa.

- *En el contexto de la pregunta anterior, la misma entidad del Estado, formula una interrogante en el sentido de que sucedería respecto estos contratos que prevén esta cláusula de renovación automática al momento de la llegada del término, tomando en cuenta que el derecho común es supletorio del Derecho Administrativo y si esta cláusula sería válida, respondiendo el Órgano Rector de la siguiente manera: En esencia la Administración actúa sometida en cada momento al principio de legalidad, ya que la legalidad administrativa es dinámica no estática. De ahí que una obligación de la Administración derivada de una cláusula que fuera conforme al ordenamiento en el momento de su otorgamiento, puede posteriormente, como en el caso, convertirse en contraria a la legalidad en caso de que se opere un cambio legislativo. Eso se denomina invalidez sobrevenida³³.*

Con respecto a los modificados contractuales en sus aspectos sustantivos, refiérase a la naturaleza imprevisible del

³³ La solución habría sido más elegante si en puridad de derecho sugiere una declaratoria de lesividad para todos estos actos, a los fines de que sean impugnados en la jurisdicción contenciosa administrativa, mientras tanto, entendemos, que el efecto de lo pactado con anterioridad a la ley resulta ser eficaz hasta tanto el Tribunal se pronuncie sobre la declaratoria de lesividad. Paradójicamente, la DGCP violentando el principio de los actos propios con estas opiniones consultivas, declaró inadmisibile una impugnación a un contrato suscrito antes de la entrada en vigor de la ley 340/06 por tratarse de derechos adquiridos, en aplicación del artículo 77 de la misma ley.



modificado, no se advierte en nuestra doctrina una fuente dogmática que haya tratado el tema, por lo general, nuestros tratadistas abordan el mismo desde la óptica prístina de las potestades exorbitantes al derecho común, como nota distintiva del contrato administrativo. Sin embargo, el esfuerzo realizado a nivel del derecho comparado, para distinguir las diversas alteraciones al objeto del contrato, el alcance de las mismas, la admisibilidad de un modificado, las diversas concepciones finalistas del objeto y la aplicación de los principios generales de la contratación pública, confluyen en un lenguaje común que es el de una materia especializada en el derecho administrativo, complementada por la teoría de las finanzas públicas, del derecho al medio ambiente, la economía, la contabilidad, la sociología y otras ciencias, configurando un verdadero derecho transversal que se asemeja en cierta medida al derecho del consumo.

Finalmente, queremos indicar que nuestros textos legales, resultan ser mucho más simples que la LCSP 2017, y cargados de una menor dogmática, por lo tanto, la crisis hermenéutica comporta una menor entidad, de cara al derecho español de los contratos públicos y en relación al derecho europeo de la contratación pública en general, máxime en una nación en la cual, desde el punto de vista cultural, existe una idiosincrasia respecto los modificados contractuales, en la que se concibe que la modificación hasta un 25 % resulta ser lícita y permitida, al margen de los límites sustantivos para el control de los modificados.

3. Derecho a la indemnización de los contratistas en ocasión de los modificados contractuales y mecanismos de control por el ejercicio de la potestad



Ambos temas son tratados bajo un mismo epígrafe debido a que, a través de estos mecanismos e institutos se ejercen los contrapesos para el ejercicio de los modificados contractuales. De entrada, urge establecer que, en cuanto al tema de la responsabilidad de la administración, no solamente en el ámbito de su actividad contractual, sino también en sentido general, se observa una tendencia perniciosa que busca erigir una Administración que funja como garante de todo tipo de riesgos, prácticamente sustituyendo el rol normal de un empresario. Ya en cuanto, a los mecanismos de control, tanto en el caso doméstico como europeo, entendemos que los mismos resultan ser adecuados, y en algunas ocasiones, pueden ser excesivos.

De entrada, debemos establecer que nuestra legislación establece en su artículo 31 párrafo establece que: La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización por concepto de lucro cesante. Esta opción legislativa es por la cual ha optado nuestro legislador, que desde nuestra óptica resulta correcta y congruente con los postulados de la ley 107/13, que de manera general aboga por una responsabilidad subjetiva, salvo los supuestos, que en ámbitos especializados reconozcan los poderes públicos como objetiva, siendo esto, una potestad de exclusiva configuración legal, aunado al hecho de que, nuestra Constitución, exclusivamente en materia de protección al medio ambiente, reconoce el único supuesto de responsabilidad objetiva, no estableciendo ningún otro, ni siquiera, en materia de protección al consumidor.

