

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

INFORME 5/2013, DE 13 DE NOVEMBRE DE 2013. INCIDÈNCIA DE LA DISPOSICIÓ TRANSITÒRIA PRIMERA DE LA LLEI 30/2007, DE 30 D'OCTUBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC EN EL RÈGIM JURÍDIC APLICABLE A LA MODIFICACIÓ D'UN CONTRACTE

ANTECEDENTS

En data 4 d'octubre de 2013, ha tingut entrada a la Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa, sol·licitud d'informe de la Conselleria d'Infraestructures, Territori i Medi Ambient, de conformitat amb allò que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 31 de maig, amb el següent tenor literal:

*"De conformitat amb el que preveu l'article 15 Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana i es regulen els registres oficials de Contractes i de Contractistes i Empreses Classificades de la Comunitat Valenciana i les garanties globals, es **planteja consulta sobre el règim jurídic aplicable, en relació amb la incidència de modificació contractual de l'expedient 2006/9/386, relatiu a la "conservació, reparació i adequació de carreteres de la CIT Alacant Zona Sud 2008-2011", tenint en compte el que estableixen la disposició transitòria 1a i la disposició final 12 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic.***

- La resolució d'aprovació de l'expedient es va produir el 10 d'octubre de 2007.

- Els anuncis de licitació del mencionat expedient es van publicar:

- .- DOUE: 6/11/2007
- .-BOE: 12/11/2007
- .-DOCV: 8/11/2007

- La resolució d'adjudicació es realitza el 24 de setembre de 2008 i es formalitza el 4 de novembre de 2008.

- Amb data 3 de juliol de 2013, es formula la proposta de modificació del contracte per part del director general d'Obres Públiques, Projectes Urbans i Habitatge."



CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

La disposició transitòria primera de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic, estableix:

“1. Els expedients de contractació iniciats abans de l'entrada en vigor d'esta llei es regiran per la normativa anterior. A estos efectes, s'entendrà que els expedients de contractació han sigut iniciats si s'ha publicat la corresponent convocatòria del procediment d'adjudicació del contracte. En el cas de procediments negociats, per a determinar el moment d'iniciació es tindrà en compte la data d'aprovació dels plecs.”

En el seu apartat segon, esta mateixa a disposició indica que “els contractes administratius adjudicats amb anterioritat a l'entrada en vigor d'esta llei seran regits, quant als seus efectes, compliment i extinció, inclosa la seua duració i règim de pròrrogues, per la normativa anterior.”

La qüestió que es planteja no és fútil, ja que ens trobem amb un contracte l'inici del qual, en els termes de la mencionada disposició transitòria, va tindre lloc amb la publicació de l'anunci de licitació en el DOUE, de data 6 de novembre de 2007, i l'adjudicació, en data 24 de setembre de 2008, per tant vigent ja la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic.

Dos interpretacions sorgixen de la lectura d'estes disposicions:

La primera és entendre que tot inici d'expedient de contractació té com a finalitat primera i última l'adjudicació d'un contracte amb les condicions acords amb les normes vigents en el moment de la licitació i, per tant, tots els contractes adjudicats com a conseqüència d'un expedient que es va iniciar amb la legislació anterior quant als seus efectes, compliment i extinció, inclosa la seua duració i règim de pròrrogues, serien regits per la normativa anterior. Resulta així reiteratiu l'apartat segon de la disposició transitòria primera de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic (LCSP d'ara en avant).

Una altra interpretació és entendre *contrario sensu* les previsions de l'apartat segon de la disposició transitòria, de manera que els contractes adjudicats amb la nova llei en vigor, encara que iniciats amb la legislació anterior, serien regits, quant als seus efectes, extinció, compliment, duració i règim de pròrrogues per la nova norma, en este cas per la LCSP.

En este punt cal precisar que qualsevol interpretació que fem no ha d'oblidar el que estableixen els plecs de clàusules administratives, autèntica llei entre les parts, i que són estos els definidors de tots els drets i obligacions i ja que, en la majoria dels casos, regulen totes les situacions pròpies del contracte des de la seua preparació, i tant el procediment de licitació i adjudicació, com la seua execució, efectes, compliment, extinció, duració i règim de pròrrogues. Pensem llavors en algun element del contingut contractual que poguera estar afectat per l'aplicació de la nova legislació, si el contingut en els plecs ho és en referència a la legislació anterior. És a dir, que poguera estar alterat per l'entrada en vigor d'una nova normativa.

