



CONSELLERIA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
JUNTA SUPERIOR DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
C/ Miguelete, 5- 1ª planta
46003 VALENCIA
Tel. 961 92 21 09

Ref.: SUB/SCC/mvt-jbm
Asunto: Informe 5/2013

INFORME 5/2013 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2013. INCIDENCIA DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO.

ANTECEDENTES

En fecha 4 de octubre de 2013, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe de la Conselleria de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 31 de mayo, con el siguiente tenor literal:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 15 DECRETO 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y se regulan los registros oficiales de Contratos y de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana y las garantías globales, se plantea consulta sobre el régimen jurídico aplicable, en relación con la incidencia de modificación contractual del expediente 2006/9/386, relativo "conservación, reparación y adecuación de carreteras de la CIT Alicante Zona Sur 2008-2011", teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria 1ª y la Disposición final 12 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del sector Público.

.- La resolución de aprobación del expediente se produjo el 10 de octubre de 2007.

.- Los anuncios de licitación de dicho expediente se publicaron:

.- DOUE: 6/11/2007

.-BOE: 12/11/2007

.-DOCV: 8/11/2007

.- La resolución de adjudicación se realiza el 24 de septiembre de 2008 y se formaliza el 4 de noviembre de 2008.

.- Con fecha 3 de julio de 2013, se formula la propuesta de modificación del contrato por parte del director general de obras públicas, proyectos urbanos y vivienda.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público establece:

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.”

En su apartado segundo, esta misma a disposición indica que “los contratos administrativos 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.”

La cuestión que se plantea no es baladí, puesto que nos encontramos con un contrato cuyo inicio, en los términos de la citada disposición transitoria, tuvo lugar con la publicación del anuncio de licitación en el DOUE de fecha 6 de noviembre de 2007, y la adjudicación en fecha 24 de septiembre de 2008, por tanto vigente ya la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Dos interpretaciones surgen de la lectura de tales disposiciones :

La primera es entender que todo inicio de expediente de contratación tiene como fin primero y último la adjudicación de un contrato con las condiciones acordes con las normas vigentes en el momento de la licitación y, por tanto, todos los contratos adjudicados como consecuencia de un expediente que se inició con la legislación anterior en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, se regirán por la normativa anterior. Resultando así reiterativo el apartado segundo de la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante).

Otra interpretación es entender *contrario sensu* las previsiones del apartado segundo de la disposición transitoria, de modo que los contratos adjudicados con la nueva ley en vigor, aunque iniciados con la legislación anterior, se regirán en cuanto a sus efectos, extinción, cumplimiento, duración y régimen de prórrogas por la nueva norma, en este caso por la LCSP.

En este punto hay que precisar que cualquier interpretación que hagamos no debe olvidar lo establecido en los pliegos de cláusulas administrativas, auténtica ley entre las partes, siendo éstos los definidores de todos los derechos y obligaciones y siendo que, en la mayoría de los casos, regulan todas las situaciones propias del contrato desde su preparación, y tanto el procedimiento de licitación y adjudicación, como su ejecución, efectos, cumplimiento, extinción, duración y régimen de prórrogas. Pensemos entonces en algún elemento del contenido contractual que pudiese verse afectado por la aplicación de la nueva legislación si el contenido en los pliegos lo es en referencia a la legislación anterior. Es decir, que pudiese verse alterado por la entrada en vigor de una nueva normativa.