Lo expuesto ha sido objeto de debate por parte de la doctrina y las posiciones encontradas son diversas, una parte de la



doctrina estimatoria del lucro cesante, establece que no reconocer el mismo, resulta ser contrario al principio de justicia y en especial, al de justicia contractual y el derecho de propiedad, sin embargo, otra parte de la doctrina desestimatoria del lucro cesante, establece la negativa de proceder a la reparación por lucro cesante argumentando el principio general de responsabilidad en derecho civil es la responsabilidad por falta, las reglas de responsabilidad de la Administración han sido desarrolladas por leyes especiales y si estas leyes no reconocen el instituto del lucro cesante, no pueden aplicarse las reglas del derecho privado, ausencia de una regla constitucional que eleve a un derecho fundamental la reparación integral de un daño por la actividad administrativa³⁴, finalmente entendemos que es el legislador a quien corresponde modular el alcance del instituto de la reparación del daño, máxime en ámbitos en los cuales los particulares, en escenarios análogos en derecho privado no se ha generalizado una responsabilidad objetiva, y difícilmente obtendrían una reparación por lucro cesante por riesgos que son usuales en su actividad empresarial, en síntesis, el Estado moderno, prácticamente se ha convertido en una especie de asegurador de todos los riesgos que implica una actividad empresarial seria.

³⁴ CFR COLOMBRES GARMENDÍA, *Procedencia de la indemnización del lucro cesante en los casos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, 2009, Ediciones RAP S.A., Colección Thesis, Buenos Aires (Argentina), Págs. 63-107, quien efectúa una labor de síntesis de las distintas posiciones doctrinales sobre el tema, encontrándose dentro de la doctrina negativa Marienhoff, Comadira y Graciela Reiriz y dentro de la positiva Barra, Biachi y Cassagne, al mismo tiempo analiza el instituto de la responsabilidad en el derecho comparado, en Estados Unidos, Reino Unido, Francia y España.



Por su parte, en el derecho español de la contratación pública, el tema de las indemnizaciones por ejercicio de un modificado contractual se ha zanjado de manera simple: a) Si no es posible ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactos, y no resulta posible modificarlo bajo los términos establecidos en los artículos 204 y 205 de la LCSP, concurre una causa de resolución, teniendo derecho el contratista a una indemnización de un 3 % del importe de la prestación dejada de realizar b) En el caso del artículo 242 de la LCSP relativo al contrato de obras, la modificación que suponga supresión o reducción de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna.

Pasando a los órganos de control, en el caso doméstico, y para el supuesto específico de modificados contractuales, existen varios órganos de control, internos y un externo, que funcionan como un verdadero contrapeso en esta materia: i) Por una parte la Contraloría General de la Republica, quien lleva a cabo un rol significativo en materia de registro de contratos (art. 7 numeral 6 de la ley 10-07), siendo las disposiciones, recomendaciones o medidas de control interno que emita la Contraloría General de la Republica de aplicación inmediata y obligatoria y su no aplicación constituirá un desacato (art. 7 párrafo de la ley 10-07), y la interacción de la Contraloría con los controles políticos y sociales, ii) Respecto el Órgano Rector (Dirección General de Contrataciones Públicas); tiene facultad de investigar de oficio un modificado contractual, de instruir una solicitud de investigación, una acción directa de un interesado en contra de un modificado contractual o una denuncia, y en virtud de las decisiones o jurisprudencia constantes de este Órgano, el mismo tiene unos poderes oficiosos en cualquiera de estos procedimientos, poderes oficiosos que, han sido criticados por la doctrina local, cuando



