

LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE: MODIFICACIONES EN LA LEY 30/2007, DE 30 OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

Publicación: Día 5 de marzo de 2011, BOE núm. 55.

Entrada en vigor: Día 6 de marzo de 2011.

Fecha de esta Ficha: Día 24 de marzo de 2011.

Contenido de interés para las EELL:

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), aparte de otros cambios legales que han sido comentados en una circular anterior, ha llevado a cabo una nueva e intensa modificación -principalmente a través de su Disposición Final Decimosexta- de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –LCSP-, cambios que en su mayoría son de naturaleza básica (por ello, cuando efectuemos su comentario nos limitaremos a puntualizar los preceptos que no tengan este carácter).

Es objeto de esta circular exponer los cambios que se han introducido en la LCSP, cambios que afectan sobre todo al régimen de modificación de los contratos, a fin de cumplir con las directivas europeas; el régimen de modificación de contratos es muy restrictivo lo que limita la práctica habitual de la modificación contractual de las administraciones públicas que ha habido hasta este momento. Si la voluntad de la entidad local es modificar un contrato posteriormente, ésta debe estar ya prevista expresamente en la redacción de los pliegos, y de modo muy preciso, con condiciones claras y coste máximos que las modificaciones pueden suponer. De no ser así, la modificación sólo será posible en los supuestos tasados contemplados en la Ley.

Dada la dispersión normativa en materia de contratación que se ha producido en los últimos años consecuencia de las diferentes modificaciones que se han llevado a cabo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha supuesto que la disposición final trigésima segunda de la Ley de economía sostenible autorice al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la LES, un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados todos los preceptos actualmente vigentes en materia de contratación del sector público, contenidos en normas con rango de ley, incluidos los relativos a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos.

I.- NUEVA REGULACIÓN RELATIVA A LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, Disposición Final Decimosexta, apartado séptimo, incluye un nuevo Título V en el Libro I, Modificación de

los contratos con 4 preceptos –del art. 92 bis al 92 quinquies-. Y consecuencia del nuevo régimen de modificación de contratos, se producen cambios en varios artículos de la LCSP.

Es importante destacar que el régimen de modificación de contratos, a diferencia de la situación anterior a la reforma, es de aplicación a todo poder adjudicador, sea o no Administración Pública, modificando para ello el artículo 20 LCSP.

El artículo 202 ha sido modificado sustancialmente al regular la prerrogativa de la modificación contractual, haciendo hincapié en que debe ser únicamente por razón de interés público, en los casos y en la forma previstos en los artículos que vamos a analizar.

Dispone el art. 92 bis, en su apartado 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. Si la entidad local considera que tales prestaciones son necesarias, deberá proceder para ello a su contratación independiente, pudiendo adjudicarse, en su caso, por procedimiento negociado.

A modo de resumen, la nueva regulación de la modificación de los contratos contenida en los artículos 92 bis y ss. queda como sigue:

1º.- Los contratos se podrán modificar en los supuestos previstos en la Ley como son sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución -92 bis.1-.

2º.- Podrán también modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, detallando 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 –art. 92, ter-.

La Ley exige para este supuesto, por tanto, que la posible modificación se haya previsto en los propios pliegos o en el anuncio de licitación de un modo detallado, de modo que los licitadores pudieran valorar esta eventualidad al formular su oferta.

3º.- Para supuestos no previstos en los pliegos o en el anuncio de licitación, podrán también modificarse los contratos cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias –art. 92 quáter-:

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.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con

posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

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.

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

En ningún caso la modificación podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, concepto jurídico éste que se determina en apartado 3 del art. 92 quáter, al que nos remitimos.

En cuanto al procedimiento a seguir, según el tipo de modificación de que se trate, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 92 quinquies y el artículo 195.

Como consecuencia del nuevo régimen de modificación de contratos, se operan los siguientes cambios:

- El artículo 76 LCSP, de tal manera que en el valor estimado del contrato debe incluirse el importe de los eventuales modificados cuando nos encontremos ante modificaciones previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación, reguladas en el nuevo artículo 92 ter.

- Los artículos 155, b) y 158 b), relativos al procedimiento negociado en los supuestos de obras o servicios complementarios, dan la posibilidad de acudir a este procedimiento para aquellos “modificados” que no pudieran haberse previsto por un poder adjudicador diligente y que no entran dentro del nuevo régimen de modificación de contratos, siempre que se den los presupuestos de estos preceptos.

- El artículo 195 establece el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma en las modificaciones del contrato cuando su cuantía sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo y éste precio sea igual o superior a 6.000.000 (antes de la reforma era 20 por ciento).

- Se establece una nueva causa de resolución –desapareciendo consiguientemente otras- para los supuestos en que no sea posible modificar el contrato –art. 206 g)-. El nuevo régimen de modificación, mucho más estricto, ha supuesto que desaparezcan causas de resolución relativas a las modificaciones de contrato en las que antes se preveía.

