



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

1/2012.- FORMA DE TRAMITAR MODIFICADOS DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO TRAS LA LEY 2/2011, DE 4 DE MARZO, DE ECONOMÍA SOSTENIBLE.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible ha introducido una relevante reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la que destaca la nueva regulación del régimen jurídico de los modificados incorporando a la LCSP un nuevo Título, el V, en el Libro I de esta norma.

Esta reforma es coherente con la postura manifestada por la Comisión Europea que consideraba que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como está regulado en la Ley de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios.

ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CATEGORÍAS DE LOS MODIFICADOS.

El artículo 37.1 de la Ley 2/2011 de 4 de marzo dispone que los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública en los términos previstos en la LCSP modificada por la Disposición Final Decimosexta de esa Ley. Pues bien el artículo 92 bis del nuevo Título V del Libro I de la LCSP, según redacción dada por la citada Disposición Final, (Art.105 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) dispone que los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter.

De acuerdo con esta redacción, el régimen de los modificados resulta aplicable a todos los contratos incluidos en su ámbito objetivo de aplicación y se encuadrarían dentro de las dos grandes categorías que ahora se recogen en la norma; la primera, comprendería los previstos en los pliegos o en el anuncio de licitación y la segunda, comprendería los supuestos tasados legalmente en el artículo 92 quáter, (Art.107 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre).

La circunstancia de que el régimen de modificados no solamente se refiera a los contratos administrativos, motivó que en el dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley se recomendara, para evitar antinomias legales, reformar el artículo 20.2 de la LCSP que remitía al derecho civil el régimen de los efectos y extinción de los contratos privados con el objeto de precisar que también se rigen por la Ley de Contratos del Sector Público en lo que atañe a su modificación. Siguiendo la recomendación del Consejo de Estado, la nueva redacción del artículo 20.2 de la LCSP (Art.20.2 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) añade: *“No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I sobre modificación de los contratos”*.



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

Las dos categorías de modificados que se introducen en la LCSP (TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) son:

a) Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (artículo 92 ter)
(Art.106 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre):

Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.

Lo más probable en la práctica, dada la dificultad con la que se van a encontrar los poderes adjudicadores, para definir a priori los potenciales modificados, es que, en la mayoría de los casos, acudan a contemplar diferentes escenarios en los que varían al alza o a la baja las necesidades a satisfacer, reconduciéndolas a la unidades tomadas como base para calcular el suministro o servicio, entendido este último en el sentido amplio de arrendamiento de servicios del artículo 1544 del Código civil (bien sea un contrato de gestión de servicio público, de naturaleza administrativa especial o de servicios), lo que por otra parte, es coherente con la nueva redacción del artículo 76 (Art.88 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) que dispone que *en el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 ter (Art.106 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas.* No se contempla en esta redacción un porcentaje máximo del precio de adjudicación que no se pueda sobrepasar, por lo que cualquiera que sea este, será obligatorio para el contratista (ex artículo 202 LCSP según la nueva redacción (Art.219 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre)) eliminándose la posibilidad que preveía en su anterior redacción la LCSP en el artículo 207.2 párrafo segundo (Art.224.2 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), con carácter general para todos los contratos y en los artículos 220, 275.c) y 284.c) con carácter específico para los contratos de obras, suministros y de servicios respectivamente, de que el contratista pueda instar la resolución en los supuestos de modificaciones que excedan del 20 por ciento del precio inicial del contrato en más o menos.

La supresión de esta posibilidad no cercena o limita derecho alguno al contratista, habida cuenta de que ha conocido dicha posibilidad de forma detallada en los documentos de licitación



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

(con indicación expresa del porcentaje al que puede ascender dicha modificación) y de que esta circunstancia ha sido tomada en consideración para el cálculo del valor estimado del contrato, lo que sería respetuoso también con los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Ahora bien, el respeto de estos principios exige el cumplimiento escrupuloso del tenor literal de la norma en virtud de la cual no basta con que se haya advertido expresamente la posibilidad de modificación en los pliegos o en el anuncio de licitación, sino que es preciso, además, que se hayan detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que puede hacerse uso de dicha posibilidad, así como el alcance y límites de los cambios contractuales, con indicación expresa del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar y los aspectos procedimentales que analizamos más adelante en nuestro trabajo.

Concluimos la referencia a esta categoría señalando que, a nuestro juicio, será de escasa aplicación en los contratos administrativos de obras por las siguientes razones:

- a) Con el carácter de básico el artículo 105.1 de la LCSP(Art.121.1 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) prescribe que el contrato de obras requiere la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato y con el carácter de básico también el artículo 125 del RGLCAP señala que los proyectos deberán referirse necesariamente a obras completas, entendiéndose por tales las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto y que comprenderán todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra.
- b) La redacción del artículo 92 bis 2 (Art.105.2 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), aclara que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155.b) y 158.b) según redacción dada en la Ley 2/2011.
- c) La clase de modificados que se incluyen en la presente categoría en buena medida, en el caso de los contratos administrativos, están cubiertos por el párrafo 2º del artículo 217.3 de la LCSP (Art. 234.3 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), que dispone para los contratos de obras y sólo para estos, que podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación, cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato.



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

- d) Por último señalaremos que la Exposición de Motivos de la Ley 2/2011 literalmente dice *en especial, se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por ciento el precio inicial del contrato*, lo que parece aludir a que la aplicación natural de los modificados de obra es la propia del artículo 92 quáter (Art.107 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre).

b) Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (artículo 92 quáter) (Art.107 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre):

En este precepto se dispone:

1. *Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) *Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.*
- b) *Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.*
- c) *Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.*
- d) *Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.*
- e) *Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

2. *La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.*



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:

- a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
- b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
- c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
- d) Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.
- e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

Frente a la redacción anterior del artículo 202.2 de la LCSP que condicionaba la posibilidad de que el contrato fuese modificado a su previsión en los pliegos y en el documento contractual, ahora la LCSP permite la modificación de los contratos aún no estando prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación cuando esté justificada en las causas tasadas en el apartado primero del artículo 92 quáter, (Art.107 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) no altere las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, limitándose a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria y no igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato aislada o conjuntamente. No obstante, la obligación que se impone al contratista de ejecutar esta categoría de modificados no previstos, se reconoce una nueva causa de resolución del contrato en el artículo 206 g) LCSP (Art. 223 f)TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) que podrán instar bien el contratista, ante la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, bien la Administración, en el caso de posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I. En este supuesto, se reconoce el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (artículo 208.6 LCSP) (Art.225.5 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre).

Por último señalaremos que en el dictamen del Anteproyecto de Ley, el Consejo de Estado señalaba respecto a las causas contempladas en las letras a y b del apartado 1º de este precepto, que las mismas hacen referencia a situaciones en las que la modificación se justifica por las deficiencias del proyecto o de las especificaciones técnicas, si bien, en el primer caso, basta la existencia de errores u omisiones, en tanto que, en el segundo, la inadecuación de tales



documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida en atención a una buena práctica profesional. En otras palabras, aunque no se diga expresamente, parece que se pretende dar un tratamiento diferente en función de si el contratista fue o no el autor del proyecto o intervino en la redacción de las especificaciones técnicas: en caso negativo, cualquier error u omisión, que no le sería en ningún caso imputable, justifica la modificación contractual no prevista en los documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que el error u omisión haga posible dicha modificación, es preciso que no fuera previsible con la diligencia de un buen profesional.

PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS PODERES ADJUDICADORES QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

A) PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

El artículo 202 de la LCSP (Art.219 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) dispone que los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma prevista en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 195 LCSP (Art.211 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), debiéndose formalizar conforme a lo dispuesto en el artículo 140 LCSP (Art.156 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre).

Pues bien el Artículo 92 quinquies (Art.108 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) distingue el procedimiento a seguir en las modificaciones contractuales del artículo 92 ter (Art.106 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre); las cuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos, que en todo caso, deberán respetar lo dispuesto en el artículo 195 de la LCSP (Art. 211 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), de las modificaciones contractuales previsto en el artículo 92 quáter (Art.107 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), en el que se dispone que deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

Como todos sabemos, la ejecución de los contratos se desarrolla en el seno de una relación bilateral que ha de regirse por el principio “pacta sunt servanda”, con un marco jurídico específico de derechos y obligaciones, de entre los que destaca, la prerrogativa o privilegio de la administración, a través de una decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial, de modificar las condiciones del contrato.

Ahora bien la garantía del contratista y también del interés público exige, que la tramitación de los modificados del contrato administrativo se ajuste a unas normas de procedimiento que tendrá el carácter de procedimiento autónomo, a los efectos de la aplicación subsidiaria, en el ámbito estatal, o supletoria, en el ámbito autonómico, del procedimiento común previsto en el



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

Título VI de la LRJPAC, señaladamente para la aplicación del silencio administrativo, el plazo máximo para resolver y excepcionalmente el instituto jurídico de la caducidad.

El análisis de este régimen lo vamos a llevar a cabo distinguiendo las dos categorías de modificados:

a) Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (artículo 92 ter) (Art.106 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre):

Las modificaciones de este artículo se acordarán en la forma que se hubiese especificado en los pliegos respetando, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 195 de la LCSP (Art.211 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), lo que para su recta interpretación requiere, a nuestro juicio, un detenido análisis.

Este artículo regula las modificaciones contractuales de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, debiendo recordar que el precepto habla de pliegos, no de pliegos de cláusulas administrativas particulares y como sabemos el artículo 121.2 de la LCSP (Art.137.2 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) obliga a elaborar un pliego en los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, siempre que reúnan las condiciones que allí se establecen. Decimos esto para delimitar el alcance de la expresión relativa a que *el procedimiento a seguir en las modificaciones contractuales se acordará en la forma que se hubiese especificado en los pliegos*, porque el grado de libertad para configurar ese procedimientos en el caso de un contrato administrativo será mucho menor que en el caso de un contrato privado celebrado por un poder adjudicador que no tenga la condición de Administración Pública.

En primer lugar los contratos administrativos que se celebren en la Administración General del Estado habrán de respetar todos los trámites dispuestos en el artículo 195 LCSP (Art. 211 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) y en el ámbito de las Administraciones Autonómicas, los apartados del citado artículo que tengan la naturaleza de básicos y respecto a los no básicos lo que en su caso el respectivo ordenamiento jurídico autonómico disponga; pero es que además, cuando hablamos de procedimiento no debemos olvidar que la competencia para el procedimiento administrativo común se atribuye de forma exclusiva y plena en el artículo 149.1.18 de la Constitución al Estado, cuya regulación se disciplina en la LRJPAC que lo articula como un procedimiento administrativo no formalizado.

Esta atribución competencial exclusiva al Estado del Procedimiento Administrativo Común se encuentra no obstante matizada, primero por la propia Constitución al admitir la existencia de especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas y en segundo lugar por la jurisprudencia constitucional que reconoce la conexión entre la competencia del Estado o las Comunidades Autónomas para la regulación sustantiva de cada actividad o servicio y los "procedimientos *ratione materiae*", entendidos estos como procedimientos administrativos formalizados. Ahora bien estos procedimientos "*ratione materiae*" habrán de regularse en una norma reglamentaria y recordemos que los "pliegos, por utilizar la misma expresión que el artículo 92 quinqué (Art.108 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), carecen de carácter normativo.



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

No debemos entender, por tanto, que la nueva redacción de la LCSP habilita a que los pliegos determinen un procedimiento “formalizado” para tramitar los modificados sino que, en el caso de los contratos administrativos, la alusión al procedimiento debe interpretarse en el mismo sentido que el artículo 67.1 del RGLCAP cuando dice que *los pliegos de cláusulas administrativas particulares contendrán aquellas declaraciones que sean específicas del contrato de que se trate y del procedimiento y forma de adjudicación.....*Que a lo que realmente se refiere no es a que en absoluto haya libertad para establecer un procedimiento o forma de adjudicación distinto al regulado legalmente, sino que lo que contendrá el pliego son menciones específicas a los criterios de valoración de las ofertas conforme al artículo 134.2 LCSP (Art.150.2 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) y a los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciarán las bajas temerarias en virtud del artículo 136.2 LCSP (Art.152.2 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre).

Lo que debe entonces entenderse incluido en la fórmula legal de *procedimiento a seguir en las modificaciones contractuales se acordarán en la en la forma que se hubiese especificado en los pliegos* es que cuando las circunstancias lo requieran atendiendo a la naturaleza del modificado en cuestión, se acuda a complementar lo dispuesto en el artículo 195 de la LCSP (Art.211 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) con cualquiera de los trámites o informes que se prevén en el procedimiento administrativo común.

Por otra parte hay que recordar aquí que el tenor literal del artículo 92.ter (Art.106 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) exige que se consigne en los pliegos *el procedimiento que haya de seguirse para la modificación*, siendo aspectos de singular importancia para garantizar la transparencia de lo modificados en los contratos administrativos la determinación del plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento administrativo del modificado, el sentido del silencio administrativo cuando el procedimiento se haya iniciado a solicitud del interesado y en su caso, si procediera, la caducidad del procedimiento.

Aunque el artículo 42.4 de la LRJPAC dispone que las administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo, en muchas ocasiones, aun con esas listas, es difícil llegar a conocer en el caso concreto si hay un plazo específico fijado para resolver y notificar y el sentido del silencio. Esta dificultad es producto de lo que la doctrina administrativa muy gráficamente llamó en su día la *balcanización de los procedimientos*, por el elevado número de procedimientos que la deslegalización operada por la Ley 30/92 trajo consigo y porque su producción puede ser tanto estatal como autonómica; en este sentido la disposición adicional tercera de la LRJPAC, en la redacción dada a la misma por el Real Decreto-Ley 14/1993, de 4 de agosto, estableció que reglamentariamente, en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, se llevaría a cabo, la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca.

No parece por tanto coherente con el principio de transparencia al que se refieren las directivas comunitarias, trasladar a los licitadores o contratistas la labor de indagación de estas cuestiones que son de enorme trascendencia y que pueden consignarse en el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sin que en ningún caso y por elementales razones de seguridad jurídica pueda a través del propio pliego, retorciendo la interpretación de la



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

norma, ampliar el plazo máximo para resolver y notificar o los efectos del silencio administrativo de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico que corresponda.

Respecto al plazo máximo para resolver y notificar y los efectos del silencio administrativo merece la pena que nos detengamos brevemente para apuntar las siguientes notas:

- Que la circunstancia de que estemos ante un procedimiento autónomo hace que si no esta fijado en el ordenamiento correspondiente reglamentariamente, de acuerdo con la disposición adicional tercera de la LRJPAC (estatal o autonómico) el plazo máximo para resolver, este sea el plazo máximo general de tres meses fijado en el artículo 42.3 LRJPAC computándose en los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación y en los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.
- Que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, de acuerdo con el artículo 43.1 de la LRJPAC, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario. De acuerdo con el apartado 2º de la Disposición Final 8ª de la LCSP en la Administración General del Estado y siempre que no se “*establezca específicamente otra cosa*” reza ahora este apartado después de la ley 2/2011 (creemos que se trata de una deslegalización que habilita a los procedimientos a los que se refiere el apartado 3º de esa Disposición, a que puedan establecer específicamente el silencio positivo) transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar su solicitud desestimada por silencio administrativo. En el ámbito autonómico habrá que estar a lo que se disponga en sus correspondientes ordenamientos, si bien en su mayoría carecen de previsión alguna sobre el silencio administrativo (por lo que sería positivo).
- Debe aquí significarse (aunque entendemos que este modificado es más propio de la categoría de modificados prevista en el artículo 92 quáter, art.107 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) que en el supuesto del modificado del contrato de obras, cuando su tramitación exija la suspensión de la ejecución de la misma, regulado en el artículo 217.4 LCSP (Art.234.4 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) el plazo fijado para la aprobación del expediente es de 8 meses, habilitando por tanto la norma legal, la superación del plazo de 6 meses a que se refiere el artículo 42.2 de la LRJPAC; ahora bien sólo estaría habilitando a la Administración General del Estado puesto que este apartado del artículo 217 carece de carácter básico.

b) Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (artículo 92 quáter, Art.107 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre):

El artículo 92 quinquies, (Art.108 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), en su apartado 2 dispone que, antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 92 quáter(Art.107 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente. Junto a este nuevo trámite, para la modificación los contratos administrativos de obras, habrá que estar al procedimiento formalizado de modificación, con las posibilidades que recoge, regulado en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 217 de la LCSP (Art.234 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), (en combinación con lo dispuesto en los artículos 202 y 195 de la LCSP, arts. 219 y 211 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre).