los mismos son ejercidos en ocasión de una impugnación³⁵, además de que este Órgano puede suspender un contrato en ejecución y declarar la nulidad de un procedimiento de selección (cuestión que una parte de la doctrina entiende se encuentra reservado a los tribunales); iii) La Dirección General de Presupuesto, que debe velar porque las apropiaciones presupuestarias se ejecuten conforme la Ley de Presupuesto General del Estado, apropiaciones que en el caso de los contratos y sus modificaciones debe existir una cobertura para efectuar ese devengo; y iv) Por último, las funciones de la Cámara de Cuentas, que constituye un órgano Extra Poder y constitucionalmente establecido, y que incluso, posee habilitación legal expresa, instituida por la ley 10-04 para declarar la responsabilidad del funcionario. Todo este tinglado de contrapesos, debería ser un sistema completo y efectivo a favor del combate a la corrupción y en especial, en contra de los modificados contractuales que desnaturalicen la finalidad de los mismos.

En el caso de la LCSP 2017 el principal medio efectivo para el control de los modificados contractuales ilegítimos radica en el recurso especial en materia de contratación pública, al amparo de lo establecido por el artículo 44.2, por entender que la modificación debió de ser objeto de una nueva adjudicación, esto en principio, no limitado a los contratos sujetos a regulación armonizada al amparo del 44.1, los deberes de publicidad de los modificados contractuales, por último, la

³⁵ FERMÍN CABRAL, MANUEL, *Apuntes en torno al recurso especial en sede administrativa en materia de contratación pública*, octubre 2017, Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Santo Domingo (República Dominicana), P. 1129.



posibilidad de que la Comisión inste un procedimiento de incumplimiento contra el Estado por vía del artículo 258 TFUE.

IV. CONCLUSIONES

Los modificados contractuales resultan complejos para todos los actores del sistema, por la importancia de los bienes jurídicos que pueden comprometerse con los mismos, aparte de que, el ejercicio abusivo de los modificados ha conllevado una legislación reactiva y que parte del principio de mala fe de los actores del sistema (servidores públicos, funcionarios, proyectistas, contratistas, sub-contratistas, políticos, lobistas, entre otros), sin contar con la desacreditada fama que presentan los modificados para el morbo de la población, motivado en serios escándalos de corrupción en los cuales se evidenciaban sobrecostos exorbitantes y claros comportamientos restrictivos a la competencia.

Bajo esta lógica, el populismo entiende como adecuado este tipo de reacciones legislativas, cuando quizás, la fiebre no está en la sábana, sino en un paciente denominado Estado y su sistema burocrático y los actores que operan el mismo y en su idiosincrasia y para los cuales, un cambio legislativo, muy probablemente represente una dificultad que tarde o temprano será sobrepasada con soluciones creativas que terminan desnaturalizando el cambio legislativo.

En una época donde la corrupción se vislumbra como el flagelo de nuestras democracias y donde cada día ganan cuerpo movimientos políticos alternativos que no proponen absolutamente nada y donde los políticos tradicionales están desprestigiados por la corrupción, muy a pesar de presentar



avances y conquistas para sus pueblos, se prohija una marisma de partos legislativos que son mercadeados como la solución al tema de la corrupción, cuando quizás el cambio, presupone un cambio de mentalidad y esto comienza por nuestros sistemas educativos y la formación en valores.

Dentro de estos cambios legislativos, la Unión Europea, y los países que la integran (en especial España y Francia que son nuestros principales referentes en derecho comparado), han dictado normas de cara a la transposición de las Directivas de la Unión Europea 2014/23 y 2014/24, en el caso del Reino de España ha transpuesto las precitadas directivas mediante la comentada LCSP 9/2017, en la que se regulan los modificados contractuales. Desde nuestra óptica, la precitada regulación resulta ser compleja, e involucra diversos baremos y conceptos de cara a los modificados contractuales, los cuales, resultan ser difíciles de comprensión y abren las puertas a un sin número de interpretaciones fundamentadas en conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo, los conceptos de alteración de la naturaleza global del contrato, inmutabilidad del fin del contrato y alteración sustancial del contrato, que si bien es cierto, la jurisprudencia ha llevado a cabo una labor encomiable, no por esto dejan de existir dudas en conceptos que resultan ser concurrentes.