Respecte a esta qüestió, l'informe 43/2008 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat destaca el següent:

“L’origen del problema es troba en el fet que alguns dels efectes del contracte estan condicionats per la forma en què es regulen en el plec de clàusules administratives particulars, de tal forma que havent sigut arrellegats per este sota el règim jurídic anterior, hagen de produir-se i ajustar-se a la nova regulació, en aplicació d’allò que ha establert la disposició transitòria primera. D’esta circumstància podrien derivar-se, d’una banda, dubtes quant al règim aplicable a estos, i d’una altra, la consegüent inseguretat jurídica de les parts. “

No obstant això, l’esmentat informe advoca per una interpretació literal de la mencionada disposició transitòria però amb matisos:

“No obstant això, la solució, concebuda en termes generals, només pot ser atindre’s de forma estricta al que estableix la disposició transitòria, ja que de la seua redacció no es desprén la possibilitat de fer una interpretació que no s’hi ajuste literalment. En consegüència, els actes de preparació del contracte, inclòs el contingut dels plecs, així com els relatius al procediment d’adjudicació, s’han de regir per la norma vigent en el moment de publicar-se l’anunci de licitació o d’aprovar-se els plecs, quan es tracte d’un procediment negociat sense publicitat. Al contrari, el relatiu a l’execució, efectes i extinció del contracte serà regit per la norma vigent en el moment de l’adjudicació, encara que siga diferent de l’anterior.

Esta conclusió, no obstant això, cal entendre-la de forma matisada per al cas que la menció en els plecs d’algun element contractual pugua determinar, d’acord amb el règim de la legislació anterior, la producció d’uns efectes diferents dels que haurien de produir-se a l’empara de l’actual. En este cas, els efectes derivats d’esta circumstància hauria de regir-se per la norma vigent en el moment d’aprovar-se estos, encara que, d’acord amb la llei actual, estos efectes del tractament de la qüestió en els plecs puguen ser diferents. “

En les conclusions de l’informe ressenyat s’indica:

“Els efectes derivats de la menció en els plecs d’algun element contractual, quan estiguen establerts en la norma vigent en el moment d’aprovar-se els plecs, seran els determinats per esta norma, encara que siguin diferents dels previstos en la Llei de Contractes del Sector Públic, i això encara que l’adjudicació s’haguera efectuat després de l’entrada en vigor d’esta última.”

No volem concloure l’informe sense fer una sèrie d’observacions importants respecte de la modificació dels contractes basant-nos en la jurisprudència comunitària sobre els límits d’estes modificacions (vegeu en este punt la STJCEE, de 29 d’abril de 2004 en l’assumpte C-496/))CAS Succhi di Frutta/Comissió i mes concretament la STJUE, de 22 d’octubre de 2010, en l’assumpte C 433-07, Comissió contra el Regne d’Espanya).

Observacions que, si bé no van ser arrellegades fins a la Llei 2/2011, de 4 de març, d’Economia Sostenible (LES), com ha assenyalat la circular núm. 1/2011 de l’Advocacia General de l’Estat, signifiquen que el criteri correcte aplicable, per ajustat al dret de la Unió Europea, consistix a entendre que el nou règim de modificació del contracte és aplicable, no sols als contractes que s’adjudiquen després de l’entrada en vigor de la LES, sinó també als contractes ja adjudicats amb anterioritat a la vigència d’esta norma legal i que actualment estan en fase d’execució, i això perquè eixe règim de modificació dels contractes no sorgix *ex novo*, sinó que estava exigit pel dret de la Unió Europea, desajust que es plasmava no sols en la LCSP, sinó també en textos legals anteriors (Llei 13/1995, de 18 de maig, de Contractes de les Administracions Públiques i text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny). Ara bé, com que és este el criteri correcte, és la veritat que el tenor literal

de la disposició transitòria sèptima de la LES és molt clar en el sentit que el nou règim jurídic no s'aplica a la modificació dels contractes ja adjudicats a l'entrada en vigor de la LES.

Estes observacions són les següents:

1. El principi d'igualtat ens els licitadors que implica que tots, al moment de la licitació, disposen de la informació de la possibilitat que el contracte es modificarà. Per això la previsió de modificació hauria d'estar prevista en l'anunci o en els plecs que regixen la contractació.
2. El principi de lliure concurrència implica que per via de modificació no poden introduir-se alteracions substancials a la prestació inicialment pactada. En este sentit, la modificació d'un contracte en vigor pot considerar-se substancial, quan introduïx condicions que, si hagueren figurat en el procediment d'adjudicació inicial, haurien permés la participació d'altres licitadors a part dels inicialment admesos o haurien permés seleccionar una oferta diferent de la inicialment seleccionada. Així mateix, la modificació d'un contracte inicial pot considerar-se substancial quan amplia el contracte, en gran mesura, a prestacions inicialment no previstes.

CONCLUSIONS

PRIMERA. Si la modificació del contracte sotmés a consulta afecta el que regula o està establert expressament en els plecs de clàusules administratives que van regir la licitació, sobre la base de la normativa vigent al moment d'aprovar-se aquells, la dita modificació serà regida per esta normativa.

SEGONA. Per via de modificació contractual no es poden introduir alteracions substancials o prestacions no previstes en el contracte inicial, que desvirtuen l'objecte o les condicions contractuals tal com es trobaven quan va ser licitat i adjudicat el contracte.

El present informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió i ajustar-se o apartar-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

EL PRESIDENT DE LA JUNTA
(Per substitució, art. 1.a) Orde
d'11 de juny de 2001, DOGV 17/07/2001)

Margarita Vento Torres

*APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA, en data 13
de novembre de 2013*

Carmela Cots Soler
VICEPRESIDENTA