

La transparencia en la modificación de los contratos públicos

10/08/2012

Ana Isabel Beltrán Gómez

La Ley aragonesa ha considerado que toda modificación es, en esencia, un elemento propio de la decisión de adjudicación, por lo que, al igual que ésta, y en la medida que supone una alteración de lo inicialmente decidido, debe ser objeto de notificación y publicidad.

En los últimos tiempos, algunas Comunidades Autónomas han introducido previsiones normativas que, con mayor o menor alcance, pretenden dotar de transparencia a la modificación de los contratos públicos.

El Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública publicado en 2004, y que sirvió de base para la elaboración de la LCSP de 2007 ya afirmaba, en línea con la idea de reforzar la transparencia del proceso, la oportunidad de incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: «La misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de éste». No obstante, nada se introdujo en este sentido en la LCSP, ni en las sucesivas reformas de la misma. Más recientemente, y con evidente inspiración en esta normativa autonómica que a continuación comentaremos, el Anteproyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, ha incluido en su artículo 6 «Información económico-presupuestaria y estadística», la obligación de publicitar, entre otras cosas las modificaciones de los contratos.

En el plano autonómico, la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y el buen gobierno de las Illes Balears, dispone en su artículo 19.2 f) la obligación de publicar en el perfil de contratante «las modificaciones del contrato adjudicado que representen un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, si procede». Esta obligación, materializada en la práctica casi un año más tarde de su entrada en vigor, alcanza a cualquier contrato, con independencia de su cuantía, a diferencia de la precursora de este tipo de obligación de transparencia, la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, que prevé que cada órgano de contratación publique en su página web, una vez adjudicado el contrato público, información «sobre las modificaciones del contrato adjudicado que supongan un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato y éste sea superior a 1.000.000 €».

Por su parte, la Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012, recoge en su artículo 40 la obligación de dar publicidad «en Internet» a los contratos menores, las modificaciones contractuales y contratos complementarios, «con indicación además en este caso de los datos del contrato primitivo».

Un decidido «paso adelante» en este intento de materializar el principio de transparencia en la fase de ejecución de los contratos públicos lo encontramos en el nuevo artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, introducido por Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la

Comunidad Autónoma de Aragón. Bajo el título «Publicidad de los modificados», la Ley aragonesa exige que los actos del órgano de contratación por los que se acuerde la modificación de un contrato se publiquen, en todo caso, en el Boletín y perfil en que se publicó la adjudicación, con indicación de las circunstancias justificativas, el alcance e importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de la potestad de modificación. Asimismo, dichos acuerdos deberán notificarse a los licitadores que fueron admitidos a la licitación, incluyendo la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales.

Nótese que, a diferencia de las regulaciones de otras Comunidades Autónomas sobre la cuestión, la publicidad no se limita en este caso a la publicación en el perfil y el Boletín, sino que exige la notificación del acuerdo de modificación a los restantes licitadores admitidos a la licitación, haciendo de este modo verdaderamente efectivo su derecho al control de las modificaciones. La Ley aragonesa ha considerado que toda modificación es, en esencia, un elemento propio de la decisión de adjudicación, por lo que, al igual que ésta, y en la medida que supone una alteración de lo inicialmente decidido, debe ser objeto de notificación y publicidad.

Para la determinación del alcance de esta «nueva obligación» de publicitar y notificar la modificación de los contratos ha sido preciso el pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En su informe 12/2012, de 23 de mayo, la Junta aragonesa concluye que sólo resulta de aplicación la previsión de publicidad y notificación a los supuestos de modificación de contratos conforme a las previsiones de los artículos 105 a 108 TRLCSP y concordantes. Por ello, no resulta necesario dar publicidad a los supuestos de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, en tanto no son supuestos de modificación del objeto del contrato. Igualmente, tampoco serían objeto de este régimen las ampliaciones de plazo en caso de retraso por motivos no imputables al contratista que regulan los artículos 213.2 TRLCSP y 100 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), o debidos a la necesidad de reajustar anualidades por motivos de interés público que regula el artículo 96 RGLCAP, en tanto son previsiones propias a la ejecución del contrato y que no alteran el objeto del contrato inicial. Tampoco resultará necesaria la publicación/notificación del supuesto previsto en el artículo 234.3 TRLCSP —alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras, con el límite del 10% del precio primitivo del contrato— al constituir un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, como ya señalara la Junta en su Informe 23/2011, de 13 de septiembre, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 107 TRLCSP, y, por ende la obligación de publicación.

Por cuanto respecta al objeto de la publicación/notificación, la Junta aragonesa aclara que lo será el acuerdo de modificación, debidamente acordado por el órgano de contratación tras los trámites preceptivos oportunos específicos, convenientemente diligenciados en el correspondiente expediente administrativo. En concreto, para el contrato de obras, debe publicarse el acuerdo de aprobación del expediente del modificado recogido en el artículo 234.3. c) TRLCSP, pero no la conformidad previa a que se refiere el artículo 234.4. c) TRLCSP para los supuestos en los que el interés público aconseje la tramitación del modificado sin la suspensión temporal parcial o total de la ejecución de las obras, al trasladarse en estos casos la aprobación definitiva del mismo a un momento ulterior, dentro de los ocho meses siguientes.

La Junta Consultiva de Aragón analiza también en el informe citado la principal consecuencia que se deriva del régimen de publicidad y notificación contenido en el artículo 12 bis de la Ley 3/2011, que es que permitirá a todo interesado que a la vista de la información/notificación considere que pudiera existir una actuación ilegal interponer el recurso —administrativo o jurisdiccional— que proceda ante esta actuación. El recurso procedente deberá figurar en la notificación que se efectúe, tal y como exige el artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

De la dicción del artículo 12 bis de la Ley 3/2011 surgen ciertas dudas interpretativas acerca del recurso que debe utilizarse: recurso administrativo ordinario, o recurso especial de contratación (en los supuestos en que éste último proceda). Para resolver esta cuestión, la Junta consultiva aragonesa entiende que la solución debe validarse desde una interpretación compatible con las exigencias del derecho comunitario y conforme a la jurisprudencia del TJUE, de tal manera que cualquier decisión que esté sujeta a las normas comunitarias y que produzca efectos jurídicos —como sin duda lo es una modificación de las previsiones de un contrato— puede ser recurrida, sin distinguir en función de su contenido o del momento de su adopción (STJUE de 23 de enero de 2003, Macedonio Metro y Michaniki). Entiende por ello la Junta que el recurso especial contra decisiones de modificaciones contractuales es conforme al sistema de recursos comunitario en materia de contratación pública, por ser esa la opción del legislador estatal, que si bien ha excluido la aplicación del recurso especial para los casos de modificaciones contractuales no previstas en el pliego (artículo 40.2 TRLCSP), no es menos cierto que la práctica de las modificaciones previstas o convencionales (artículo 106 TRLCSP) sí puede ser objeto de recurso especial, en tanto son un elemento propio de la valoración de ofertas. Concluye la Junta que no le corresponde «contradecir el mandato que con carácter de legislación básica contiene el artículo 40.2 TRLCSP sobre exclusión del objeto del recurso especial de las modificaciones no previstas, pero cabe advertir la posible incongruencia del precepto, que lleva a dar distinto trato a las modificaciones del contrato según sea su presupuesto habilitante, ya que a la vista de la jurisprudencia comunitaria, su aplicación podría resultar desplazada por la eficacia directa del Derecho de la UE, en los supuestos concretos que se sometan a los órganos competentes para conocer del recurso especial».

En supuestos de contratos modificados que no superen el umbral para la interposición de recurso especial, procederán los recursos ordinarios de reposición o alzada, en función de que agoten o no la vía administrativa respectivamente (artículos 114 y 116 LRJPAC) para poderes adjudicadores administración pública. En los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de administración pública (artículo 3.3 TRLCSP) los interesados podrán interponer reclamación ante la jurisdicción civil (artículo 21 TRLCSP).

Por último, la Junta analiza la cuestión de si resulta de directa aplicación a la tramitación de los modificados la previsión del artículo 156.3 TRLCSP, que impide la formalización, en un plazo de quince días si el contrato es susceptible de recurso especial. Esta previsión —dice la Junta— está pensada, en exclusiva, para los supuestos de adjudicación del contrato, pero el supuesto que regula la Ley 3/2011, no es formalmente de adjudicación, sino un acto de ejecución, vinculado, eso sí, al acto inicial de adjudicación. Y conviene recordar que la Directiva 89/665, prevé que los procedimientos de recurso no tendrán necesariamente efectos suspensivos automáticos en los procedimientos de adjudicación de contratos a los que se refieran, limitando tal posibilidad automática a los casos de adjudicación (artículo 2.4). Por ello, y de conformidad con las reglas generales del recurso especial, puede afirmarse que no resulta de aplicación la previsión

específica de suspensión automática de los actos de adjudicación en tanto el recurso especial que habilita la Ley 3/2011 no tiene por objeto en sentido estricto la adjudicación de la licitación. Esto significará que, salvo que se solicite medida cautelar por un interesado, y sea acordada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la formalización del modificado del contrato no se suspenderá por la interposición del recurso. Solución que permite, además, conciliar el derecho a la defensa con los intereses públicos propios y específicos en esta fase procedimental.