

LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR A LA BAJA EL PRECIO DE UN CONTRATO BASADO EN UN ACUERDO MARCO

Héctor Durán Vicente (Letrado de la Comunidad de Madrid)¹

De acuerdo con lo prevenido en el apartado 2 del artículo 203 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), los contratos administrativos sólo podrán modificarse durante su vigencia cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204); o bien, de forma excepcional, cuando sea necesario realizar una modificación no prevista en los pliegos, siempre y cuando concurra alguno de los supuestos y se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 205.

En relación con los acuerdos marco y los contratos basados, el apartado 1 del artículo 222 de la LCSP admite su modificación conforme a las reglas generales de modificación de los contratos; amparando expresa y exclusivamente la modificación al alza de los precios unitarios, hasta el límite del 20%, con la prevención de que los nuevos precios no podrán ser superiores a los que las empresas parte del acuerdo marco ofrezcan en el mercado para los mismos productos.

A pesar de la inexistencia de una previsión expresa en la LCSP sobre la posibilidad de modificar a la baja el precio de los contratos, en general, y de los acuerdos marco o contratos basados, en particular, podemos traer a colación, desde un punto de vista reglamentario, la previsión contenida en el artículo 193.5.e) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dedicado a la regulación del procedimiento para la adquisición centralizada de bienes declarados de utilización común, que incardina, dentro de los aspectos que el órgano de contratación debe incluir en el pliego,

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

la “obligación de los adjudicatarios de aplicar a los bienes durante la vigencia del contrato de adopción del tipo, los precios y condiciones con que concurran en el mercado si mejoran los de la adjudicación, siempre que las circunstancias de la oferta sean similares. Los adjudicatarios vendrán obligados a comunicar al citado centro directivo los nuevos precios y condiciones para su aplicación generalizada a los sucesivos suministros del tipo”.

En interpretación de este artículo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución de 6 de julio de 2018, afirma que “*en dicho precepto, que es perfectamente aplicable a los Acuerdos Marco, que son formas de contratación centralizada común, se faculta al órgano de contratación para que pueda imponer en los pliegos a los adjudicatarios la obligación de aplicar siempre en los contratos de determinación de tipo los mejores precios y condiciones con que concurran en el mercado si mejoran los de adjudicación. Pues bien, si la Administración puede imponer esa obligación, es evidente que el adjudicatario tiene el derecho a ofertar mejoras en el precio durante la vigencia del Acuerdo marco, pues si bien el Pliego no establece esa obligación, nada impide que los adjudicatarios puedan voluntariamente aplicar esas mejoras de precios y de condiciones.*”

Como se observa, esta posición doctrinal abre la puerta a la posibilidad de modificar a la baja el precio de un acuerdo marco o contrato basado, en detrimento de la adjudicataria; bajo la premisa de que no nos encontramos ante una alteración sustancial del negocio jurídico.

Esta conclusión no sería sino un trasunto de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de junio de 2008, *Pressetext nachrichtenagentur GMBH contra Republik Österreich* y otros (asunto C-454/06), que en los apartados 85 y 86 señaló lo siguiente:

“85 Además, por un lado, el aumento del descuento, cuyo efecto es reducir la remuneración percibida por el adjudicatario respecto a la inicialmente prevista, no modifica el equilibrio económico del contrato en beneficio del adjudicatario.

86 Por otro lado, el mero hecho de que la entidad adjudicadora obtenga un descuento más elevado sobre una parte de las prestaciones que son objeto del contrato no puede suponer una distorsión de la competencia en detrimento de licitadores potenciales”.

Así, no toda modificación del precio de un contrato, en favor de la Administración, constituiría una modificación sustancial del negocio jurídico, a pesar de encontrarnos ante un elemento esencial del mismo, ya que no lo hace más atractivo para los licitadores iniciales u otros potenciales candidatos, sino lo contrario.

No en vano, el artículo 72.1.c) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, parece acotar el interés del Derecho comunitario a las modificaciones al alza en el precio o que desnaturalicen el contrato inicial.²

Descendiendo a la doctrina administrativa de nuestro país, el Dictamen 531/2012, de 17 de agosto, del Consejo Consultivo de Castilla y León, admite la modificación a la baja del precio de un contrato por motivos de interés público, en un supuesto en el que, por causa de la crisis económica era *“necesario recortar el precio de este contrato, con objeto de lograr el ajuste presupuestario acordado con la Administración General del Estado y evitar de este modo la disolución de la empresa, lo que produciría un efecto indeseable para sus trabajadores”*.

La misma línea de pensamiento es sostenida por el Dictamen 369/2013, de 27 de junio, del Consejo Consultivo de la Comunidad Valenciana, pudiendo destacar el siguiente pasaje: *“el interés público en este caso se materializa en la necesidad de reducción del gasto público, disminuyendo el coste de los servicios municipales, como se persigue por la modificación a la baja del contrato que se propone”*.

² *“Modificación de los contratos durante su vigencia*

1. Los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:

(...)

c) cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:

iii) que el incremento del precio resultante de la modificación del contrato no exceda del 50 % del valor del contrato o acuerdo marco inicial. En caso de que se introduzcan varias modificaciones sucesivas, esta limitación se aplicará al valor de cada una de las modificaciones. Estas modificaciones consecutivas no deberán tener por objeto eludir las disposiciones de la presente Directiva” (énfasis añadido).

Más en concreto, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, de 10 de octubre de 2022 (Rec. 19/2022), que ampara la minoración del precio de adjudicación de un lote en un acuerdo marco, bajo la siguiente argumentación: *“en el presente caso, una de las empresas parte del acuerdo marco solicitó la minoración del precio unitario del acuerdo marco para el lote 8, por razón de la variación de las condiciones del mercado de suministro del tipo de mascarillas incluidas en ese lote. Ante ello, previos los informes preceptivos, y tratándose de una circunstancia sobrevenida no previsible, la Administración tenía la potestad y el deber de ajustar los precios a la baja, en observancia del principio de integridad y de una eficiente utilización de los fondos, que se recoge en el artículo 1 de la LCSP. Resultando palmario el interés público que preside la minoración de precios unitarios del material sanitario que se hubo de adquirir mediante tramitación de emergencia, ante la inminente necesidad de provisión de material y productos de protección e higiene frente la pandemia; siendo de general conocimiento la escasez de mascarillas -y de otros productos- durante los primeros meses, incluso en el ámbito sanitario, los precios de las mismas en el mercado minorista y cómo, a medida que pasaron unos meses, la venta se normalizó y los precios bajaron notablemente. Este hecho es notorio y no requiere de prueba”*.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de advertirse que no toda reducción del precio de un contrato público supone, necesariamente, una modificación no sustancial, pues pueden existir supuestos en los que se favorezca al adjudicatario frente al resto de licitadores. Podría ser el caso, por ejemplo, de una reducción de remuneración a cambio de una prórroga del contrato, aunque estuviera prevista en el mismo.³ Por tanto, sería menester huir de conclusiones totalizadoras, remitiendo la viabilidad jurídica de la minoración del precio de cada contrato al análisis del caso concreto.

Septiembre de 2023.

³ GALLEGO CÓRCOLES, I. “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”. X Congreso AEPDA.