

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

MODIFICACIONES DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Blanca Lozano Cutanda

*Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

La Ley de Economía Sostenible (LES), aprobada de forma definitiva por el Congreso de los Diputados el martes 15 de febrero y pendiente de su publicación en el BOE, introduce en su disposición adicional décimo sexta diversas modificaciones en Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Esta es la tercera reforma importante de la LCSP, tras las llevadas a cabo por la Ley 34/2010, de 5 de agosto (que modificó los recursos en materia de contratación pública), y por la Ley 15/2010, de modificación de la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Por ello, tan sólo cuatro años después de la aprobación de la LCSP, la LES autoriza al Consejo de Ministros para que elabore un texto refundido en materia de contratación pública (disposición final trigésimo segunda).

I. RESUMEN DE LAS REFORMAS MÁS IMPORTANTES

- **Restricción de la posibilidad de realizar modificaciones de los contratos:** (i) las normas sobre modificación de los contratos de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) se aplican a partir de ahora no sólo a los contratos administrativos sino a todos los contratos del sector público, incluidos los de carácter privado; (ii) se limita la posibilidad de realizar modificaciones en los contratos a las expresamente previstas en la documentación que rige el contrato o bien, para las no previstas, cuando se justifique sufi-

cientemente la concurrencia de alguna de las causas tasadas y definidas en el nuevo art. 92 quáter; (iii) las modificaciones no previstas en la documentación del contrato no podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, incluyéndose entre ellas las que igualen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato (lo que conlleva la supresión de la posibilidad hasta ahora existente, tanto para el contratista como para la Administración, de rescindir el contrato cuando una modificación superase el 20 % del presupuesto de las obras o del precio primitivo del contrato).

- **Introducción de una nueva causa general de resolución de los contratos** consistente en "la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I".
- **Introducción de un nuevo tipo de adjudicación directa a las empresas de economía mixta:** los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurre capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto.



II. EXPOSICION DE LAS DISTINTAS MODIFICACIONES

1.- Exclusión del ámbito de la LCSP de los contratos de investigación y desarrollo

La exclusión de los contratos de investigación o desarrollo prevista en la letra q) del art. 4, apartado 1 de la LCSP, tiene una serie de limitaciones que la convierten en excepcional (entre otras, el que deban ser "contratos de servicios y suministros" que tengan por objeto "prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, y que sean celebrados por "Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas").

Para ampliar su ámbito de aplicación, la LES añade una nueva letra r) a este precepto, en virtud de la cual estos contratos se excluyen cuando el órgano de contratación (cualquiera que éste sea) remunera íntegramente la actividad y se implica en los beneficios y riesgos de la misma (para lo cual podrían crearse empresas de economía mixta, no infrecuentes en el ámbito científico), con el fin de desarrollar "soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado".

2.- Modificaciones introducidas en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado

A. Ámbito subjetivo de aplicación: se da una nueva redacción al art. 11 LCSP que amplía la posibilidad de suscribir este tipo de contratos a las entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades Autónomas (hasta ahora sólo podían hacerlo las Administraciones Públicas).

B. Exclusión de la necesidad de evaluación previa a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración cuando se hubiere

efectuado previamente para un supuesto análogo. Se introduce un nuevo apartado en el art. 118 LCSP, con el fin de aligerar trámites, en virtud del cual no será necesario realizar la evaluación previa cualificada sobre la necesidad del contrato, que demuestre la imposibilidad de atender el objeto por otra vía alternativa de contratación, cuando un órgano de la misma Administración o entidad que pretenda realizar el contrato (no necesariamente el mismo órgano de contratación) la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo, siempre que no se hubiese realizado de forma sucinta por razones de urgencia (pues por su carácter sucinto no se han evaluado con profundidad las ventajas e inconvenientes de este procedimiento de contratación).

Interesa señalar que las mayores novedades que introduce la LES en los contratos de colaboración público-privada no se contienen en estas modificaciones de la LCSP que realiza la disposición final décimo sexta. Consisten en la regulación de la financiación de los adjudicatarios de estos contratos contenida en el art. 37 de la Ley, y en la posibilidad de que estos contratos obtengan avales del Estado, que se introduce en la Ley General Presupuestaria por la disposición final décimo séptima.

3.- Garantía de solvencia en la sucesión en la persona del contratista

Se regula con mayor detalle la garantía de solvencia en los casos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas. Hasta ahora el art. 202.4 LCSP sólo preveía que "continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación" y ahora, el nuevo art. 73 bis (que configura



un nuevo Capítulo III, en el Título II del Libro I) añade la posibilidad, para garantizar esta solvencia, de que "las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución de contrato".

Se precisa, además, que si en estos casos "no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario".

4.- Modificación de los contratos

La reforma más importante de la LCSP que acomete la LES es, sin duda, la referida al régimen de modificación de los contratos y tiene por objeto restringir las posibilidades de modificación de los contratos del sector público (tanto de los administrativos como los de carácter privado). Con esta modificación, como reconoce la exposición de motivos de la LES, pretende adecuarse la LCSP a las prácticas recomendadas por la Unión Europea, pues el Reino de España ha sufrido varias llamadas de atención por la facilidad con la que se podían acometer modificaciones.

Para llevar a cabo la reforma, la LES introduce un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP, con la rúbrica "Modificación de los contratos", y da una nueva redacción al art. 202 LCSP sobre la "Potestad de modificación de los contratos", que remite su régimen a este nuevo Título y dispone que "las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para el contratista". Las principales novedades de esta reforma son:

- Las normas sobre modificación de los contratos se aplican no sólo a los contratos administrativos sino a todos los contratos del sector público, incluidos los de carácter privado. Así resulta de la nueva redacción que da la LES al artículo 20.2 LCSP dedicado al régimen jurídico aplicable a los contratos privados del sector público, al que se añade un párrafo en virtud del cual "serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos".
- Se distingue claramente entre las modificaciones previstas en la documentación del contrato (pliegos o anuncio de licitación) y las no previstas en la misma, solucionando así los problemas interpretativos que se derivan de la conjunción de estos dos apartados en el artículo 202 LCSP.
- Las modificaciones previstas en la documentación que rige el contrato se admiten siempre que: (i) se detallan de forma "clara, precisa e inequívoca" sus condiciones, alcance y límites, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y del procedimiento que haya de seguirse para ello; (ii) se definan con "total concreción" los supuestos en que podrá modificarse, por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva (nuevo art. 92 ter).

Como lógica consecuencia de esta previsión, se modifica el art. 76 LCSP relativo al "cálculo del valor estimado de los contratos", disponiéndose que en el caso de que se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, "se considerará valor estimado del contrato el im-



porte máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas”.

- Las modificaciones no previstas en la documentación (que integran propiamente el “ius variandi” de la Administración en cuanto prerrogativa administrativa unilateral) únicamente podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las causas tasadas y definidas por el nuevo artículo 92 quáter de la LCSP (frente al alto grado de indefinición de las mismas en la redacción anterior del art. 202 de la LCSP, que aludía con carácter genérico a “razones de interés público y para atender a causas imprevistas”). Se limita de esta forma la discrecionalidad de la Administración para proceder a la modificación del contrato, pero se amplía, en cambio, como se verá, para la resolución del mismo por razones de interés público.
- Como garantía absoluta de inmutabilidad del contrato se dispone, de acuerdo con las recomendaciones de la Unión Europea, que las modificaciones no previstas en la documentación del contrato no podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación. Se precisan con detalle los supuestos en que ha de considerarse que una modificación altera sustancialmente estas condiciones esenciales (nuevo art. 92 quáter, apartado 3). Entre ellas, procede reseñar las modificaciones que “igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato”, por cuanto la prohibición de estas modificaciones conlleva la supresión de la posibilidad hasta ahora existente, tanto para el contratista como para la Administración, de rescindir el contrato cuando una modificación superase el 20 % del presupuesto de las obras o del precio primitivo del contrato.

- Procedimiento para efectuar las modificaciones contractuales.

- En el caso de contratos administrativos, la LES modifica el art. 195 LCSP a fin de rebajar la cuantía de la modificación del precio primitivo del contrato a partir de la cual se exige dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma a un 10 % (hasta ahora era del 20 %), en consonancia con la consideración de las modificaciones que superen ese porcentaje como una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación no permitida.

- Para el resto de los contratos del sector público (incluidos los de carácter privado), las modificaciones contractuales se efectuarán: (i) las previstas en la documentación del contrato, en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos; (ii) para las no previstas, si el proyecto o las especificaciones técnicas se hubieran preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, deberá dársele audiencia para que formule las consideraciones que tenga por conveniente.

- Previsiones específicas para la modificación del contrato de obras

Conforme a la nueva redacción del art. 217 LCSP, las modificaciones se atenderán a lo establecido en el art. 202 LCSP, en su nueva redacción, y en el Título V del Libro I que introduce la LES, y son obligatorias para el contratista. Para el supuesto de que las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, se suprime

la posibilidad de que, si el contratista no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación pueda utilizar para contratarlas con otro empresario el procedimiento negociado sin publicidad.

