

10/10/2011

Ana Isabel Beltrán Gómez

Recientemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón ha emitido su Informe 23/2011, de 12 de septiembre, relativo a algunas cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES). El informe se emite a petición de la Universidad de Zaragoza, a la que se le plantean dos concretas cuestiones en relación con este nuevo régimen, que tantas dificultades de asimilación parece que está ocasionando a los gestores de la contratación pública.

---

La primera cuestión que se plantea es la relativa a la aplicabilidad de la nueva regulación de los modificados a los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (6 de marzo de 2011). La junta aragonesa reconoce que el régimen transitorio contenido en la Disposición Transitoria Séptima de la LES ha suscitado hasta la fecha dos problemas de interpretación: el primero — que es el que plantea en concreto la Universidad de Zaragoza — relativo a si el nuevo régimen de los modificados sigue encajando en la actualidad en los aspectos anteriormente regulados en el Libro IV LCSP destinado a los «Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos» y, por tanto, no se aplica a los contratos adjudicados antes de su entrada en vigor.

El segundo, (de menor trascendencia práctica en el momento actual, considerando los meses transcurridos desde la entrada en vigor de la reforma), consiste en determinar cual es el régimen de modificación aplicable a los expedientes de contratación iniciados —pero no adjudicados— antes de la entrada en vigor de la LES, al no establecer la misma ninguna disposición en relación con los mismos, tal como hacía la LCSP en su Disposición Transitoria Primera, apartado primero.

Parte la Junta de que ambos problemas ya han sido analizados por otros órganos consultivos, el primero por la Abogacía del Estado en su Circular 1/2011, de 7 de abril, sobre «Régimen de modificación de los Contratos Públicos», y el segundo por la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en su Recomendación 1/2011, de 29 de marzo. La Junta comparte la conclusión de la Circular, en el sentido de que aunque la disposición transitoria no se refiera expresamente a la modificación del contrato, ha de entenderse que ésta queda comprendida en el ámbito de dicha norma transitoria, ya que la modificación del contrato queda regulada en el capítulo IV del libro cuarto de la LCSP, libro que lleva por rúbrica la de “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Pero sentado lo anterior la Junta no renuncia, como sí parece hacerlo la Abogacía del Estado, a que esta conclusión pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con las Directivas Comunitarias y con la interpretación que de las mismas realiza el TJUE (postura que ya mantenía esta Junta incluso antes del inicio de la tramitación de la reforma legal, como se recoge en su informe 3/2009, de 15 de abril).

Respecto del segundo de los problemas interpretativos, la junta aragonesa señala que se comparten los argumentos y conclusiones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, en el sentido de que la laguna existente en la Disposición Transitoria

Séptima de la LES se debe suplir con los criterios contenidos en Disposición Transitoria Primera, apartado 1, de la LCSP.

De mayor interés práctico para los gestores de la contratación pública es el criterio mantenido por la Junta respecto de la segunda cuestión suscitada: si en el límite establecido por el artículo 92 quarter, apartado 3 d) de la LCSP — 10% del precio de adjudicación del contrato— se incluyen también los excesos de medición de las certificaciones finales (se entiende en un contrato de obras), o bien puede entenderse que para que se consideren alteradas las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, el límite sería el 10% de las modificaciones mas el 10% de los excesos de mediciones de las certificaciones finales.

Tras el análisis del nuevo régimen de los modificados y la actual regulación de la modificación del contrato administrativo de obras contenida en el artículo 217 LCSP, la Junta concluye que la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 92 quarter LCSP. En concreto, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior -el de la medición final de la obra- a diferencia de las circunstancias imprevistas del artículo 92 quarter que requieren de la instrumentación de un expediente de modificación en los términos previstos en el artículo 92 quinquies LCSP con carácter previo a su ejecución. Por ello, en un contrato administrativo de obras sería posible una modificación no prevista de hasta el 10% del importe de adjudicación, cuando se produzca una o varias de las circunstancias legales, y además hasta un 10% de incremento de gasto por exceso de medición de unidades previstas.

Es éste el primero de los pronunciamientos que los órganos consultivos en materia de contratación pública de nuestro país realizan sobre la interpretación del nuevo régimen de los modificados (mas allá del problema transitorio del mismo), pero sin duda no será el último. Y ello porque si analizamos las licitaciones que se han producido desde su entrada en vigor, constataremos -con asombro- que el espectro abarca desde aquellos poderes adjudicadores que no han variado su forma de actuar en la materia, a aquellos que en un exceso de previsión han pretendido recoger como supuestos de modificaciones previstas todos los imaginables, lo que en ningún caso parece ser el espíritu de la reforma.

Tendrán que ser pues los órganos consultivos en la materia, o los recientes Tribunales de contratos públicos creados en el territorio -si se les plantea alguna impugnación sobre la cuestión- los que arrojen luz sobre el sistema. Sistema, por otra parte, sobre el que no dejan de producirse novedades normativas. La última, no exenta de polémica, la contenida en la Ley Foral Navarra 14/2011, de 27 de septiembre, que introduce una previsión con el siguiente contenido: «A efectos de lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, se considerará que se realiza por motivos de interés público cualquier modificación de los contratos administrativos que se realice durante el presente ejercicio presupuestario de 2011 y que tenga como finalidad el logro del objetivo de estabilidad presupuestaria, reduciendo el volumen de obligaciones o ampliando el plazo de ejecución del contrato». Pero esta regulación merece por si misma una opinión independiente en este observatorio...