

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: PROBLEMAS ACTUALES

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR
GERARDO MARTÍNEZ TRISTÁN
JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ
JUAN JOSÉ PARDO GARCÍA-VALDECASAS
ELENA HERNÁEZ SALGUERO

ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA
ROSA MARÍA COLLADO MARTÍNEZ
CARLOS YÁÑEZ DÍAZ
EDUARDO PFLUEGER TEJERO
ROCÍO GUERRERO ANKERSMIT

Coordinadores:
TOMÁS CANO CAMPOS
ELENA BILBAO ALEXIADES



LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: PROBLEMAS ACTUALES



Depósito Legal: M-23120-2013
Impresión: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid
Edición: Secretaría General
Diseño de la portada: Luminita Studeny

ÍNDICE

Presentación	9
---------------------------	---

Inauguración	15
---------------------------	----

EXCMO. SR. D. IGNACIO GONZÁLEZ
Presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid

PRIMERA PONENCIA

D. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública”	19
--	----

Primera mesa redonda

DÑA. ROSARIO LAINA VALENCIANO Presentación	41
---	----

D. GERARDO MARTÍNEZ TRISTÁN “¿Es el recurso especial la solución o el problema?”	45
---	----

D. JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA “ <i>Olvidos</i> del legislador en las sucesivas reformas de la legislación en materia de contratos del sector público: la experiencia en materia de colaboración público-privada”	55
---	----

Comunicación

D. EDUARDO PFLUEGER TEJERO “La propuesta de directiva relativa a la adjudicación de los contratos de concesión. Aspectos principales”	69
---	----

SEGUNDA PONENCIA

D. JOSÉ M ^a GIMENO FELIÚ “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”	83
--	----

Segunda mesa redonda

D ^{ÑA} . CRISTINA ALBERDI ALONSO Presentación	143
---	-----

D. JUAN JOSÉ PARDO GARCÍA-VALDECASAS “El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual”	147
---	-----

D ^{ÑA} . ELENA HERNÁEZ SALGUERO “Visión crítica de la inclusión en el ámbito del recurso administrativo especial en materia de contratación de la modificación contractual”	163
--	-----

Comunicación

D ^{ÑA} . ROCÍO GUERRERO ANKERSMIT “Desistimiento y modificación de contratos: el artículo 223 g) TRLCSF”	189
---	-----

TERCERA PONENCIA

D. ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA “Las garantías de la contratación y las responsabilidades a las que están afectas: función e incautación”	205
---	-----

Tercera mesa redonda

DÑA. MARÍA JOSÉ CAMPOS BUCÉ Presentación	221
---	-----

DÑA. ROSA MARÍA COLLADO MARTÍNEZ “La bruja por la chimenea y la incautación de la fianza en caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista”	227
---	-----

D. CARLOS YÁÑEZ DÍAZ “La garantía definitiva en la legislación de contratos públicos. Su problemática incautación en la doctrina de los Consejos consultivos”	249
---	-----

PERFILES PROFESIONALES	291
------------------------------	-----

Presentación

Nada resulta más fácil que explicar cuáles fueron las razones que impulsaron al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid a organizar una jornada de reflexión sobre algunos de los problemas actuales que presenta la contratación pública. No era en modo alguno una mera inquietud intelectual, —perfectamente justificada, por otro lado—, ante una materia que ocupa una parte muy significativa de su trabajo diario y cuyo montante económico, según datos que se citaron en alguna de las intervenciones, puede llegar a significar un 17% del PIB de nuestro país.

Los órganos consultivos fuimos, entre otros, los que por exigencia de los informes preceptivos en materia contractual, empezamos a ver llegar consultas sobre expedientes en los que cohonestar la actual crisis fiscal, la norma jurídica aplicable y las peculiaridades de cada supuesto obligaba a buscar soluciones nada fáciles. Ya no se trataba de alertar a los órganos consultantes sobre la caducidad de sus expedientes si no los tramitaban con cierta celeridad; había que ir un paso más allá o, si se prefiere, nuestros dictámenes tenían que aportar algo más, ofreciendo o alumbrando soluciones que, dentro del riguroso respeto a la legalidad, abrieran vías de solución a los intrincados conflictos que se estaban planteando.

Partiendo de las premisas que acabamos de exponer, la finalidad de la jornada organizada, su contenido y la selección de los participantes venía rodada. Delimitados los puntos fundamentales del debate, tratamos de encargar su desarrollo a aquellos protagonistas que fueran capaces de conjugar la excelencia académica y la categoría intelectual con la experiencia profesional en el ámbito de la contratación pública. Para ello la aportación del profesor Cano fue decisiva. Hemos tratado de buscar la visión universitaria, la de la judicatura, la de los tribunales administrativos de contratación, la de los propios consejos consultivos y nada mejor cuando, además, concurría con el ejercicio profesional de la abogacía, que es el banco de prueba de las teorías.

Todos los intervinientes nos planteamos diariamente problemas similares pero desde ángulos bien distintos y buena prueba de ello son los textos de las aportaciones de los diferentes participantes en las mesas redondas, las preguntas formuladas y los debates que prendieron.

Añadiremos, para concluir, que el acierto y la oportunidad de esta jornada quedó de manifiesto por el interés despertado por su mero anuncio que no solo superó nuestras expectativas, criterio bastante subjetivo, sino las posibilidades físicas de la sala que tenía un nada despreciable aforo de 150 plazas.

Para iniciarnos en la evolución histórica de la materia, nada mejor que el trabajo del profesor Juan Santamaría. A su análisis científico une su experiencia biográfica recordándonos lo poco que había sobre este tema cuando iniciaba su peripecia profesional. Desde 1965 los textos normativos sobre la materia se suceden con frecuencia reiterada y excesiva. La sola enumeración cronológica de las modificaciones alertan sobre una interminable búsqueda de un sosiego que no se encuentra.

Nada más sencillo que recurrir a los múltiples cambios de todo jaez que han acaecido en nuestro país en los últimos sesenta años para justificar las adaptaciones normativas. Pero es manifiesto que, en este caso, esta explicación, por sí sola, no aclara lo sucedido en materia de contratación administrativa. Con su agudeza y profundidad habitual, el profesor Santamaría realizó una contundente crítica a la interminable reforma de la legislación de contratos y a la propia normativa comunitaria que ha provocado las últimas modificaciones en la materia y ha conducido a una regulación de la contratación pública densa, compleja y confusa, sin que, como contrapartida, se hayan apenas alcanzado los resultados pretendidos.

A pesar de su injustificada extensión, la legislación de contratos públicos presenta considerables lagunas u olvidos, como puso de manifiesto en su ponencia Juan José Lavilla, quien a su formación universitaria une también su condición de Letrado de las Cortes Generales y, actualmente, abogado en ejercicio. Cuestiones como las relativas a determinados aspectos del ámbito subjetivo de la contratación, el equilibrio económico-financiero de los contratos o la extinción del vínculo contractual fueron brillantemente diseccionadas por el profesor Lavilla, aportando algunas soluciones que debería incluir el legislador.

La muy reciente aparición de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, su papel en el actual contexto, su breve experiencia en los años que llevan, su incidencia en la conflictividad judicial, su agilidad resolutive fueron situados en el debate por la presencia de cuatro protagonistas de primer nivel. La especial atención que prestó al recurso especial el magistrado Martínez Tristán no podía pasar, ni pasó, desapercibida para los Presidentes

de los correspondientes tribunales del Estado y de las Comunidades Autónomas de Madrid y Aragón.

A este fluir legislativo, la actual situación económica de nuestro país ha venido a incidir, y más arriba lo apuntábamos, con fuerza no desdeñable en el día a día de nuestras administraciones públicas. Todas, pero quizá con mayor intensidad los entes locales por su menor capacidad económica y técnica, han visto en muy poco tiempo cómo sus presupuestos se reducían drásticamente sin que la exigencia de los servicios que ofrecían lo hiciera en similar cuantía, ni tampoco la resistencia de sus ciudadanos —no olvidemos que también votantes—, a ver cercenadas sus prestaciones. Toda su capacidad contractual se ha visto afectada desde cualquier punto de vista. Tenían que reducir el número de contratos que celebraban, la cuantía de los mismos y hacer frente a la novación de los existentes, firmados en unos momentos de bonanza ahora lejanos, tratando de mantener el nivel de los servicios. Complejo problema.

Únanse a estas circunstancias propias las de la parte de los contratistas. Las dificultades económicas de las empresas, las licitaciones a la baja, “los modificados”, los impagos, los concursos de acreedores... Cuando el legislador regulaba medidas contra los incumplimientos contractuales por la lesión que provocaban al interés público nos tenemos que preguntar si tenía ante sí la situación provocada por las demoras, a veces incumplimientos, de las propias administraciones públicas...

¿Hasta dónde dan de sí las famosas facultades exorbitantes de la Administración?; ¿cuáles son los límites del *ius variandi*?; ¿qué consecuencias fácticas deben generar los incumplimientos de unos y otros, cuando las perspectivas económicas sobre las que se han diseñado operaciones, proyectos y realizaciones, en unos plazos extremadamente cortos, devienen irrealizables? ¿Debe servir el *interés general* como paraguas protector que ampare todos los “privilegios” de las administraciones públicas?

La modificación de los contratos administrativos no es nada nuevo, el profesor Gimeno Feliú fue capaz de datar un texto en el Derecho romano. Es un clásico de la materia cuya introducción era inevitable. Si hasta la licitación el andar administrativo es lento y cauteloso, cada paso vigilado con mil cautelas y garantías en la búsqueda de la objetividad y en la defensa del interés general, habría que plantearse si lo mismo es predicable cuando se inicia su ejecución. Es admisible, aunque sea a efectos dialécticos, que hasta la adjudicación de

un contrato el rigor controlador del Ministerio de Hacienda ha impuesto su larga mano en las normas reguladoras, pero a partir de ese momento los organismos inversores se hacen con la gestión y aquello es diferente. Cómo explicar que ninguno de los contratos gestados al calor del Plan E —en una exposición se citó—, no tuvieran ninguna modificación. El tema fue analizado en la segunda mesa redonda, en la que concurrían Juan José Pardo García-Valdecasas, Elena Hernández y el propio Gimeno Feliú, tres presidentes actuales de tribunales de contratación pública.

La tercera y última mesa redonda no por desarrollarse en hora vespertina tuvo un menor nivel de debate. El tema no es pacífico y sus consecuencias afectan directamente a las economías de las partes. El debate se centró sobre si la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista lleva inexorablemente aparejada la incautación de la garantía definitiva. Entre letrados del Consejo de Estado estuvo el juego: Ernesto García-Trevijano y Rosa Collado. El primero estaba por la afirmación, la segunda la atemperaba. Carlos Yáñez, letrado del Consejo Consultivo de Madrid, fundamentó de forma clara que el tema no es pacífico y que en estos momentos hay opiniones muy repartidas en la doctrina y en los propios órganos consultivos. Nadie pone en duda que, si lo que ha querido el último legislador es introducir cambios, no ha estado muy afortunado ya que en un tema de semejante calado los matices o insinuaciones no son la receta más adecuada.

Estas eran las dudas y discusiones que, a menudo, llenan los debates del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid cuando tiene que dictaminar sobre los múltiples casos que se someten a su consideración. Nada más lógico, por tanto, que sacarlos del limitado reducto de nuestro ámbito y someterlos a una reflexión pública con los que, desde los mismos planteamientos de los órganos consultivos o desde otras instancias próximas, dedican sus esfuerzos profesionales a estos temas.

El formato elegido nos ha permitido compaginar agilidad, amenidad, debate y disparidad de puntos de vista de tal manera que los mensajes que llegasen a los oyentes permitieran contrastar las opiniones en juego y los diferentes puntos de vista, así como las consecuencias prácticas que tienen. En algunos casos, como se puso de manifiesto, muy dispares entre sí.

Tendríamos, en esta presentación, que hacer forzosa referencia a los destinatarios. Es obvio que era nuestra pretensión dirigirnos a un público al que la

contratación pública le era algo muy próximo, con la que tenía que convivir todos los días en su quehacer profesional. Ellos eran los que tenían que compartir o disentir del debate que se les ofrecía para que, según fueran reposando como fruto de la reflexión, las ideas pudieran ser incorporadas a la práctica jurídica de sus respectivas administraciones públicas. En la medida en que esto se haya conseguido, el esfuerzo de esta jornada sobre contratación pública se podrá dar por bien empleado.

Con esta publicación pretendemos facilitar la puesta a disposición de cualquiera de los profesionales del Derecho que se enfrentan todos los días a estos problemas algunas reflexiones y extender el conocimiento de lo que allí se expuso, de modo ordenado y sistematizado, a los que no pudieron asistir, por problemas materiales de aforo o por otras causas. Creemos, sinceramente, que tiene interés suficiente y que el esfuerzo del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid está plenamente justificado. En ella se incluyen, también, las dos comunicaciones presentadas por Eduardo Pflueger y Rocío Guerrero, ambos letrados del Consejo, que por su nivel e interés figuran por derecho propio.

Sean las últimas palabras de agradecimiento al Presidente de la Comunidad de Madrid, Excmo. Sr. Don Ignacio González, que tuvo la amabilidad de inaugurar la Jornada sobre Contratación Pública, dedicándonos unas palabras de estímulo y un tiempo especialmente valioso en un día que tenía convocado, minutos más tarde, el Consejo de Gobierno.

Madrid, mayo 2013

INAUGURACIÓN DE LA JORNADA DEL CONSEJO CONSULTIVO SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

EXCMO. SR. D. IGNACIO GONZÁLEZ GONZÁLEZ

Presidente de la Comunidad de Madrid

Excmo. Sr. Presidente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid,
Consejeros de la Comunidad de Madrid,
Señoras y señores:

Bienvenidos a esta Real Casa de Correos, sede del Gobierno de la Comunidad de Madrid, donde van a celebrarse estas jornadas sobre contratación administrativa, organizadas por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Quiero agradecerles su participación en este foro y expresarles el reconocimiento de todo el Gobierno de la Comunidad de Madrid por la labor que realiza el Consejo. Y muy especialmente, quiero hacerlo en la persona de su Presidente, Mariano Zabía.

La función consultiva, ejercida históricamente por el Consejo de Estado, goza de una larga tradición en España como un elemento fundamental de ayuda en el proceso de toma de decisiones de las administraciones públicas y como garantía de legalidad de la actividad administrativa.

Siguiendo esos principios, el 1 de septiembre de 2008 comenzó la actividad del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Es una institución reciente, pero muy activa en la búsqueda de soluciones a los problemas actuales de la Administración y en establecer criterios comunes de interpretación y aplicación de las normas.

No es preciso insistir —sobre todo ante ustedes— en que el objeto de un organismo consultivo no es fiscalizar la actividad de las administraciones públicas, sino contribuir a su perfeccionamiento, y garantizar la legalidad y el acierto de la actuación administrativa.

El Consejo garantiza que el ejercicio del poder no traspasa los límites que imponen las leyes y contribuye a preservar los derechos de los ciudadanos frente a posibles prácticas abusivas o inadecuadas de la Administración.

La labor de los Consejos Consultivos, precisamente por su rigor e independencia, acaba transformándose en fuente de doctrina jurídica y en un conjunto de criterios legales que sirven de referencia para la actuación de los organismos públicos a la hora de la interpretación de las normas.

La celebración de estas jornadas revela hasta qué punto la función consultiva es un elemento básico para la cohesión social y una útil herramienta para aliviar conflictos y articular respuestas correctas.

La contratación administrativa es una de las cuestiones a las que diariamente se enfrentan los responsables públicos. Amoldar los intereses de la Administración con el de los ciudadanos, y hacerlo teniendo en cuenta las distintas legislaciones velando por la seguridad jurídica de administradores y administrados, es una tarea compleja que el Consejo realiza con rigor y eficacia.

Porque los ciudadanos, las empresas y las administraciones públicas necesitan un marco jurídico claro y una total seguridad para desarrollar sus actividades en libertad.

Todos necesitamos unas instituciones sólidas que sean garantes de nuestra libertad y que unan a su solvencia una autoridad moral que no admita presiones ni intromisiones.

Hoy, cuando tantos pretenden instrumentalizar la crisis para poner en jaque a las instituciones democráticas y hacer tabula rasa del Estado de Derecho, encuentros como este se convierten en algo más que en un foro en el que se dan cita la reflexión y la experiencia. Son un símbolo, un acto de ratificación de la importancia de la ley y el Estado de Derecho.

Estas jornadas son un ejemplo de normalidad institucional y de trabajo sin más objetivo que buscar la seguridad jurídica que tan imprescindible es en democracia. Y son también una demostración de que no existen soluciones mágicas, de que las incertidumbres del futuro se despejan trabajando día a día.

Vivimos momentos en los que son especialmente importantes la serenidad y la prudencia en el proceso de toma de decisiones que aporta una institución como el Consejo Consultivo.

Gracias, en buena parte, a la labor del Consejo Consultivo, a la dedicación y al trabajo de sus miembros, la Comunidad de Madrid puede actuar como una Administración fiable, rigurosa y coherente al servicio de la libertad y el bienestar de los ciudadanos.

Por todo ello quiero agradecer a los Consejeros, Letrados y personal del Consejo Consultivo el trabajo realizado en estos casi cinco años de funcionamiento. Y quiero reafirmar mi compromiso con todo cuanto contribuya a que el rigor jurídico presida la actuación de la Comunidad de Madrid.

Les deseo que estas jornadas sean fructíferas y provechosas.

Muchas gracias.

LA CONSTANTE E INTERMINABLE REFORMA DE LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

D. JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR

Imagino que el simple título de la conferencia que se me ha pedido amablemente debe producirles un cierto hastío. Su rótulo alude implícitamente a una sensación de malestar ampliamente compartida entre los juristas de Derecho público y, por tanto, hace presagiar que mi intervención se limite a una larga retahíla de lamentaciones acerca de las dificultades que nos produce a los juristas el ritmo acelerado de cambio que ha tenido la legislación de contratos. Algo de eso habrá en esta conferencia; pero no solo de eso. Al hilo del tema que se me ha propuesto, voy a tratar de examinar el fundamento de este malestar: si se encuentra justificado, o no. Y, al mismo tiempo, intentaré formular una reflexión global sobre la evolución y estado actual de la normativa de contratación pública. Creo que no es suficiente, además de ser inútil, exponer nuestras quejas a un legislador que se ha mostrado absolutamente sordo; es necesario ir más allá y saber dónde nos encontramos, por qué nos encontramos así, qué dificultades y disfunciones genera esta situación y qué podemos hacer para remediarla.

I

Para ello es imprescindible, como primer paso, volver la vista atrás y tomar conciencia cabal del camino que nuestra legislación ha recorrido. Me limitaré, para ello, al último medio siglo, que es —con permiso de la legislación local— cuando aparece esta normación.

El ordenamiento de contratos, tal como hoy lo conocemos, es un fenómeno histórico muy reciente, de cuya génesis podemos dar cuenta algunos de los que aún vivimos. Cuando quien les habla estudió la carrera de Derecho, los

programas de Derecho Administrativo no contenían apenas referencias a los contratos de las Administraciones; y lo mismo sucedía con los primeros temarios de oposición a los que hube de enfrentarme, para cuya preparación habíamos de echar mano, como únicos materiales normativos, del Pliego de Condiciones Generales para los contratos de obras públicas de 1903, de un artículo aislado de la Ley de Administración y Contabilidad del Ministro Don Tirso Rodríguez, de 1911 y, por supuesto, y con las debidas reservas, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1952.

La primera regulación general de contratos públicos apareció el año 1963, con la aprobación de la Ley de Bases de Contratos del Estado, cuyo texto articulado fue publicado dieciséis meses después. Hasta entonces, la “materia de contratos” no existía, sencillamente, porque no había regulación que la soportase.

Con estas dos disposiciones se inicia la evolución de este sector del ordenamiento jurídico-público, que ha tenido cuatro hitos:

- el bloque normativo que llamaré de los años sesenta, constituido por el antes citado texto articulado de 8 de abril de 1965 y sus dos sucesivos Reglamentos, de 1967 (Decreto 3354/1967, de 28 de diciembre) y de 1975 (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre);
- el bloque de los años noventa, motivado por la imperativa incorporación de la normativa comunitaria, e integrado por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y su Reglamento parcial, aprobado por Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo;
- el bloque de comienzo del milenio, constituido por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y su Reglamento (esta vez general) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; uno y otro texto, impulsados por la profunda reforma que la Ley de 1995 sufrió en 1999, entre otras modificaciones;
- y, finalmente, el bloque hoy vigente, iniciado con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y culminado con la refundición hecha por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

II

Para valorar esta evolución desde la perspectiva que me interesa acudiré a tres instrumentos puramente cuantitativos: el ritmo de cambio, el número de modificaciones y las dimensiones físicas del contenido normativo.

a) En cuanto al primero, es obvio que el cambio normativo ha experimentado un ritmo crecientemente acelerado, acortándose cada vez más las distancias temporales entre cada uno de los bloques: entre el bloque de los sesenta y de los noventa transcurrieron treinta años, que se redujeron a solo seis entre el bloque de los noventa y el del milenio; el mismo número de años que separan el Reglamento de 2001 y la Ley de Contratos del Sector Público de 2007. Y entre el cuarto y último bloque y el que se avecina, con las nuevas Directivas comunitarias en curso de aprobación, transcurrirán solo, posiblemente, tres años.

b) Tanto o más significativo que el anterior factor es el relativo al número de modificaciones que experimentaron los textos legales básicos de cada uno de estos bloques durante el tiempo en que estuvieron en vigor; esto es, en los intervalos. Y así, tenemos que

- la Ley de Contratos de 1965 sufrió, hasta su sustitución por la de 1995, modificaciones en 28 de sus 125 artículos, introducidas por un total de diez leyes diversas;
- la Ley de 1995 fue modificada, hasta el año 2000, en 121 de sus 219 artículos;
- el texto refundido del año 2000, en los siete años que estuvo en vigor, vio modificados 48 de sus 266 artículos; y
- la Ley 30/2007 hubo de ser objeto de la refundición hecha en 2011 al haber sido modificados 77 de sus 320 artículos.

Ante este panorama, es justo resaltar que el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, que ya ha cumplido diecisiete meses de vigencia, no ha sido aún objeto de modificación alguna; salvo la que se avecina. Y pienso que debemos felicitarnos por ello.

c) La tercera forma de valorar objetivamente esta evolución consiste en la medición de las dimensiones físicas de cada uno de estos bloques, cuyos resultados son, también, muy llamativos. Tomo a este efecto como unidades lo que las editoriales llaman matrices de un libro: esto es, la suma de los caracteres y de los espacios en blanco entre cada palabra. Y los resultados son los siguientes:

- el primer bloque (Ley de 1965 y su Reglamento de 1975) constaba de 424.000 matrices;
- el segundo (Ley de 1995 y su Reglamento de 1996), de 356.000;
- el tercero (texto refundido de 2000 y Reglamento del año siguiente), 647.000;
- y el último (cuento solo el texto refundido de 2011), 542.000 matrices.

Como puede apreciarse, las dimensiones de estos cuerpos normativos siguen una línea ascendente, pero ondulante, con dos valles no muy pronunciados en el segundo y cuarto bloques. Pero, para tomar conciencia de lo que suponen estas dimensiones, quizá convenga recordar que, en su versión vigente, el Código Civil consta de 611.000 matrices; un 5% menos, en números redondos, del tamaño del tercero de los bloques a que vengo aludiendo (el de 2000-2001).

III

Estos factores, puramente objetivos, son el punto de partida obligado para cualquier análisis del fenómeno que nos ocupa. ¿Está justificado el disgusto que acarrearán estas continuas reformas? ¿Y a qué se debe que las consideremos una anomalía escasamente deseable?

a) La explicación a que apuntan los teóricos de la legislación suele consistir en una ruptura de paradigmas. La cultura jurídica de los países occidentales (de todos: incluyo aquí a los regímenes de *common law*) se basa en un modelo implícito que asigna a la ley, *lato sensu*, una naturaleza y un contenido muy definidos en el sistema político: en un paradigma de la legislación, en una palabra. Este paradigma fue lentamente construido por el pensamiento ilustrado de los siglos XVII y XVIII; hizo eclosión en las dos grandes revolucio-

nes atlánticas de Francia y los Estados Unidos y aún pervive en los estratos profundos de nuestra forma actual de ver las cosas.

Según dicho paradigma, la ley sería un instrumento de ordenación social cuyos caracteres principales pueden reducirse a cuatro:

- primero, su concepción como *un acto de voluntad del poder político*, no en un reflejo de la realidad social dada; concepción que se remonta a la revolución gregoriana que la Iglesia de Roma realizó a fines del siglo XI, y que tuvo como principales teorizadores, muchos siglos después, a Thomas Hobbes y, por supuesto, a Jean-Jacques Rousseau;
- segundo, su dimensión de *obligada racionalidad*; como decía mi maestro, el profesor García de Enterría, el concepto de ley que acuña el ideario proto-liberal “no es más que una transposición a la teoría social del principio de legalidad del universo en que trabajaba el pensamiento de Occidente desde el renacimiento y que alcanza en la física de Newton y en la Ilustración su expresión definitiva”; las leyes “jurídicas” han de ser tan racionales (y, por tanto, de contenido indiscutible, por evidente) como las leyes formuladas por las ciencias físico-naturales;
- tercero, su *necesaria generalidad*, lo que supone tanto la proscripción de todo tipo de privilegio jurídico y de leyes singulares cuanto la reducción al mínimo de los regímenes especiales y diversificados; la ley, decía también Rousseau, “considera a los súbditos en conjunto, jamás a un hombre en cuanto individuo”;
- y cuarto y último, un rasgo que nos interesa especialmente hoy, el de la *deseable durabilidad de la ley*; fue John Locke quien enunció con claridad este imperativo en el segundo de sus tratados sobre el gobierno civil, al decir que “cualquiera que tenga el poder legislativo o supremo de una comunidad política ha de gobernar mediante el establecimiento de leyes duraderas (*standing Laws*), promulgadas y conocidas por el pueblo, y no mediante decretos extemporáneos”.

b) Parece innecesario recordar con detalle el completo deterioro que este paradigma ha sufrido a lo largo de los dos siglos y pico de existencia del régimen constitucional, que ha afectado a todos sus caracteres: la concepción de la ley como un acto de voluntad del poder político soberano, por la aparición no solo de diversas modalidades de legislación pactada o negociada, sino

por el surgimiento de cuerpos normativos generados al margen de toda instancia política formal y de obligatoriedad puramente fáctica, como es el *soft law* creado por organizaciones privadas de extensión internacional; la racionalidad intrínseca de la ley ha sido sustituida por una racionalidad puramente instrumental; la generalidad de la norma ha experimentado el impacto de una multiplicidad de leyes referidas a categorías concretas de ciudadanos, cuando no de leyes de caso único; y de la durabilidad tendencial de la ley más vale no hablar, en un mundo de cambio normativo incesante en el que los poderes públicos sustituyen unas leyes por otras casi con la misma celeridad y habitualidad con la que los jóvenes cambian sus teléfonos móviles.

