

LA RADICAL REFORMA DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS A RAÍZ DE LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.

El anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, a punto de iniciarse su tramitación como proyecto de ley en las Cortes Generales, se nos presenta como un texto de envergadura casi inabarcable que esconde en su seno reformas de mucho mayor calado que las que en un primer momento se pudiera sospechar. Junto a importantes medidas dirigidas a solventar, si no capear, la crisis económica que nos asola, el proyecto de norma incluye una reforma contundente en materia de contratos administrativos. Prensa y revistas especializadas en materia de contratación han subrayado como novedad trascendental la reducción del plazo de pago por las Administraciones Públicas hasta un máximo de 30 días siguientes a las certificaciones de obras, si bien lo cierto es que es otra y no ésta la verdadera clave de la reforma: ha desaparecido la "modificación de los contratos".

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La **modificación de los contratos** se ha configurado tradicionalmente como un instrumento al servicio de la Administración Pública – y también del contratista –, para ampliar, reducir, alterar el objeto del contrato ya adjudicado; introducir aspectos o elementos que no fueron tenidos en cuenta en el momento de su adjudicación; o en su caso para perfilar su contenido y adaptarlo a nuevas circunstancias.

© 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.

Esta facultad de modificación de los contratos se ha ido reduciendo paulatinamente a golpe de reforma normativa. El *ius variandi*, que en un primer momento podía ejercitarse por razones de interés público, siempre que fueran debidas a **necesidades nuevas o causas imprevistas** en el momento de su adjudicación (TRLCAP¹); se ha limitado en la nueva Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP²) a aquellos supuestos en los que concurran razones de interés público y para atender a **causas imprevistas**; desapareciendo por tanto la posibilidad de acudir a este mecanismo para atender a necesidades nuevas, posteriores al momento de perfección del contrato.

El Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible contiene en su seno la previsión de una reforma profunda del régimen de los contratos administrativos, que incluye el de la **modificación de los contratos**.

Esta reforma se articula fundamentalmente mediante la introducción de un nuevo Título V en el Libro I (relativo a los contratos del Sector Público) (**I**), y la modificación del artículo 202 LCSP (relativo a los contratos administrativos³) (**II**); y consiste, fundamentalmente, en hacer desaparecer de un soplo y para siempre cualquier modificación contractual que conjunta o aisladamente supere el 20% del precio de adjudicación del contrato.

Por encima de dicho límite porcentual no existirá ya modificación, sino resolución del contrato; con celebración de uno nuevo en el que se incluyan aquellos aspectos o necesidades que hacían necesaria la modificación.

I El nuevo **Título V del Libro I**⁴ establece que los **contratos del Sector Público sólo** serán susceptibles de **modificación**:

1 Artículo 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

2 Artículo 202 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

3 Como es sabido, debido a la nueva clasificación subjetiva introducida por la LCSP, acontece una clasificación objetiva de los contratos que permite diferenciar entre contratos administrativos, y contratos del Sector Público.

4 El nuevo Título V del Libro I estará integrado por los artículos 92 bis a 92 quinquies.

- en los supuestos previstos en la propia LCSP⁵;
- cuando esté previsto en los pliegos;
- cuando esté previsto en el anuncio de licitación;
- en los casos y con los límites del artículo 92 quáter.

Así las cosas, en lo tocante a los contratos del Sector Público, solo cabe su modificación, fuera de los supuestos legalmente previstos, en dos casos:

- A) Cuando esté previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación (lógicamente con importantes **límites** y **requisitos**; con obligación de prever con detalle el **cuándo** y el **cómo** de la modificación, y sobre todo la indicación del **porcentaje del precio del contrato** al que como máximo se pueda afectar así como el **procedimiento** para ello).
- B) Cuando no esté previsto en la documentación que rige la licitación. Para las modificaciones no previstas será necesario justificar el concurso de alguna de las circunstancias previstas en la ley (artículo 92 quáter.1), se prohíbe cualquier modificación que comporte una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación⁶; y se advierte que **en todo caso, las modificaciones del contrato no podrán exceder el 20% del precio de adjudicación.**

Fuera de estos supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a la **resolución del contrato** en vigor y a la **celebración de otro** bajo las condiciones pertinentes (artículo 92 bis.1 segundo párrafo).

II Para los **contratos administrativos**, el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible prevé modificar el artículo 202 LCSP y **limitar la facultad modificatoria** a razones de interés público y en los **casos** y en la **forma** prevista en el Título V del Libro I, de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo

5 Los supuestos previstos en la LCSP son los de sucesión de la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución.

6 El artículo 92 quáter.2 establece en sus apartados a) a d), los casos en los que se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de la liquidación y adjudicación del contrato.

195 LCSP⁷; es decir, que sólo cabe la modificación de los contratos administrativos en los casos previstos para los contratos del Sector Público y con la misma **limitación del 20% del precio de adjudicación**.

En cuanto al **régimen de aplicación transitorio** de esta novedosa regulación de la modificación de los contratos, lo cierto es que ninguna de las ocho disposiciones transitorias del Anteproyecto prevé específicamente tal extremo, limitándose a señalar, la Disposición Final Cuadragésimosegunda que la norma entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado salvo en lo tocante a dos modificaciones concretas relativas al régimen de los seguros, que entrarán en vigor el 1 de enero de 2012.

Así las cosas, debe acudir al Código Civil, cuyas disposiciones se aplican con carácter supletorio a las materias regidas por otras leyes de acuerdo con su artículo 4.3. En su artículo 2.3 señala que *"Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario"*; mientras que su disposición transitoria segunda contempla que *"Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas"*.

Debe llegarse por tanto a la convicción – sin perder de vista que el Anteproyecto de Ley podría ser modificado en los extremos mencionados tanto antes de adoptar la forma de proyecto de ley como durante su tramitación parlamentaria –, de que el nuevo régimen de modificación de los contratos será de aplicación a aquellos que se adjudiquen con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible.

Conclusión: si la reforma proyectada por el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible prospera, **desaparecerán los modificados de los contratos** tal y como los hemos conocido; limitando la facultad de modificación al concurso de causas más severas y sobre todo con el **límite máximo e insuperable del 20%** del precio de adjudicación del contrato.

Cualquier **modificación** superior que se pretenda resultará ya **imposible**, obligando en todos los supuestos que tradicionalmente admitían una variación del objeto, plazo o prestación de cuantía superior al 20% del precio del contrato; a **resolver el contrato** en vigor, y a celebrar uno nuevo; con los graves problemas que ello conllevará para los **contratistas**; y con imposición a éstos de un deber implícito de extremar las previsiones y cautelas a la hora de presentar unas propuestas que ya no admitirán, en adelante, posibilidad de modificación alguna; transmutando el principio de riesgo y ventura a otra realidad.

⁷ El artículo 195 LCSP también resulta afectado por el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible.