

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y PRIVADOS TRAS LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE. SUPUESTOS, REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO.

La temida reforma legal del régimen de modificación de los contratos del Sector Público a través de la Ley de Economía Sostenible ha sido finalmente de envergadura mayor a la sospechada en un primer momento. Por un lado se extiende la reducción del ius variandi a los contratos privados y por otro lado, el porcentaje máximo de modificación permitido se reduce al 10% del precio de adjudicación. Por encima de dicho porcentaje se entenderá que la modificación altera las condiciones esenciales de licitación y adjudicación, de manera que solo será posible la modificación si se hubiera previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación – con importantes condiciones y requisitos -. Fuera de esta posibilidad solo cabe la resolución del contrato en vigor y la celebración de otro bajo las condiciones que procedan.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La situación de España en el punto de mira de la Unión Europea en materia de contratación pública ha determinado la necesidad de abordar una nueva reforma de la Ley de Contratos del Sector Público, operada ahora desde la Ley de Economía Sostenible. Entre las diversas reformas introducidas por dicha norma destaca la reducción, notable, de la facultad de modificación de los contratos del sector público.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

El ejercicio del *ius variandi*, que fue reducido ya por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) – limitando su ejercicio a **razones de interés público y por causas imprevistas**, frente a la posibilidad de atender necesidades nuevas que contemplaba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas anterior – ha sido cercenado de nuevo tras la aprobación de la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), si bien en este caso con un vigor que carece de antecedentes en nuestro derecho.

Por un lado se **limitan de forma extraordinaria** las posibilidades de **modificar los contratos** públicos, y por otro lado se extienden tales limitaciones también a los contratos privados.

I.- Contratos privados.

Son contratos privados, en la regulación de la LCSP:

- los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas,

- los contratos celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, y

- cualquier otro contrato distinto de los previstos en el artículo 19.1 LCSP¹ que no tenga la consideración de contrato excluido de acuerdo con el artículo 4 LCSP.

Estos contratos, en cuanto a **su preparación y adjudicación** y en defecto de normas específicas, se rigen por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus **efectos y extinción**, estos contratos se rigen por el derecho privado.

¹ Es decir, contratos administrativos típicos o contratos de naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.

Ello no obstante, la LES ha introducido una modificación en la LCSP para señalar que serán de aplicación a los **contratos privados**, las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos, por lo que sin perjuicio de la regulación de la ejecución del contrato privado conforme el derecho privado, la **modificación** de los mismos debe sujetarse a las previsiones contenidas en los **artículos 92 bis a 92 quinquies LCSP**.

II.- Contratos públicos.

Señala la LCSP que, sin perjuicio de los supuestos previstos en ella de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse:

- cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o
- en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter.

Fuera de estos supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada inicialmente, deberá procederse a la **resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro contrato** que deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

Señala además el artículo 92 bis.2 que la modificación del contrato **no** podrá realizarse con el fin de **adicionar prestaciones complementarias** a las inicialmente contratadas, **ampliar el objeto** del contrato a fin de que pueda cumplir **finalidades nuevas** no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o **incorporar una prestación** susceptible de utilización o aprovechamiento independiente².

De acuerdo con la nueva regulación introducida por la LES la modificación de los contratos puede clasificarse en dos categorías:

- **modificaciones previstas** en los pliegos o en el anuncio de licitación (i);
- **modificaciones no previstas** en los pliegos o el anuncio de licitación (ii).

² En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b).

(i) Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación:

Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que tal posibilidad se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los **supuestos** en que podrá modificarse el contrato deberán **definirse** con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las **condiciones** de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.

En estos casos en los que se prevea la modificación futura del contrato, se considerará **valor estimado del contrato** el importe máximo que éste pueda alcanzar en caso de producirse todas las modificaciones previstas³.

(ii) Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación:

Las **modificaciones no previstas** en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.- Deberá **justificarse suficientemente** la concurrencia de alguna de las **circunstancias** previstas en el **apartado 1 del artículo 92 quáter** LCSP⁴.

3 Artículo 76 LCSP también modificado por la LES.

4 Como son:

a.- Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

2.- La modificación deberá limitarse a introducir las **variaciones estrictamente indispensables** para responder a la **causa objetiva** que la haga necesaria.

3.- La modificación **no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación**. El apartado 3 del artículo 92 quáter LCSP entiende que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato cuando:

- La modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

- La modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

- Para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

- Las **modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.**

- En cualquier otro caso en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

b.- Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad

c.- Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d.- Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

d.- Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

III.- Procedimiento a seguir para la modificación de los contratos:

III. A.- Contratos privados:

Para el supuesto de **modificaciones previstas** en la documentación que rige la licitación, la modificación contractual se acordará en la forma que se hubiera especificado en los pliegos o en el anuncio de licitación.

Para los supuestos de **modificaciones no previstas**, la modificación se regirá por las normas de derecho privado que le sean de aplicación si bien, antes de proceder a la modificación del contrato, deberá darse **audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas**, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

III.B.- Contratos administrativos:

1.- Para el supuesto de **modificación prevista en la documentación que rige el contrato**, la modificación del contrato deberá tramitarse en la forma prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación si bien con los siguientes requisitos:

- En el procedimiento que se instruya para la adopción del acuerdo de modificación deberá darse **audiencia al contratista**.

- En la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, el acuerdo de modificación deberá adoptarse **previo informe del Servicio Jurídico** correspondiente.

- Cuando la modificación de la cuantía del contrato – conjunta o aisladamente - sea superior a un 10 % del precio primitivo del contrato, y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros, será **preceptivo el informe del Consejo de Estado** u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

2.- En el caso de **modificación del contrato no prevista** en los pliegos ni en el anuncio de licitación, será precisa la verificación del concurso de los requisitos antes señalados, así como:

- La **audiencia al contratista**.

- El **informe previo del Servicio Jurídico** correspondiente en el caso de contratos de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales.

- **Audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas**, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

A todo lo expuesto debe añadirse que, la modificación deberá **formalizarse** en la forma prevista en el artículo 140 LCSP⁵, y que como contrapartida de este nuevo y riguroso régimen de modificación de los contratos, la LES ha modificado la LCSP para disponer que las **modificaciones acordadas por el órgano de contratación son obligatorias para el contratista**⁶, suprime la posibilidad – tanto de la Administración como del contratista – de instar la resolución del contrato cuando la modificación fuera superior al 20% del precio primitivo del contrato, e introduce una nueva causa general de resolución de los contratos⁷, la **imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una grave lesión al interés público de continuarse la ejecución del contrato**, para aquellos supuestos en los que no sea posible la modificación del contrato en la forma expuesta⁸.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)

⁵ Modificado a su vez por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

⁶ Art 202

⁷ Artículo 206 g)

⁸ Esta ampliación de la facultad resolutoria de la Administración determinará un mayor uso de la misma no solo por la mayor dificultad para la modificación de los contratos sino también porque la indemnización a satisfacer al contratista por la parte del contrato que le resta por ejecutar ha sido reducida al 3% (artículo 208 LCSP).