Pese a este ostensible deterioro, es un hecho que el paradigma clásico de la ley continúa vivo en nuestras mentes: lo aprendimos de nuestros maestros en la Facultad de Derecho y seguimos inculcándolo a nuestros alumnos. ¿Es esto normal, o es un defecto que acredita que la doctrina académica está obsoleta y anclada en un pretérito ya periclitado? ¿No sería más fácil, me pregunto, romper el equívoco y constatar que, como el paradigma se ha erosionado por todas partes, debemos cambiarlo por otro, como decía Thomas Kuhn al tratar de la estructura de las revoluciones científicas?

Responder afirmativamente a estas cuestiones tendría, desde luego, la ventaja de la comodidad y prestigio que acompaña a toda propuesta de cambio. Pero, aun a riesgo de parecer demasiado conservador, no me siento intelectualmente autorizado para asumir esta propuesta: creo, en efecto, que la sustitución del paradigma clásico de la ley no es posible, sencillamente porque los fenómenos que lo han lesionado no constituyen un paradigma alternativo. En los años veinte del pasado siglo se produjo el reemplazo del paradigma de la física newtoniana por el de las teorías de la relatividad y de la mecánica cuántica; pero todos los hechos que han producido el deterioro del paradigma ilustrado de la ley no integran un modelo coherente: se trata, simplemente, de disfunciones, de manifestaciones inconexas de desorden o, si lo prefieren en términos científicos, de expresiones del principio de entropía que afecta a todos los sistemas.

En efecto: un esquema implícito de normación en el que las normas pueden provenir de cualquier fuente, y no solo del poder político legitimado por las urnas; en el que el contenido de la ley no precisa ser racional, pudiendo dar cabida a cualquier ocurrencia arbitraria de un político o un grupo; en el que pueden dictarse normas *ad hoc*, dirigidas a personas singulares, que fragmen-

tan el tratamiento dado a colectivos distintos y que crean regímenes específicos de privilegio (positivo o negativo); y en el que las normas pueden cambiar de un día para otro, de manera compulsiva e inmotivada, no creo que merezca el nombre de paradigma. Es, sencillamente, un caos indeseable que ya nos es conocido, porque es justamente el que dominó en Europa desde la caída del Imperio romano de Occidente; darle *status* de paradigma supondría, dicho lisa y llanamente, retroceder mil años en nuestra historia, algo que a mi, personalmente, no me resulta nada apetecible.

IV

Voy a referirme ahora solo al concreto elemento del paradigma clásico que propugna la durabilidad de la ley. A él se opone, de entrada, algún tópico al que debo hacer alusión, pero que es contrarrestado por razones más profundas.

a) La fugacidad de la vigencia de las normas, y su rápida modificación o sustitución, suele justificarse apelando a la aceleración del ritmo histórico que afecta a nuestras sociedades. La sociedad, se dice, está cambiando a velocidades crecientes como consecuencia del progreso tecnológico y de la globalización de la economía: hasta mediados del siglo XX, cada país podía mantener una legislación estable, porque cada uno de ellos vivía volcado hacia el interior de sus fronteras, y era solo afectado esporádicamente por los acontecimientos exteriores, en los casos de conflictos bélicos o de crisis económicas generales. Pero el desarrollo de las comunicaciones y la apertura de todas las economías generan *inputs* continuos e imperativos, que obligan a cada Estado a reconsiderar permanentemente las regulaciones que tiene establecidas. La movilidad de los ordenamientos no es, se dice, una consecuencia de la inestabilidad de carácter de los gobiernos, sino una imposición de la nueva realidad mundial.

Esta argumentación es absolutamente falaz. Es cierto que el mundo está cambiando de modo frenético: pero, de una parte, la globalización (de la economía y de las comunicaciones) impone modificaciones normativas solo en sectores muy localizados del ordenamiento (p. ej., en el financiero y quizá en el laboral), no en el resto; y, de otra, el desaforado ritmo de cambio es muy anterior en el tiempo al fenómeno de la globalización, por lo que malamente puede atribuirse exclusivamente a este. Los cambios normativos tienen su origen, mayoritariamente, en consideraciones de política interna: en motivaciones ideológicas

y en estrategias electorales de los partidos que sucesivamente ocupan el poder, persiguiendo con ellas la captación de nichos concretos de votantes.

b) Pero el establecimiento de un régimen de cambio normativo acelerado no solo no se sustenta en razones legítimas. En mi opinión, afirmar que dicha aceleración viene impuesta por la realidad de las cosas es una distorsión de la verdad, porque lo cierto es que dicha realidad exige precisamente lo contrario, la estabilidad de la vigencia de las normas: su opuesto, la inestabilidad rampante, tiene consecuencias perversas que es necesario recordar.

(i) Dicha realidad está constituida, primeramente, por las exigencias de la vida económica. Es verdad que la economía se ha globalizado; pero lo es más que se ha hecho infinitamente más compleja, y que la toma de decisiones se ha hecho mucho más difícil, porque el conjunto de factores que un operador ha de tener en cuenta para ello es mucho más numeroso que antaño. Los condicionantes de la actividad empresarial (los costes, los tipos de interés, la aparición de nuevos competidores, la innovación técnica, entre otros) son, en su mayoría, incontrolables y no dependientes de la voluntad humana. Pero hay otros que sí lo son, como sucede con el marco normativo en que cada actividad debe desarrollarse, el cual depende exclusivamente de decisiones de los poderes públicos; y este marco ha adquirido, día a día, una relevancia mayor, y aun dominante, en la planificación de la actividad empresarial y en los procesos de toma de decisiones. Dicho coloquialmente: en las economías que tienen regulado un sector importante de actividades productivas, los empresarios y los sujetos privados han de tomar sus decisiones mirando con cuidado tanto sus estados contables como los boletines oficiales.

Lo que quiero decir, en suma, es que la creciente complejidad de las economías exige, impone, en contra de lo que sucede, una seria estabilidad de las normas públicas que las condicionan. La planificación de los procesos productivos requiere, en ocasiones, años de análisis y de preparación; y dicha planificación es imposible si se corre el riesgo de que los requisitos que puede imponer el poder público a dichas producciones son susceptibles de modificarse de manera inopinada y sucesiva, haciendo inútil el trabajo realizado hasta entonces.

Y esto no es nada nuevo: la directriz de estabilidad de las normas surge en la Inglaterra del siglo XVII justamente como consecuencia y como imposición del desarrollo de la economía burguesa; de la misma manera que el prin-

cipio de legalidad, de la exigencia de generalidad, racionalidad y permanencia de las normas, fue el efecto directo de la revolución industrial, que no hubiera podido tener lugar de otro modo; como sucedió precisamente en la China imperial del siglo XVI, cuyos estamentos gobernantes ahogaron con regulaciones absurdas el desarrollo de la economía que entonces era la más poderosa y avanzada tecnológicamente del planeta.

(ii) Hay más razones que imponen, más que aconsejan, la estabilidad normativa. Primera, la propia realidad y credibilidad del ordenamiento, porque el cambio normativo acelerado genera niveles crecientes de incumplimiento en los destinatarios de las leyes. Los políticos tienden a suponer que las normas que trabajosamente hacen llegar a su respectivo Boletín Oficial son automática e íntegramente conocidas y asumidas por todos sus destinatarios: lo que es, obviamente, una creencia absurda. Si los juristas tenemos dificultades en seguir los cambios normativos, los ciudadanos, sencillamente, los desconocen en su inmensa mayoría, incurriendo en incumplimientos constantes y generalizados de las disposiciones reformadas.

Y eso no ocurre solo con la disposición adicional de un decreto cualquiera. A fines de los años noventa, un juez de instrucción de Madrid me comentaba, pesaroso, que múltiples personas que comparecían ante él, en condición de imputados por alguno de los numerosísimos nuevos delitos que acuñó el Código Penal de 1995, declaraban desconocer palmariamente que las conductas en que habían incurrido habían sido penalizadas; y añadía que estaba seguro de que dichos imputados eran absolutamente sinceros, en una alta proporción de casos. El principio sagrado que proscribe la ignorancia de las leyes es sostenible solo en ordenamientos simples y estables, no en los caracterizados por la complejidad y variabilidad de los que padecemos. Y un factor que genera lo que los sociólogos llaman comportamientos desviados, como ocurre con la inestabilidad de las normas, debe ser contemplado, cuando menos, con preocupación.

(iii) Este problema de ignorancia se da también, aunque con caracteres diferentes, en el colectivo de los juristas. Los legisladores (todos) desconocen una realidad elemental: que una norma, para ser puesta en práctica efectivamente y de modo general, exige un largo período de asimilación por parte de sus aplicadores, los juristas. La inercia intelectual que caracteriza a todo ser vivo hace que las normas solo comiencen a ser aplicadas cuando la mayoría de sus operadores han incorporado los contenidos de aquellas a sus estructuras mentales profundas; y que todo cambio en las normas suscita una reac-

ción inicial de rechazo; no un rechazo valorativo, sino puramente operacional, porque todos tendemos a aplicar, inconscientemente, aquello que “nos sabemos”, y a dejar a un lado aquello que es nuevo, porque nos exige un esfuerzo adicional. El principio de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, que estableció en 1954 la incombustible Ley de Expropiación Forzosa, no comenzó a ser aplicado por los tribunales contenciosos hasta mediados los años setenta; y les aseguro que en ello no tuvo nada que ver la naturaleza autoritaria del régimen político.

Pero no se trata solo de un rechazo promovido por la incomodidad, sino de la mera dificultad biológica de asunción de los cambios. Tomemos el ejemplo de la normativa sobre la que versa esta conferencia: en mis mejores años de juventud me estudié muy seriamente la Ley de Contratos de 1965, que creo llegué a saberme bastante a fondo. En 1995 acepté deportivamente la promulgación de una nueva ley que cambiaba por completo el contenido de la primera, y dediqué varios fines de semana a leerla, subrayarla y hacer esquemas de su articulado, con un grado de entusiasmo que me sorprendió a mí mismo. Cuando tuve que aplicarla, al confeccionar escritos procesales y dictámenes, comprobé con alarma que los contenidos que me venían espontáneamente a la cabeza eran los de la Ley anterior, y que la adopción de los nuevos principios me exigía una tarea penosa de rectificación y reacomodación mental. Cuatro años después advino el terremoto de la Ley de reforma de 1999, y un año después, la necesidad de volver a estudiar minuciosamente el texto articulado del año 2000 y de su reglamento del año siguiente; lo cual me requirió un notable esfuerzo adicional, y me supuso un susto comprobar que instintivamente me venían a la mente los preceptos de las leyes de 1965 y de 1995. Y siete años más tarde, cuando el texto refundido del 2000 comenzaba a asentarme pacíficamente en mi cabeza, se me vino encima la Ley 30/2007, que a las múltiples novedades de contenido material sumaba una sistemática de la que lo menos ofensivo que puede decirse es que es altamente peculiar. Me costó esta vez un esfuerzo hercúleo, dentro de mis limitadas capacidades intelectuales, intentar asimilar la nueva ley, localizar topográficamente sus preceptos y simplificar los criterios para poder distinguir un ente del sector público de un poder adjudicador, y este de una Administración pública.