Por otra parte, se observa una tendencia a erigir la planeación como moneda de nuevo cuño en la contratación pública y como panacea al combate de todos los males que presenta la misma, si bien es cierto, la planeación o planificación constituyen un arma poderosa para evitar la improvisación, no menos cierto es el hecho de que se vislumbra una tendencia jurisprudencial inflexible, que plantea como prisma la declaración de nulidad de los contratos que no estén fundamentados en una



planificación previa, lo cual, para países subdesarrollados como el nuestro, declaraciones generalizadas de nulidad de contratos, supondrían un caos, parálisis en múltiples proyectos constructivos, reclamos en responsabilidad y una afectación grave a la actividad económica que pende en gran medida del sector construcción y las obras públicas.

En el caso europeo, su jurisprudencia siempre a la vanguardia, se ha centrado de manera especial en los modificados contractuales, ejemplo evidente de lo expuesto, son los casos *Succhi di Frutta* y *Pressetext*, el contenido emblemático de sus fallos ha sido recogido en las directivas precitadas, cuya transposición ha sido efectuada, estas decisiones insisten en la previsión de los modificados contractuales en los Pliegos de Condiciones y en que los mismos estén previstos de una manera clara, evitando, como bien indica la maestra Isabel Gallego Córcoles, la famosa cláusula de oscuridad.

A diferencia de Europa, en el caso de nuestra legislación, no existe regulación sobre la inserción de los modificados contractuales en los Pliegos de Condiciones, pero si se observa una regulación de las obras adicionales, los modificados por circunstancias imprevisibles, la obligación de mantenimiento del equilibrio económico del contratista, y otros institutos afines. En la legislación europea los modificados contractuales se encuentran contenidos en la LCSP 2017 en los artículos 204 al 207, junto a otras normas conexas, en ellas se establecen diferentes causales de modificado, como las prestaciones adicionales, circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles y modificaciones sustanciales, estas causales tienen una correspondencia en nuestra legislación, como hemos citado en este párrafo, aunque debamos admitir que las mismas



han conllevado una regulación más detallada que el caso del derecho dominicano.

En el derecho dominicano, se observa una jurisprudencia incipiente en materia de modificados contractuales, que abre el tema a la discusión en la comunidad jurídica y la sociedad en términos generales, y en la cual, el Órgano Rector ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los modificados contractuales, muy en especial la renovación de los contratos, supuestos en los cuales, se han producido renovaciones al margen de los procedimientos de selección, constituyendo lo expuesto, una verdadera adjudicación, entendemos que, esta incipiente jurisprudencia ha de marcar las pautas del tema objeto de debate.

Finalmente, respecto los contrapesos a los modificados contractuales, hemos tratado lo relativo a la indemnización del contratista, contrastando la legislación dominicana y la española, respecto las cuales, ambos modelos de responsabilidad lucen ser adecuados. Como segundo punto de contrapeso a los modificados contractuales, hemos abordado lo relativo a los mecanismos de control, tanto en el caso dominicano, como el español, entendemos que los controles resultan ser funcionales y suficientes: i) En el caso dominicano se observa un Órgano Rector con unas potestades omnímodas, sin importar el tipo de procedimiento que se trate (investigación de oficio, investigación a instancia de parte e impugnación), así como otras instituciones, quizás igual o más importantes, como la Contraloría, la Dirección General de Presupuesto y la Cámara de Cuentas, que influyen en los contrapesos del sistema, y que han sido precedentemente abordadas en el marco del Sistema de Gestión Financiera y sus instituciones, ii) En el caso Europeo se observa la obligación de publicidad de los modificados, una



Directiva de Recursos que tiene como efecto la accesibilidad y eficiencia del sistema de recursos en materia de contratación pública, dotando el mismo de practicidad para los justiciables.

En definitiva, al margen de la confrontación de criterios que ha supuesto esta investigación, entendemos que las discusiones que se han desarrollado en la misma, contribuyen al fortalecimiento de nuestra democracia y nuestras instituciones, sobre todo, en los sistemas de compras públicas, los cuales, deben ser dotados de normas más simples, inteligibles para el ciudadano que no es experto en estos temas, y plantear una profunda revisión de nuestras normas, con el ánimo de simplificar y desburocratizar las compras públicas, que cada día más el monstruo de la burocracia asecha tragarse la operatividad del Estado, cuando recientemente, hasta para comprar un pasaje de avión para un funcionario, en el caso de República Dominicana, debe pedirse una autorización al Ministerio de la Presidencia y populistamente se aboga para que las PYMES mujer se involucren en este negocio, pero a simple vista, olvidamos, como un particular compra un pasaje aéreo, cuestión muy simple, en un mundo globalizado e interconectado.

