



INFORME 2/2020, DE 20 DE MARZO, SOBRE INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

La Secretaria General Técnica de la Consejería de Transportes, Movilidad e Infraestructuras ha dirigido escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando la emisión de informe en los siguientes términos:

NOTA SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, muy similar a las disposiciones transitorias de la normativa anterior de contratación pública, establece:

Disposición transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

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 sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. 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 modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. Esta disposición transitoria, al igual que las recogidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y TRLCSP, diferencia en dos apartados distintos el régimen transitorio de los expedientes de contratación iniciados y el de los contratos adjudicados. Como novedad, la Ley 9/2017, añadiendo en el apartado correspondiente a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, la referencia expresa se regirán, en cuanto a su modificación, por la normativa anterior.

Interpretación de la disposición transitoria y aplicación de la misma a los modificados.

Interpretaciones contradictorias.

1. *Modificados aprobados. Interpretación de la Abogacía de la Comunidad de Madrid*

En los informes de la Abogacía que a continuación se relaciona, todos ellos relativos a contratos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, pero adjudicados con posterioridad a la misma, se informa que la normativa aplicable al modificado es la ley vigente al tiempo de su adjudicación, por aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición transitoria de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, es decir la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, es decir la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

- Modificado del contrato de firmes (A/SER-001749/2019 con 8 lotes) (Sin importe económico)

- Modificado del contrato de obras de “Adecuación de los sistemas de contención en las estructuras de la M-503 (p.k. 0+300) y M-505 (P.K. 20+100)”, (A/OBR 005533/2017) (Con importe negativo)

Ambos modificados has sido fiscalizados y aprobados, habiéndose suscrito los documentos contractuales correspondientes.

Respecto a la interpretación realizada por la Abogacía de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017 en los informes citados, si bien no se desarrolla con profundidad en los informes citados, entendemos que se ajusta al criterio expuesto en el Informe 43/2008 Junta Consultiva del Estado (consideración jurídica y conclusión sexta), y resulta más coherente con la existencia de dos regímenes transitorios distintos para los expedientes de contratación y para los contratos adjudicados que establece tanto la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, como el TRLCSP y la Ley 30/2007.

2. *Modificados en tramitación. Interpretación de la Subdirección General de Coordinación de Contratación Pública*

Al elaborar los modificados correspondientes a los contratos que se citan, relativos a contratos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, pero adjudicados con posterioridad a la

misma, se ha considerado como normativa aplicable la Ley 9/2017, siguiendo el criterio de los informes jurídicos citados.

- Modificado del contrato de obras Acondicionamiento y mejora de accesos M-104 tramo PK 0+850 a PK 1+100 (A/OBR-003226/2017), que supone un incremento de 13,60%.

- Modificado del contrato de Servicio de redacción del proyecto de construcción del enlace en el p.k. 13+300 de la carretera M-506 y accesos a Fuenlabrada, que supone un incremento de 19,87%.

Se recuerda que con la normativa anterior, el importe máximo de los modificados no previstos no podía superar el 10% del precio de adjudicación (artículo 107.2 d) del TRLCSP, mientras que conforme al artículo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el importe de la modificación no puede superar el 50% del precio inicial en los supuestos de modificación no previsto del artículo 205.2, apartados a) y b).

Al iniciar en nexus la actuación administrativa de contratación del modificado citado de la M-104, el sistema genera un mensaje de error, al tratarse de un modificado no previsto que supera el 10% del precio inicial.

Tras dar incidencia para resolver este extremo, se ha elevado la cuestión a la Subdirección General de Coordinación de Contratación Pública, dependiente de la Dirección General de Patrimonio y Contratación.

Al resolver la incidencia planteada, se concluye que para el presente modificado es aplicable el apartado 1 de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, dado que el expediente se había iniciado, y por tanto el modificado se debe regir por el TRLCSP. Dicha decisión se fundamenta en el criterio de interpretación del régimen transitorio recogido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en el Acuerdo 1/2000, de 14 de marzo (con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificaba la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas); y se manifiesta que está en línea con la argumentación de la Junta Consultiva del Estado en su Informe 43/2008.

Este criterio, a pesar de lo manifestado, a nuestro parecer no se ajusta al criterio expuesto en el Informe 43/2008 Junta Consultiva del Estado (consideración jurídica y conclusión sexta), y tampoco al criterio expuesto en la Circular nº 1/2011 de 7 de abril de

2011, de la Abogacía del Estado, sobre el régimen de modificación de los contratos del sector público, suscrita tras la publicación de la Ley 2/2011, de 4 de enero, de Economía Sostenible.

3. Solicitud de unificación de criterio

Por razones de rigor jurídico, seguridad jurídica y eficacia administrativa, se solicita se unifique en el ámbito de la Comunidad de Madrid el criterio de interpretación de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, en lo relativo a cuál es la normativa aplicable a los contratos adjudicados tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017 correspondientes a expedientes de contratación iniciados antes de su entrada en vigor. Es decir, si el régimen transitorio de dichos contratos se rige por lo dispuesto en el apartado 1 o de la disposición transitoria de la Ley 9/2017 o por lo establecido en el apartado 2 de la citada disposición transitoria. Dicho de otro modo, si el apartado 2 de la disposición transitoria citada debe interpretarse también “a sensu contrario”.

Por todo lo cual se solicita se eleve la consulta al respecto a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

CONSIDERACIONES

1.- La consulta plantea la cuestión de la interpretación de la disposición transitoria primera 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), relativa a los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley.

2.- Con carácter previo al análisis de la citada disposición, cabe recordar las disposiciones de la LCSP con respecto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a la modificación de los contratos.

El artículo 203.2 de la LCSP dispone que los contratos sólo podrán modificarse durante su vigencia cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o, de forma excepcional, cuando sea preciso efectuar una modificación no prevista en el pliego y se cumplan las condiciones exigidas en la ley para ello. Por tanto, las posibles modificaciones habrán de determinarse en el pliego y asimismo indicar en él si, de forma excepcional, podrán efectuarse modificaciones no previstas.

El artículo 122.4 de la citada LCSP establece que los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de ellos y el apartado 1 de dicho artículo indica que estos pliegos habrán de aprobarse antes de la licitación o, en su caso, de la adjudicación y únicamente podrán ser modificados, con retroacción de actuaciones, por error material, de hecho o aritmético. Asimismo, el artículo 35.2 de esta ley indica que el documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos.

Los efectos y cumplimiento del contrato, entre los que se encuentra su modificación, deberán, pues, ajustarse a lo previsto en los pliegos y en el documento contractual, del que aquéllos forman parte integrante.

3.- El apartado 1 de la disposición transitoria primera de la LCSP se refiere a los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la ley, e indica que se regirán por la normativa anterior, entendiéndose por expedientes iniciados aquéllos en los que se hubiera convocado el procedimiento de adjudicación del contrato o, en los procedimientos negociados sin publicidad, aquéllos cuyos pliegos hubiesen sido aprobados antes de la citada fecha.

El apartado 2 alude a los contratos que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, indicando que se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

De forma similar se regulaba esta cuestión en las anteriores leyes de contratos, si bien a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se divide en dos apartados, para especificar que los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos adjudicados con anterioridad, incluida su duración y régimen de prórrogas, se regirán asimismo por la normativa anterior, a lo que la vigente ley añade también la modificación.

4.- Conforme a la citada disposición, todos los expedientes que se hayan iniciado antes de la entrada en vigor de la ley, en el sentido que se indica en la disposición, se regirán por la normativa anterior, con independencia de su fecha de adjudicación. El apartado 2 únicamente especifica que los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos adjudicados también se regirán por la normativa anterior, puesto que sus pliegos han sido redactados y aprobados conforme a dicha normativa.

Esta Junta Consultiva considera que los dos apartados de la disposición transitoria primera de la LCSP contienen el mismo criterio sobre la aplicación de la nueva norma, recalcando únicamente el segundo que los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos no afectados por el apartado primero, puesto que ya han sido adjudicados antes de la entrada en vigor de la ley, también han de regularse por la normativa anterior. Por ello, si un expediente se ha iniciado antes de la entrada en vigor de la ley, conforme al criterio que, para ello, se indica en la citada disposición transitoria primera, se regirá por la normativa anterior en todos sus aspectos, con independencia de su fecha de adjudicación, puesto que deberá regirse por lo indicado en los pliegos.