- Previsiones específicas para la modificación del contrato de concesión de obra pública

- Modificación del Proyecto. De acuerdo con la nueva redacción del art. 226 LCSP, una vez perfeccionado el contrato sólo podrán introducirse modificaciones en el proyecto de acuerdo con lo establecido en el nuevo Título V del Libro I (o del ejercicio de la potestad de ius variandi por la Administración prevista en el art. 232.1.b, pero que debe justificarse igualmente por lo establecido en dicho Título).

Se suprime la posibilidad de que el concesionario solicite la resolución del contrato cuando las modificaciones impuestas incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 % del importe de las obras o representen una alteración sustancial del proyecto. A partir de ahora será el plan económico-financiero de la concesión el que "deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes".

La supresión de esta posibilidad de solicitar la resolución del contrato por modificaciones superiores al 20 % del importe de las obras o que representen una alteración sustancial del proyecto se corresponde con la prohibición de que las modificaciones de los contratos alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y con la

previsión de que debe entenderse que alteran estas condiciones esenciales las modificaciones que igualen o excedan, en más de un 10 % el precio de adjudicación del contrato. Cuando esto ocurra, la resolución ya no constituye una posibilidad sino una obligación pues, como veremos a continuación, ahora se establece como causa de resolución del contrato la posibilidad de "producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos (los inicialmente pactados), cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I" (nueva letra h del art. 206 LCSP).

- Modificación de la obra. Las modificaciones únicamente se permiten cuando el interés público lo exija y concurren las circunstancias previstas en el nuevo Título V del Libro I, o si se trata de la realización de obras complementarias adjudicadas mediante el procedimiento negociado que contempla el art. 155 b) (nueva redacción del art. 233 LCSP).

- Previsiones específicas para la modificación del contrato de suministro y del contrato de servicios. En ambos casos, las referencias a los supuestos de modificación de los contratos se hacen al art. 202 y al nuevo Título V del Libro I, y se suprime el derecho a obtener una indemnización en caso de supresión o reducción de unidades de bienes o de unidades o clases de equipos cuando las modificaciones en el contrato, impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 % del precio primitivo del con-



trato, o representen una alteración sustancial de la prestación inicial, por la razón, ya expuesta, de que estas modificaciones dejan de ser posibles tras la reforma (nueva redacción dada al art. 282 por la LES).

Se modifican numerosos preceptos de la LCSP a fin de revisar las referencias a las causas de modificación, que ahora se hacen a las previsiones contenidas en el art. 202 y en nuevo Título V del Libro I.

5.- Obras o servicios complementarios que pueden adjudicarse mediante procedimiento negociado al contratista: ¿una vía para burlar la restricción de las modificaciones?

A diferencia de lo que ocurre con la revisión del contrato, la LES no restringe la posibilidad, prevista en el art. 155 b) y 158 b), de adjudicar mediante procedimiento negociado obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto ni en el contrato pero que por una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para su realización. Además de los requisitos de que las obras o los servicios no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento, se exige que su importe no supere el 50 % del precio primitivo del contrato.

Procede señalar la incongruencia que supone que la reforma de la LES mantenga la posibilidad de acudir a obras o servicios complementarios cuando su importe no supere el 50 % del precio primitivo del contrato cuando no se admiten modificaciones que superen más del 10 %, lo que hace previsible que en los contratos de obras y de servicios se intente forzar el concepto de modificaciones complementarias para introducir modificaciones ahora

proscritas en los contratos administrativos de obras o de servicios.

Se elimina, por otra parte, el último inciso de ambos preceptos, según el cual las demás obras o los demás servicios complementarios "que no reúnan los requisitos señalados habrán de ser objeto de contratación independiente", con lo que se quiere evitar la interpretación de que se adjudicarán por procedimiento negociado (según el párrafo general del precepto) pero no necesariamente al adjudicatario del contrato inicial, cuando lo cierto es que deberán adjudicarse mediante el procedimiento que corresponda de acuerdo con el valor estimado del contrato.

6.- Resolución de los contratos

- Se introduce una nueva causa general de resolución de los contratos. La LES introduce una nueva causa de resolución en letra g) en el art. 206 LCSP, consistente en "la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el Título V del Libro I".

Ante la importante restricción de las causas de modificación, resultaba preciso ampliar la discrecionalidad de la Administración para declarar la resolución del contrato por razones de interés público, y esta resolución se ve, además, ligeramente favorecida en cuanto a la indemnización otorgada por la parte que resta por realizar baja del 6 % al 3 % (artículo 208 LCSP).

- Aplicación de las causas de resolución. Se suprime la previsión del art. 207 LCSP de que, en los supuestos de modificaciones que excedan el 20 % del precio inicial del contrato, la Administración



pueda instar su resolución. Esta modificación responde, como ya se ha expuesto, a la prohibición de introducción de modificaciones que igualen o excedan en más de un 10 % el precio de adjudicación del contrato.

- Efectos de la resolución. La LES añade dos nuevos apartados en el art. 208 LCSP, en virtud de los cuales:
 - Cuando la resolución se acuerde por la nueva causa de imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público, se establece que "el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista".
 - En estos casos, como ya se ha adelantado, al tiempo de incoarse el expediente de resolución del contrato, podrá iniciarse el de adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.
- Previsiones específicas para la resolución del contrato de obras. Se suprimen, en la nueva redacción dada al art. 220 las causas de resolución del contrato hasta ahora contempladas en sus letras d y e, relativas a: (i) los errores materiales del proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra en al menos un 20 %, y (ii) las modificaciones del contrato que impliquen alteraciones en su precio en cuantía superior, en más o en

menos, al 20 % del precio primitivo, o impliquen una alteración sustancial del proyecto inicial. Como hemos reiterado, la supresión de esta posibilidad de resolver los contratos por incrementos en la obra superiores al 20 % se debe a la prohibición, con carácter general, de modificaciones contractuales que igualen o excedan en más de un 10 % el precio de adjudicación del contrato.

- Previsiones específicas para la modificación de los contratos de suministro y de servicios. Se suprime igualmente en ambos casos, y por la misma razón, la posibilidad de pedir la rescisión del contrato por modificaciones del mismo que impliquen alteraciones en su precio en cuantía superior, en más o en menos, al 20 % del precio primitivo, o impliquen una alteración sustancial del proyecto inicial (nueva redacción de los arts. 275 y 284).

7.- Subcontratación

Se amplía la posibilidad de que el órgano de contratación imponga al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados con el mismo de determinadas partes de la prestación, pues hasta ahora se requería que estas partes de la prestación no excedieran en su conjunto del 30 % del importe del presupuesto del contrato y ahora este porcentaje se incrementa al 50 % (nueva redacción del apartado 7 del art. 210 LCSP). Esta previsión aparece orientada a incrementar la participación en el sector de la contratación pública de pequeñas y medianas empresas.

8.- Contrato de concesión de obra pública: la suspensión de la obra por causa imputable a la Administración o fuerza mayor determina la suspensión del plazo y no el derecho a prórroga

El derecho a prórroga en el plazo de ejecución de la obra del contratista en estos casos se sustituye por la previsión de que estos periodos de suspensión "no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la ejecución y del establecido para la ejecución de la obra" (nueva redacción del art. 225 LCSP). Aunque el efecto es el mismo, la aplicación de la suspensión ex lege y no del derecho a prórroga resulta más apropiada. Se adaptan a esta previsión los artículos 243 y 244, eliminándose la referencia a la prórroga del art. 225 ahora suprimida.

9.- Posibilidad de previsión del carácter positivo del silencio en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados en materia de ejecución

Se modifica la disposición final octava, apartado 2, para introducir la posibilidad de que, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa a la ejecución, consumación o extinción del contrato administrativo, pueda establecerse específicamente el carácter estimatorio del silencio, teniendo en otro caso, como hasta ahora, carácter negativo.

10.- Introducción de un nuevo tipo de adjudicación directa a las empresas de economía mixta

Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que

no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

Se trata ésta de una previsión importante, que viene a regular una situación que, de hecho, ya se estaba produciendo en la práctica sin una cobertura legal específica, y que posibilita una mayor implicación del órgano de contratación en la ejecución del contrato, más allá de la fórmula del contrato de colaboración público-privada.

11.- Plataforma electrónica de contratación del Estado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

La obligación de que los perfiles de los contratantes se integren en ella se extiende a todos los órganos de contratación del sector público estatal, y se prevé que en las sedes electrónicas de estos órganos se incluya un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Estado (art. 309 LCSP). De esta forma, como destaca la Exposición de Motivos de la LES, "se centraliza el acceso a la información contractual en una plataforma electrónica en la que se difundirá toda la información relativa a las licitaciones convocadas por el sector público estatal".

III.- RÉGIMEN TRANSITORIO

Los contratos administrativos regulados por la LCSP que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LES (que se producirá el día siguiente de su publicación en el BOE), se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior (disposición transitoria séptima de la LES).