Respecto a esta cuestión, el Informe 43/2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado destaca lo siguiente:



“El origen del problema se encuentra en que algunos de los efectos del contrato están condicionados por la forma en que se regulen en el pliego de cláusulas administrativas particulares de tal forma que habiendo sido recogidos por éste bajo el régimen jurídico anterior, deban producirse y ajustarse a la nueva regulación, en aplicación de lo establecido por la Disposición Transitoria Primera. De esta circunstancia podrían derivarse, de una parte, dudas en cuanto al régimen aplicable a los mismos, y de otra, la consiguiente inseguridad jurídica de las partes. “

No obstante, el citado Informe aboga por una interpretación literal de la citada disposición transitoria pero con matices:

“Sin embargo, la solución, concebida en términos generales, sólo puede ser atenerse de forma estricta a lo dispuesto en la Disposición Transitoria puesto que de su redacción no se desprende la posibilidad de hacer una interpretación que no se ajuste literalmente a ella. En consecuencia, los actos de preparación del contrato, incluido el contenido de los pliegos, así como los relativos al procedimiento de adjudicación se deben regir por la norma vigente en el momento de publicarse el anuncio de licitación o de aprobarse los pliegos cuando se trate de un procedimiento negociado sin publicidad. Por el contrario, lo relativo a la ejecución, efectos y extinción del contrato se regirá por la norma vigente en el momento de la adjudicación, aún cuando sea distinta de la anterior.

Esta conclusión, no obstante, hay que entenderla de forma matizada para el caso de que la mención en los pliegos de algún elemento contractual pueda determinar con arreglo al régimen de la legislación anterior la producción de unos efectos distintos de los que deberían producirse al amparo de la actual. En tal caso, los efectos derivados de esta circunstancia debería regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aún cuando, con arreglo a la Ley actual, tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos puedan ser distintos. “

En las conclusiones del informe reseñado se indica:

“Los efectos derivados de la mención en los pliegos de algún elemento contractual, cuando vengan establecidos en la norma vigente en el momento de aprobarse los pliegos, serán los determinados por esta norma, aunque sean distintos de los previstos en la Ley de Contratos del Sector Público, y ello aunque la adjudicación se hubiera efectuado con posterioridad a la entrada en vigor de ésta última. “

No queremos concluir el informe sin hacer una serie de observaciones importantes respecto de la modificación de los contratos basándonos en la jurisprudencia comunitaria sobre los límites de tales modificaciones (vid en este punto la STJCEE de 29 de abril de 2004 en el asunto C-496/)CAS Succhi di Frutta/Comisión y mas concretamente la STJUE de 22 de octubre de 2010 en el asunto C 433-07, Comisión contra el Reino de España).

Observaciones que, si bien no fueron recogidas hasta la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), como ha señalado la Circular nº 1/2011 de la Abogacía General del Estado, significan que el criterio correcto aplicable, por ajustado al Derecho de la Unión Europea, consiste en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente están en fase de ejecución, y ello en razón de que ese régimen de modificación de los contratos no surge *ex novo*, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea, desajuste que se plasmaba no sólo en la LCSP, sino también en textos legales anteriores (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las

Administraciones Públicas y Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). Ahora bien, siendo éste el criterio correcto, es lo cierto que el tenor literal de la disposición transitoria séptima de la LES es muy claro en el sentido de que el nuevo régimen jurídico no se aplica a la modificación de los contratos ya adjudicados a la entrada en vigor de la LES.

Estas observaciones son las siguientes:

1.- El principio de igualdad ente los licitadores que implica que todos al momento de la licitación dispongan de la información de la posibilidad de que el contrato se va a modificar. Por ello la previsión de modificación debería estar prevista en el anuncio o en los pliegos que rigen la contratación.

2.- El principio de libre concurrencia implica que por vía de modificación no pueden introducirse alteraciones sustanciales a la prestación inicialmente pactada. En este sentido, la modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a prestaciones inicialmente no previstas.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Si la modificación del contrato sometido a consulta afecta a lo regulado o establecido expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas que rigieron la licitación, sobre la base de la normativa vigente al momento de aprobarse aquellos, dicha modificación se regirá por esta normativa.

SEGUNDA.- Por vía de modificación contractual no se pueden introducir alteraciones sustanciales o prestaciones no previstas en el contrato inicial, que desvirtúen el objeto o las condiciones contractuales tal como se encontraban cuando fue licitado y adjudicado el contrato.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, Art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)



Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en fecha
13 de noviembre de 2013.