Esta interpretación es la recogida en el Acuerdo 1/2000, de 14 de marzo, de esta Junta Consultiva, sobre la fecha de entrada en vigor y el régimen transitorio de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, considerando el tenor literal de la disposición transitoria primera y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del Código Civil, conforme al cual las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras.

5.- El informe 43/08, de 28 de julio de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: “Modificaciones de los contratos, interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público. Régimen Jurídico aplicable a los contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad”, tras unas consideraciones que pudieran hacer pensar en la interpretación que indica en su escrito el órgano consultante, efectúa una importante matización indicando que dicha conclusión ha de entenderse “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 deberían regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aun cuando, con arreglo a la Ley actual, tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos puedan ser distintos”, y concluye: “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”.

Por tanto, su conclusión coincide con el criterio de esta Junta Consultiva: los efectos y ejecución del contrato han de regirse por lo dispuesto en los pliegos. La modificación de un contrato iniciado antes de la entrada en vigor de la LCSP y adjudicado con posterioridad

ha de regirse por la normativa anterior, puesto que sus efectos son distintos en la normativa vigente con respecto a la anterior, conforme a la cual se redactaron y aprobaron los pliegos. Resultaría ilógico e incoherente cambiar la legislación aplicable a un expediente de contratación cuyos pliegos, que regulan el régimen jurídico del contrato al que han de atenerse las partes, se han aprobado conforme a la norma vigente en su momento y conforme a la cual el licitador ha presentado su oferta.

Asimismo, la Circular nº1/2011, de la Abogacía del Estado, relativa al régimen de modificación de los contratos del sector público, a la que se alude en el escrito de consulta, cuando se refiere a que el nuevo régimen de modificación del contrato (el que se estableció en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por la Ley 2/2011, de 4 de enero, de Economía Sostenible) es aplicable también a los contratos adjudicados con anterioridad a la vigencia de la nueva norma y que estuvieran en fase de ejecución, lo justifica por el hecho de que ese régimen de modificación ya venía exigido por el Derecho comunitario, por lo que no podía considerarse nuevo. Y añade, no obstante, que el tenor literal de la disposición transitoria al respecto resulta 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 nueva norma.

CONCLUSIONES

- 1.- Los efectos y cumplimiento del contrato, entre los que se encuentra su modificación, deberán ajustarse a lo previsto en los pliegos y en el documento contractual, del que aquéllos forman parte integrante.
- 2.- Conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la LCSP, si un expediente se ha iniciado antes de la entrada en vigor de la ley, conforme al criterio que, para ello, se indica en la citada disposición, se regirá por la normativa anterior en todos sus aspectos, con independencia de su fecha de adjudicación.

VOTO PARTICULAR

La Abogacía General e Intervención General discrepan con el criterio adoptado por mayoría de los miembros de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva, en el Informe 2/2020, de 20 de marzo, sobre interpretación de la Disposición Transitoria primera 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), en relación con los expedientes de modificación de contratos que si bien fueron iniciados conforme al Real

Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP), fueron adjudicados entrada ya en vigor la Ley 9/2017.

La cuestión que se informa ya fue objeto de estudio, por la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en Acuerdo 1/2002, de 14 de marzo, que señala:

“La interpretación que hace este Servicio de la disposición transitoria única de la Ley de modificación de la LCAP, cuyo tenor literal es el siguiente: “los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por la normativa anterior”, de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil que dice: “las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras en relación con el contexto (...)”, es que en aquella disposición se dan dos supuestos distintos: por una parte, los expedientes de contratación iniciados y, por otra parte, los contratos adjudicados, sin que por estar unidas por la conjunción copulativa “y” pueda entenderse su acumulación. Si el legislador hubiere querido acumular ambos supuestos, podía haberse limitado a citar los contratos adjudicados, pues, por definición, a todo contrato adjudicado debe preceder la tramitación del pertinente expediente. En consecuencia, para ambos supuestos, expedientes de contratación iniciados y contratos adjudicados con anterioridad al 29 de marzo de 2000, resultará de aplicación la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sin las modificaciones de la Ley 53/1999” (énfasis añadido).