V. *BIBLIOGRAFIA*

Libros

- Code de la Commande Public, 2019, 1er Edition, Dalloz, Paris.



- COLOMBRES GARMENDÍA, *Procedencia de la indemnización del lucro cesante en los casos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, 2009, Ediciones RAP S.A., Colección Thesis, Buenos Aires (Argentina).
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Cuestiones de Derecho Administrativo*, Buenos Aires (Argentina), Ediciones Depalma, año 1987,
- FARRANDO, I. Et al. *Contratos Administrativos*, 2002, Lexis Nexis Argentina, S. A., Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Argentina).
- FERMÍN CABRAL, MANUEL, *Apuntes en torno al recurso especial en sede administrativa en materia de contratación pública*, octubre de 2017, Actas del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Editorial Jurídico Venezolana International, Santo Domingo (República Dominicana)
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMON, *Curso de Derecho Administrativo*, 2008, Editorial Aranzadi, Madrid (España), Decimocuarta edición, Tomo I.
- GORDILLO, AGUSTÍN, *Después de la Reforma del Estado. El informalismo y la concurrencia en la licitación pública*, 2ª ed. Buenos Aires (Argentina)



- RIVERO, JEAN, *Derecho Administrativo*, 2006, Dalloz Ed., París (Francia), traducción de la 9ª edición: Droit Administratif.
- ROLLÓN MUÑOZ, JULIÁN, *Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*, 2016, coordinado por Jiménez Aparicio, Emilio, Aranzadi, cuarta edición, Pamplona (España), Tomo I
- SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, *Tesis Doctoral sobre el contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho*, 25 de febrero de 2010, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe (España).
- VÁSQUEZ MATILLA, FRANCISCO JAVIER, *La modificación de los contratos públicos*, 2015, Editorial Aranzadi S.A, Pamplona (España).

Sentencias, Dictámenes y Resoluciones:

- S.C.J., 12 de Julio de 1991, BJ 968, P.842
- Conseil d'Etat, 7 /10 SSR, du 28 juillet 1995, 143438, publié au recueil Lebon
- Conseil d'Etat, 7 / 10 SSR, du 30 janvier 1995, 151099, inédit au recueil Lebon



- S.C.J. Cas. 7 de marzo de 2001, BJ. 1048, P. 41:
- Conseil d'Etat, Section des travaux publics, Avis no 371.234, 9 avril 2005
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2007, expediente No. 24715. C.P, Ruth Stella Correa.
- Consejo de Estado Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2013, expediente No. 23829, C.P. Hernán Andrade Rincón.
- Opinión Consultiva DGCP44-2014-000473 de fecha 11 de febrero de 2014.
- Resolución DGCP 11/2014 dictada por la Dirección General de Compras y Contrataciones Públicas (DGCP u Órgano Rector) en fecha 12 de marzo de 2014
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de fecha 21 de agosto de 2014, expediente No. 11001031500020130191900, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas
- Conseil d'Etat, 13 mai, 2015, Stés Gallego et Temsol no. 380863
- Resolución 37/2017 dictada por la Dirección General de Compras y Contrataciones Públicas (DGCP u Órgano Rector) en fecha 21 de agosto de 2017.



- Conseil d'Etat, 14 oct 2015, Sté, SNT Petroni, no, 384749
- Conseil d'Etat , juil, 2016, Ste Artellia Ville et Transport.
- Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 09/03/2018, 409972, Publié au recueil Lebon

Páginas Web y Revistas

- GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, "*La disciplina de la modificación del objeto del contrato de la ley 9/2017 de contratos del sector público*", Revista Gallega de Administración Pública (REGAP), Núm. 55 (enero-junio 2018).
- <https://www.bancomundial.org/es/country/dominicanrepublic/overview>