Esta nueva causa de resolución lo es en estos términos:

“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”.

Para el supuesto de resolución por imposibilidad de modificar el contrato, se regulan ahora los efectos de esta resolución –art. 208.5- disponiendo 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 a él.

Igualmente, consecuencia del nuevo régimen de modificación contractual, se han visto afectados los artículos que se refieren al riesgo y ventura y al equilibrio económico de los contratos en el contrato de gestión de servicios públicos y de gestión de obra pública.

II.- OTROS CAMBIOS DE LA LCSP

A) Es importante, para aquellas entidades locales (y poderes adjudicadores) que pretendan adquirir vehículos (turismos o industriales ligeros, autobuses ...), las previsiones contenidas en los artículos 105 y 106 de la Ley de Economía Sostenible ya que establecen normas concretas sobre cómo proceder a la contratación de este tipo de suministros, con afección por tanto a los pliegos de cláusulas en los correspondientes contratos administrativos.

B) Por la disposición final decimosexta se introduce una pequeña modificación en la literalidad del artículo 91.1 LCSP, que regula las garantías provisionales, que siguen siendo excepcionales, si bien no supone cambio sustancial del precepto cuya redacción anterior fue dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

C) Se modifica el artículo 210, apartado 7 LCSP, aumenta el límite que el órgano de contratación podrá imponer al contratista en la subcontratación elevándolo hasta un 50 por ciento del importe del presupuesto del contrato, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos.

D) Régimen del silencio en la contratación: El apartado 2 de la Disposición Final Octava, precepto no básico, queda modificado al puntualizarse ahora que, una vez transcurrido el plazo previsto, se podrá considerar desestimada su solicitud en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado *“para los que no se establezca específicamente otra cosa”*– los procedimientos relativos por ejemplo a reclamación de cantidades, ejercicio de prerrogativas contractuales, ejecución o extinción de un contrato-. Es un cambio, por tanto, prácticamente irrelevante.

E) La Disposición Final Decimosexta añade un nuevo apartado r) en el artículo 4.1 de la LCSP, con lo que se pretende fomentar la realización de contratos de investigación y desarrollo. Se trata de un nuevo supuesto de negocio jurídico excluido del ámbito de aplicación de la LCSP: Los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas

adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa.

F) También la disposición final decimosexta incluye un nuevo precepto, el artículo 73 bis LCSP, que regula la sucesión del contratista en los casos de fusión, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas. Para estos casos está prevista la subrogación, y caso de no ser posible, 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.

G) Al margen de la disposición final decimosexta, la Ley de economía sostenible, en su art. 37, introduce previsiones de impulso a la eficiencia en la contratación pública y financiación de la colaboración público-privada, fomentando la agilización de trámites, y pretendiendo fomentar la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información.

Las previsiones de la Ley sobre colaboración público-privada se complementan con la Disposición adicional trigésimo quinta que permite adjudicaciones directas 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.

Los cambios sobre colaboración público-privada se completan con las nuevas redacciones de los artículos 11 y 118 LCSP, si bien son previsiones de escaso interés para las entidades locales pequeñas, por lo que no efectuamos mayor comentario.

H) Mediante la Disposición Adicional Quincuagésimo Quinta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible se modifica el artículo 8 LCSP, introduciendo una nueva definición del contrato de gestión de servicios público que se extiende a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y de enfermedades profesionales de la Seguridad Social y que podrán utilizar exclusivamente en contratos de gestión sanitaria.

I) La Disposición adicional vigésima habilita al Gobierno para que en el plazo de tres meses proceda a elaborar un informe en el que analice la posibilidad, en el marco de la normativa comunitaria, de incluir en el precio de los procedimientos de contratación pública el IVA cuando intervengan licitadores exentos del impuesto.

III.- RÉGIMEN TRANSITORIO.

La Disposición transitoria séptima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, establece un régimen transitorio diferente al que contemplaba la Ley de Contratos del sector público, que partía de la diferenciación entre contratos adjudicados de los simplemente iniciados.

La ley de economía sostenible, en cuanto a las modificaciones que contiene de la Ley de Contratos del sector público, dispone que los contratos administrativos que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

En consecuencia, la presente Ley no afectará a aquellos contratos que ya estuvieran adjudicados a la fecha de su entrada en vigor, es decir, el 6 de marzo de 2011, pero sí a aquellos que se encuentran en procedimientos iniciados pendientes de adjudicación, a quienes, por ejemplo, si han de modificarse, sus modificaciones serán conforme al nuevo régimen de modificación regulado en esta Ley de economía sostenible, introducido por la disposición final decimosexta.

NOTA: Haciendo doble clic en el siguiente icono, se abre un documento con la Disposición final decimosexta de esta Ley, puesto que en la anterior circular ya fue remitida la ley completa:

