



INFORME 4/2024, DE 30 DE ENERO, SOBRE EL LÍMITE PORCENTUAL APLICABLE EN LA MODIFICACIÓN DE UN ACUERDO MARCO O CONTRATO BASADO EN UN ACUERDO MARCO COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 222 DE LA LCSP, EN CASO DE MODIFICACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS E IMPREVISIBLES.

I.- ANTECEDENTES

La Presidenta de la Diputación Provincial de Cádiz solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“La Diputación Provincial de Cádiz está ejecutando en la provincia 87 obras en 36 municipios al amparo de las subvenciones recibidas en el marco del Programa de Fomento de Empleo Agrario 2021 (PROFEA).

El suministro de los materiales necesarios para la ejecución de las referidas obras se lleva a cabo a través de un Acuerdo Marco de suministros, denominado suministro de materiales de construcción, áridos, materiales de ferretería, material de seguridad, calzado de seguridad, carpintería metálica y de madera, aglomerado asfáltico y suministro de maquinaria, herramientas y medios auxiliares.

El Acuerdo Marco de suministros se ha adjudicado por lotes a las diferentes empresas licitadoras, en base a los precios máximos unitarios de licitación especificados en el Pliego de Prescripciones Técnicas, habiéndose formalizado los contratos con las distintas empresas entre los meses de diciembre de 2019 y enero de 2020.

Para la ejecución de las obras adscritas al PROFEA 2021, las distintas empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco advierten que el cumplimiento de los contratos derivados va a resultar inviable ya que los fabricantes de los materiales están subiendo desmesuradamente los precios de fabricación y posterior distribución, debido a la situación actual de escasez de materias primas, la pandemia, subida exponencial y desproporcionada de la energía eléctrica, del combustible para los transportes y la adecuación a normativas de nueva creación en algunos sectores. A todas estas circunstancias, hay que añadir la reciente guerra en el Este de Europa que está agravando la situación aún más.

Se ha realizado un estudio de mercado de dichas variaciones al alza de los precios y se constata que la subida es real y desproporcionada con respecto a los precios adjudicados en el año 2019 en los diferentes lotes del Acuerdo Marco para el suministro de las obras PROFEA. Así, los porcentajes medios de subida de los lotes son superiores al 20%.

Ante estas circunstancias, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante), nos ofrece diferentes alternativas (suspensión, resolución, modificación...). Desde esta Corporación nos hemos centrado en la posibilidad de modificar el contrato por la imprevisible subida de precios. En particular, el art. 205.2b) de la LCSP contempla dicha posibilidad, si se cumplen una serie de requisitos, a saber:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

En el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares del Acuerdo Marco para el suministro de las obras PROFEA en su cláusula 20 relativo a Modificaciones del Acuerdo Marco se establece:





...“Sólo podrán introducirse modificaciones distintas a las previstas en la letra S del cuadro resumen (modificaciones previstas en los artículos 204 y 222 LCSP) por razones de interés público cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguno o varios de los supuestos tasados en el artículo 205 de la LCSP.”...

Las razones de interés público las encontramos en que el PROFEA es un programa de obras de interés general y social, debido a que genera prestaciones para los trabajadores desempleados agrarios. Sin embargo, a la hora de aplicar la modificación recogida en el art. 205.2) LCSP, desde los Servicios Técnicos se plantea la duda de la aplicación del límite establecido en el artículo 222 de la LCSP: “Los precios unitarios resultantes de la modificación del acuerdo marco no podrán superar en un 20 por ciento a los precios anteriores a la modificación”.

Por otra parte, se considera que el límite del 20% del art. 222 LCSP se refiere a las modificaciones ordinarias recogidas en el artículo 204 LCSP y no a las excepcionales, por circunstancias imprevistas, recogidas en el art. 205 LCSP, consideración reforzada por el hecho de que Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, no establecen en sus articulados el referido límite del 20% a los Acuerdos Marco.

Dado que la aplicación del límite del 20% del art.222 LCSP supondría una modificación de los precios del Acuerdo Marco claramente insuficiente se plantea la consulta:

¿Es aplicable a los Acuerdos Marco el artículo 205.2) LCSP teniendo en cuenta sólo el límite que marca el propio artículo del 50% del precio inicial, IVA excluido, o sólo es aplicable a los Acuerdos Marco el artículo 205.2) pero con el límite del artículo 222 LCSP en la modificación de los precios del 20%?”

II.- INFORME

Previamente al examen de fondo de la cuestión suscitada, conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, tal y como ocurre en el presente supuesto.

La Diputación Provincial de Cádiz plantea una cuestión de interpretación general de la Ley 9/2017, de 8 noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), relativa al límite porcentual de la modificación de los acuerdos marco y de los contratos basados en un acuerdo marco, en caso de modificación por circunstancias sobrevenidas e imprevistas.

1.- En primer lugar, cabe señalar que el artículo 205 de la LCSP, que cita la Diputación como base de su consulta, regula las “*modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevistas y modificaciones no sustanciales*”. Se trata, por tanto, de posibles modificaciones que, bien no han sido previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), o que habiendo sido previstas, no se ajustan a lo previsto en el artículo 204 LCSP, que es el que establece los requisitos y límites de las modificaciones contenidas en PCAP. En tal caso la modificación en cuestión solo podría tener lugar cuando se justificase en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo del artículo 205 LCSP y que se limitase a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

En particular, el art. 205.2.b) LCSP contempla dicha posibilidad de modificación por “*circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevistas en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato*”, debiendo cumplirse las tres condiciones siguientes:



1.º La necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º La modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3.º La modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Por otra parte, hay que atender a la regulación propia de los sistemas de racionalización técnica de la contratación, y en concreto, del acuerdo marco, cuyo artículo 222 de la LCSP contiene una regulación propia para las modificaciones de los acuerdos marco y de los contratos basados en un acuerdo marco, según la cual, *“los precios unitarios resultantes de la modificación del acuerdo marco no podrán superar en un 20 por ciento a los precios anteriores a la modificación y en ningún caso podrán ser precios superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos”*.

Como consecuencia de ambas regulaciones, la entidad consultante plantea que el límite del 20% previsto en el artículo 222.1 de la LCSP se refiera solo a las modificaciones previstas en los pliegos recogidas en el artículo 204 de la LCSP, y no a las modificaciones no previstas por circunstancias imprevisibles reguladas en el artículo 205.2.b) de la LCSP, y argumenta que esta consideración es *“reforzada por el hecho de que Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, no establecen en sus articulados el referido límite del 20% a los Acuerdos Marco”*.

En concreto, la Diputación consultante pregunta si para las modificaciones de los precios del acuerdo marco por causas sobrevenidas e imprevisibles, aplica exclusivamente el artículo 205.2.b) de la LCSP que establece como límite para la modificación el 50% del precio inicial, IVA excluido, o si debe interpretarse en conjunción con el artículo 222.1 de la LCSP, de manera que aplique el límite del 20 % de los precios anteriores a la modificación.

2.- La modificación del contrato es una incidencia en la ejecución del mismo que se regula con carácter general en los artículos 203 y siguientes de la LCSP, dentro de las disposiciones generales (título I) en relación a las actuaciones de la contratación administrativa (capítulo I) del libro segundo de la LCSP “De los Contratos de las Administraciones Públicas”. A lo largo del referido libro segundo, se contemplan una serie de especialidades en el régimen de las modificaciones contractuales para los acuerdos marco como sistema de racionalización de la contratación (capítulo II del título I) y para cada uno de los tipos de contratos (título II).

En esta línea de especialidad que se aprecia de la sistemática de la Ley, el propio literal del artículo 222 LCSP “Modificación de los acuerdos marco y de los contratos basados en un acuerdo marco” establece lo siguiente:

“1. Los acuerdos marco y los contratos basados podrán ser modificados de acuerdo con las reglas generales de modificación de los contratos. En todo caso, no se podrán introducir por contrato basado modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco.

Los precios unitarios resultantes de la modificación del acuerdo marco no podrán superar en un 20 por ciento a los precios anteriores a la modificación y en ningún caso podrán ser precios superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos.

2. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, los adjudicatarios de un acuerdo marco podrán proponer al órgano de contratación la sustitución de los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que mejoren las prestaciones o características de los adjudicados, siempre que su precio no incremente en más del 10 por 100 el inicial de adjudicación, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares, hubiese establecido otro límite.



Junto a ello, el órgano de contratación, por propia iniciativa y con la conformidad del suministrador, o a instancia de este, podrá incluir nuevos bienes del tipo adjudicado o similares al mismo cuando concurren motivos de interés público o de nueva tecnología o configuración respecto de los adjudicados, cuya comercialización se haya iniciado con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas, siempre que su precio no exceda del límite que se establece en el párrafo anterior.”

De esta manera, el artículo 222.1 de la LCSP, destinado a regir las modificaciones de los acuerdos marco y de sus contratos basados, comienza haciendo una remisión a las “reglas generales de modificación de los contratos”, que han de referirse a las establecidas en los artículos 203 y siguientes de la LCSP, sin diferenciar entre ellas, es decir, incluyendo tanto las modificaciones contenidas en el PCAP del artículo 204, como a las no previstas del artículo 205, las cuales, unas y otras, son citadas en el artículo 203.2 de la LCSP en sus apartados a) y b), respectivamente, como los dos supuestos de modificación existentes.

Continúa el citado artículo 222 estableciendo reglas especiales para las modificaciones de los acuerdos marco y sus contratos basados, entre las cuales, figura la relativa al límite del 20% de los precios anteriores a la modificación, que los precios unitarios resultantes de la modificación de acuerdo marco no pueden superar.

Ello nos lleva a concluir que la LCSP expresamente contempla que se cumpla con las normas generales de la modificación de los contratos, pero con la especialidad expresamente recogida en el artículo 222 para los acuerdos marco y contratos basados, lo que responde al principio del derecho de especialidad normativa, que sigue el aforismo romano “lex specialis derogat legi generali” (“ley especial deroga a ley general”), de manera que la norma especial prevalece sobre la general.

En este sentido se pronuncia precisamente la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 259/2022, de 24 de febrero:

“Adicionalmente a lo anterior, hay que destacar que el artículo 222.1 de la LCSP establece lo siguiente: “[l]os acuerdos marco y los contratos basados podrán ser modificados de acuerdo con las reglas generales de modificación de los contratos. En todo caso, no se podrán introducir por contrato basados modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco.

Los precios unitarios resultantes de la modificación del acuerdo marco no podrán superar en un 20 por ciento a los precios anteriores a la modificación y en ningún caso podrán ser precios superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos”.

El precepto recién extractado contiene la regulación sobre la modificación del acuerdo marco, modificación que podrá tener por objeto los precios o los bienes adjudicados, sujeta en ambos casos a la concurrencia de razones de interés público. En el caso concreto de la modificación de los precios unitarios, será necesario además el cumplimiento conjunto de las dos condiciones previstas en el artículo, a saber: (i) que los precios unitarios resultantes de esa modificación se encuentren por debajo del 20% de los precios anteriores a la misma; y, (ii) que tales precios no sean superiores a los que las empresas participantes ofrezcan en el mercado.

Dicho artículo 222 de la LCSP se transcribe dentro del pliego rector del presente acuerdo marco en la cláusula cuestionada, la cual recoge las dos condiciones previstas en el mismo, lo que permite a este Tribunal considerar que se trata de una cláusula conforme a la Ley, por lo que no procede declarar ni su nulidad, como pretende el recurso, ni su anulación, como sería procedente al invocar una presunta infracción legal, que –cabe insistir– no concurre.

En este sentido, tampoco comparte este Tribunal la alegación de esa eventual infracción del artículo 204 de la LCSP que se contiene en el escrito de recurso.



Como ya se ha expuesto, el régimen jurídico de un acuerdo marco presenta algunas particularidades respecto al régimen general de un contrato público, entre las que se incluye la regulación de las modificaciones que ambos pueden experimentar. De otro modo, no se explicarían preceptos como el artículo 222.1.2º de la LCSP o el 222.2, en los que se establecen normas específicas de modificación de los acuerdos marco. Así, de admitir las alegaciones de la recurrente y aplicar el régimen general de modificación de un contrato público, simplemente bastaría con la remisión general que se hace en el primer inciso del artículo 222.1. En este mismo sentido, la Exposición de Motivos de la LCSP establece en su Expositivo IV lo siguiente: “Toda esta materia, la racionalización técnica de la contratación, se regula en un capítulo específico dentro del Título I del Libro Segundo, diferente a las normas referidas a la preparación y a la adjudicación de los contratos, por cuanto aquella tiene sustantividad propia, y aunque muchos de los artículos que la regulan entrarían dentro de esa preparación y adjudicación de los contratos, también hay otros que regulan aspectos referidos a los efectos y extinción.

A la vista de ello, si bien el artículo 204.1 de la LCSP exige que toda cláusula de modificación no pueda “suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato”; no obstante, dentro del régimen especial de modificación del acuerdo marco, el artículo 222.1.2º sí admite que puedan existir modificaciones de los precios unitarios originarios, pero sólo cuando se den las condiciones previstas en el precepto, ya transcritas.

Se está así ante una excepción al régimen general, necesaria por la especificidad que presenta el funcionamiento del acuerdo marco y que permite este tipo de modificación, del mismo modo que también cabe la modificación del acuerdo marco mediante la sustitución de los bienes adjudicados por otros, siempre que mejoren las prestaciones de los adjudicados.

Por lo tanto y por aplicación del aforismo de “ley especial prevalece sobre ley general” y puesto que el artículo 222, como ley especial, lo reconoce expresamente, se admite la validez de la cláusula 14.2.6 del PCAP cuestionada, tal y como se encuentra redactada.”

A la misma conclusión llega la Sentencia de la Audiencia Nacional 4711/2022, de 10 de octubre.

Se trata, pues, de una regla especial de obligado cumplimiento que introduce nuestra legislación de contratos y que va más allá de la Directiva 2014/24/UE, pero sin contradecirla. Tampoco puede tenerse en cuenta cómo se haya previsto la modificación en el PCAP concreto, tal y como pide la Diputación, pues la aplicación del artículo 205 de la LCSP se produce precisamente cuando no existe regulación en el pliego y las normas del artículo 222 son imperativas, por lo que no admitirían excepción por vía del clausulado del PCAP.

Esta interpretación es acorde con la finalidad que pretende la LCSP al introducir las reglas especiales del artículo 222, de manera que las modificaciones del acuerdo marco afecten negativamente lo menos posible a sus contratos basados y viceversa, de manera que mediante modificaciones de los contratos basados no se rompa con el acuerdo marco, estableciendo que “no se podrán introducir por contrato basado modificaciones sustanciales respecto de lo establecido en el acuerdo marco”. En este sentido, la norma del artículo 222.1 de la LCSP hace coincidir el límite del importe de la modificación con el establecido en el artículo 206.1 de la LCSP, según el cual “las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas, cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido”. De este modo, se evita una alteración que pudiera dar lugar a la disconformidad del contratista y a la resolución del acuerdo marco (artículo 211.1 g), con las consecuencias que ello conllevaría para los contratos basados.



CONCLUSIONES

1- De acuerdo con lo establecido en el artículo 222.1 LCSP, los acuerdos marco y los contratos basados podrán ser modificados de acuerdo con las reglas generales de modificación de los contratos establecidas en los artículos 203 y siguientes, en todo lo que no se opongan a las reglas especiales establecidas en dicho artículo 222 para las modificaciones de aquéllos, prevaleciendo estas últimas en caso de conflicto.

2- En consecuencia, en caso de modificaciones del acuerdo marco o contratos basados no previstas en el PCAP del acuerdo marco, por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, es de aplicación la regla especial establecida en el artículo 222.1, de la LCSP, según la cual, los precios unitarios resultantes de la modificación del acuerdo marco no podrán superar en un 20 por ciento a los precios anteriores a la modificación, no siendo aplicable, por tanto, el límite del 50 % previsto en el artículo 205.2.b) de la LCSP.

Es todo cuanto se ha de informar