En línea con lo concluido por la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en Informe 43/08, de 28 de julio de 2008, analiza la cuestión partiendo del hecho de que la redacción de la Disposición Transitoria, no ofrece otra interpretación que no se ajuste al tenor literal de aquella.

En consecuencia, señala la Junta que *“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, aun 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 deberían regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aun cuando, con arreglo a la Ley actual, tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos puedan ser distintos”.

En igual sentido, la Circular nº1/2011, de la Abogacía del Estado, relativa al régimen de modificación de los contratos del sector público, que referido al nuevo régimen de modificación del contrato (el que se estableció en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por la Ley 2/2011, de 4 de enero, de Economía Sostenible) señala: *“el criterio correcto, 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 y, como se ha dicho, su implantación venía motivada por el desajuste del Derecho español al 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”.*

A sensu contrario, el nuevo régimen es de aplicación a los contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley. En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de octubre de 2016, Rec 670/2015, que expresamente señala: *“adjudicado el contrato de autos con posterioridad a dicha entrada en vigor, el mismo se rige en cuanto a sus efectos y cumplimiento por la Ley 30/2007”.*

Así el Informe 6/2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, señala que *“no generando ningún tipo de duda interpretativa la literalidad sensu contrario de la disposición transitoria reproducida, la modificación del contrato adjudicado después de la entrada en vigor de la LCSP estará sujeta a las normas contenidas en dicha ley, concretamente en el artículo 202, de aplicación general a todas*

las modalidades contractuales”.

Del tenor de esta Circular e Informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa referidas, se evidencia que, a las modificaciones de contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, le es de aplicación la vigente Ley 9/2017.

No obstante lo anterior, esta conclusión de carácter general, se ha de entender matizada, como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en Informe 43/08.

Se ha de tener en cuenta que los pliegos de cláusulas administrativas particulares, entre otras cuestiones recogen *“los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones entre las partes”*, debiéndose ajustar los contratos que se suscriban al contenido de los citados pliegos, cuyas cláusulas se considerarán parte integrante de los mismos, como se dispone en el artículo 115.2 y 3 del TRLCSP y artículo 122. 2 y 4 de la vigente Ley 9/2017.

En este punto se ha de tener presente el criterio reiterado de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, recogido entre otros en Informe 45/2010, de 28 de septiembre que señala: *“Es criterio reiteradamente expuesto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, no deben reproducirse las normas legales para convertirlas en obligaciones contractuales, puesto que la fuerza de obligar de unas y otras tienen origen distinto.*

En efecto, las obligaciones, y sus correlativos derechos establecidos por una ley, derivan de ella su obligatoriedad sin que resulte alterada esta circunstancia por el hecho de que se incluyan o no en los pliegos.

En consecuencia, no es admisible que los pliegos recojan tales preceptos para convertirlos en cláusulas del contrato, pero si lo hacen, es evidente que, al no ser el contrato el origen de su fuerza obligatoria ésta sigue las mismas vicisitudes que la ley que las establece, debiendo entenderse que si se modifica la ley, también resultan modificadas las cláusulas del pliego que las hubieses recogido”.

Así pues, con carácter general, atendiendo a lo dispuesto en la Disposición Transitoria primera, apartado 2º -en una interpretación literal, a sensu contrario-, al contrato adjudicado estando ya en vigor la Ley 9/2017, le es de aplicación la citada Ley, con las matizaciones expresadas en el Informe 43/2008, de la Junta Consultiva de

Contratación Administrativa. Es decir, se aplica la Ley 9/2017 en todo aquello que no esté expresamente previsto o no contradiga el concreto contenido del pliego, aprobado por la entidad convocante y aceptado voluntariamente por el interesado al formular las correspondientes proposiciones y a las que se encuentra vinculado. En este punto cabe citar el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid nº: 517/18, de 29 de noviembre de 2018, si bien referido a la resolución de un contrato.

La entrada en vigor de una norma -salvo lo expresamente previsto en su correspondiente régimen transitorio, en caso de entrada en vigor diferida- determina que todas las actuaciones y efectos que se desplieguen se regirán por la nueva disposición.