Para las modificaciones de los restantes contratos, cuando no estuvieran previstas en la documentación que rige la licitación, habrá que estar además de a lo que disponen con carácter general los artículos 195 y 202 LCSP (arts. 219 y 211 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) a lo que disponen los siguientes artículos de carácter básico específicos de cada tipo de contrato de acuerdo con la redacción dada a los mismos por la Ley 2/2011; artículos 226 y 233 LCSP(arts. 243 y 250 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre) para la modificación del proyecto y de la obra pública respectivamente en los contratos administrativos de concesión de Obra Pública; artículo 258 LCSP (Art.282 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre para la modificación del contrato de Gestión de Servicios Públicos; artículo 272 LCSP (Art.296 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre para la modificación del contrato de suministros; artículo 282 LCSP (Art.305 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre para la modificación del contrato de servicios).

En aras al cumplimiento del principio de transparencia, sería encomiable que en la práctica administrativa, se cumpla, la escasamente utilizada previsión contenida en el artículo 42.4 párrafo 2º de la LRJPAC que dispone que en todo caso, las administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, incluyendo dicha mención en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en comunicación que se les dirigirá al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.

B) PROCEDIMIENTO PARA LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS PODERES ADJUDICADORES QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Los Entes, Organismos y Entidades previstas en el artículo 3 de la LCSP que aun no teniendo la condición de administración pública, tienen la condición de poder adjudicador se ajustarán a lo dispuesto en la LCSP. No obstante de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la LCSP los contratos celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de administraciones públicas tendrán la consideración de contratos privados y se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado salvo en lo relativo a los modificados que como



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

ya dijimos al principio de nuestro trabajo, la Ley 2/2011 siguiendo la recomendación del Consejo de Estado da nueva redacción al artículo 20.2 de la LCSP (Art.20.2 TRLCSP), añadiendo.....
No obstante, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el Título V del Libro I sobre modificación de los contratos.

La LCSP proyecta las normas del procedimiento administrativo en las fases de preparación y adjudicación de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación así como en la fase de ejecución cuando se trate de modificados, a la actividad de los poderes adjudicadores que carecen de la condición de administración pública como un instrumento de garantía para los licitadores o contratistas en cuanto supone que la actuación de éstos poderes adjudicadores, tiene que canalizarse obligadamente a través de unos cauces determinados, como requisito necesario para que pueda calificarse su actividad de legítima.

El concepto garantista que el legislador tiene del procedimiento deja su huella en el artículo 175 b) de la LCSP (Art.191 b) TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), al prescribir que los órganos competentes del correspondiente poder adjudicador deberán aprobar unas Instrucciones, que serán de obligado cumplimiento en el ámbito interno, **en las que se regulen los procedimientos de contratación** de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, y que el contrato es adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa.

Dentro de los modificados podemos distinguir de forma muy breve dos grandes categorías:

a) Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación (artículo 92 ter)
(Art.106 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre):

De acuerdo con el artículo 121 de la LCSP (Art.137 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre, en combinación con el artículo 92 ter de la LCSP (Art.106 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administración Pública podrán hacer uso de esta categoría de modificado cuando; a) el pliego que deben elaborar, en los contratos no sujetos a regulación armonizada de cuantía superior a 50.000 € , además de contener la información recogida en el mencionado artículo 121.2 LCSP (Art.137.2 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), advierta expresamente la posibilidad de modificar el contrato detallando de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de esta modificación con los rigurosos requisitos que ahora exige el artículo 92 ter b) (Art.106 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre. En el resto de contratos cuando el anuncio de licitación advierta expresamente la posibilidad de su modificación cumpliendo los requisitos del citado artículo 92 ter.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 92 quinquies (Art.108 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre, las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos, gozando el poder adjudicador correspondiente de una amplio margen de libertad para fijar la forma en que habrán de



Junta de Castilla y León

Consejería de Hacienda

Junta Consultiva de Contratación Administrativa

sustanciarse estas modificaciones respetando en todo caso los principios que inspiran la contratación en el derecho privado.

b) Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación (artículo 92 quáter) (Art.107 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre):

Los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administración pública podrán hacer uso de esta categoría de modificación no previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación, cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las circunstancias tasadas en el artículo 92 quáter (Art.107 TRLCSP aprobado por R.D.L 3/2011 de 14 de noviembre), debiendo en los casos que proceda, antes de sustanciar esta modificación, dar audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

Salvo este trámite el margen para sustanciar la modificación será tan amplio como permitan las reglas y principios los principios que inspiran la contratación en el derecho privado.