Así pues, no podemos compartir la interpretación mayoritaria de la Comisión Permanente cuando entiende que el apartado 2 de la Disposición Transitoria primera, es una simple especificación de lo dispuesto en el apartado 1: *“únicamente especifica que los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos adjudicados también se regirán por la normativa anterior”*.

No cabe concluir sin más, como concluye el Informe 2/2020 de la Comisión Permanente, que todo expediente iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley 9/2017, se rige por la normativa anterior, pues ello, conllevaría a que el apartado segundo de la Disposición Transitoria primera, fuera innecesario y reiterativo.

Como hemos señalado, ya la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en Acuerdo 1/2002, señaló que en la Disposición Transitoria *“se dan dos supuestos distintos: por una parte, los expedientes de contratación iniciados y, por otra parte, los contratos adjudicados, sin que por estar unidas por la conjunción copulativa “y” pueda entenderse su acumulación. Si el legislador hubiere querido acumular ambos supuestos, podía haberse limitado a citar los contratos adjudicados, pues, por definición, a todo contrato adjudicado debe preceder la tramitación del pertinente expediente”* (énfasis adicionado).

La vigente Ley 9/2017, en su artículo 116 y siguientes -al igual que hicieran las Leyes de contratos anteriores- regula el expediente de contratación, que técnicamente finaliza cuando se abre el proceso de licitación. El artículo 117.1 de la Ley 9/2017, señala: *“1. Completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación”*.

En este punto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en

Resolución nº 986/2018, de 26 de octubre de 2018, señala que *“La regla de la disposición transitoria primera, apartado 1, es de índole formal o adjetiva, pues no tiene otro objeto que determinar la aplicación de la nueva LCSP, al procedimiento de contratación en tramitación al momento de publicarse aquella por hallarse su entrada en vigor diferida. Se refiere pues al funcionamiento ordinario de los procedimientos de contratación, estableciendo como regla para determinar la aplicación del TRLCSP o la LCSP”*.

Así, no compartimos la premisa sostenida por la opinión mayoritaria de la Comisión Permanente de que la Disposición Transitoria primera, apartado 2, es una especificación del apartado 1, al ir referidas a fases distintas dentro del procedimiento de contratación, y por tanto con distinto alcance.

Teniendo en cuenta lo expuesto, las modificaciones de los contratos previstas en el Pliego, adjudicados vigente la Ley 9/2017, se habrán de regir, siguiendo el tenor de la Disposición Transitoria primera, apartado 2 de la Ley 9/2017, interpretado a sensu contrario, por la vigente Ley, si bien respetando el alcance y límites previsto expresamente en el pliego, teniendo en cuenta que el pliego es la Ley del contrato al que queda vinculado el órgano de contratación y el licitador adjudicatario.

En el supuesto de modificaciones no previstas en el pliego, la conclusión sería distinta. La modificación del contrato no prevista en el pliego constituye el ejercicio de una prerrogativa unilateral de la Administración, del órgano convocante, prevista en el artículo 190 de la Ley 9/2017, sujeta a los requisitos y alcance previstos en el artículo 205 de la Ley 9/2017, que no afecta a los concretos derechos y obligaciones que vinculan a las partes que participaron en la licitación en base a unos concretos pliegos. De ahí que sea de aplicación el derecho vigente al expediente de modificación de contrato, no previsto en el pliego.

Es ilustrativo el Informe 5/2013 de 13 de noviembre de 2013 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalidad Valenciana (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), que recoge el criterio mantenido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 43/2008 expuesto y en la Circular nº1/2011 de la Abogacía General del Estado y concluye: *“1) 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”*.

Por lo expuesto cabe formular las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Sigue siendo plenamente aplicable la interpretación realizada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el informe 43/2008 y en la Circular nº 1/2011 de la Abogacía General del Estado, por lo que a los contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, en aplicación de la Disposición Transitoria primera, apartado 2, le es de aplicación la vigente Ley, con las matizaciones fruto de respetar los derechos y obligaciones derivados de los pliegos que rigen la contratación y vinculan a las partes.

SEGUNDA.- Las modificaciones previstas expresamente en el pliego de los contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, se regirán por lo previsto en el Pliego y consignado expresamente en el contrato.

TERCERA.- Las modificaciones no previstas en el pliego de contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor, se regirán por la vigente Ley.