Y termino este punto con una última confesión: no he sido capaz de aprenderme bien la Ley 30/2007 y su texto refundido; aunque le he dedicado un

número inusual de horas de estudio, me abstengo de dar una opinión improvisada sobre los temas que se me consultan, porque no sé muy bien qué concreta ley me vendrá a la mente. Y, además, dejé de invertir horas en el aprendizaje de la Ley el día en que la Secretaria General de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa me puso al día de los trabajos de la nueva Directiva comunitaria, de la que me dijo que iba a suponer una nueva revolución en la normativa de contratos.

En resumen: podríamos aventurar el enunciado de una regla de sociología jurídica, según la cual el grado de probabilidad de aplicación efectiva de las normas está en función inversa de la inestabilidad de su contenido.

(iv) Restan dos últimos factores que imponen este principio de estabilidad. El primero de ellos hace referencia al impacto negativo que el cambio tiene en los terceros interesados en la aplicación de una ley. En la economía global en que vivimos existe, como es notorio, un elemento esencial de progreso y desarrollo: me refiero a la inversión internacional, a las empresas y los fondos que implantan en España actividades económicas, y que compran nuestros activos y, sobre todo, nuestra deuda. Todos los abogados que nos dedicamos al asesoramiento de esos inversores internacionales sabemos a la perfección que una de las principales preocupaciones de los mismos, si no la más importante, es el nivel previsible de estabilidad de las regulaciones y del comportamiento de los tribunales. La primera y casi única pregunta que hacen se refiere a estas cuestiones, a lo que genéricamente se llama seguridad jurídica; y creo que sufrimos seriamente cuando tenemos que decirles que tal seguridad no existe, o que es harto limitada.

Y no se trata solo de la mera pérdida de oportunidades. Muchos de Uds. son concedores, sin duda, de los efectos literalmente devastadores que han tenido sobre la imagen internacional del país algunos cambios normativos hechos contra todo pronóstico, por más que hayan sido inevitables: me refiero, claro está, a la modificación del régimen retributivo de las energías renovables, que ha sido considerado unánimemente como una auténtica estafa del Reino de España, y que nos ha hecho un daño muy superior a todos los sucesos de corrupción política. El coste de los cambios normativos es, en ocasiones, inmenso.

(v) Y cerraré este punto aludiendo a un último efecto, imprevisto y perverso, del cambio normativo acelerado, y es su impacto en el esquema constitucional de división de poderes sobre el que se asienta todo nuestro sistema político. El efecto puede parecer sorprendente, pero es absolutamente real: en un escenario de normalidad institucional, las leyes son aprobadas por los parlamentos, y su contenido comienza a hacerse realidad cuando son aplicadas durante un tiempo por los tribunales, cuyas sentencias, con mejor o peor fortuna, proporcionan los elementos interpretativos necesarios para completar y hacer inteligible su significado. El cambio normativo elimina la segunda de estas dos piezas, al poder judicial, cuya demora en la resolución de los conflictos impide a su órgano supremo sentar doctrina sobre las disposiciones vigentes en el momento de su fallo; como escuché decir irónicamente, hace tiempo, a un magistrado del Tribunal Supremo, estoy harto de poner sentencias históricas: no por su relevancia, sino porque versan invariablemente sobre derecho ya derogado.

Todo ello supone la desaparición virtual de las dos piezas básicas de formación del Derecho: del legislador, que, dictada la ley, se desinteresa por completo de sus vicisitudes ulteriores; y de la jurisprudencia, que solo cumple su función llamada nomofiláctica cuando ya es frecuentemente inútil. Es lamentable reconocerlo, pero ¿quiénes de nosotros acuden a los repertorios de jurisprudencia para resolver una duda interpretativa en materia de contratos? Solo nuestros becarios menos avisados. El papel de estos órganos constitucionales ha venido a ser desplazado, *de facto*, por la actividad de órganos internos de las Administraciones: sus Juntas Consultivas de Contratación, o los muy recientes tribunales u órganos de recursos contractuales; cada uno con sus respetables opiniones, pero que solo sirven para el día a día, ya que sus resoluciones carecen de la fuerza de cosa juzgada.

V

Hasta aquí, las disfunciones generadas por el cambio normativo. Pero, si el análisis pretende ser neutral, es necesario examinar sus posibles aspectos positivos; si la legislación de contratos ha cambiado tanto y tantas veces, cabe suponer que esto habrá sucedido bien por alguna necesidad o motivo imperioso que ha de aceptarse, bien porque con estas modificaciones se han perseguido, y logrado, unos objetivos o fines superiores, muy estimables. No estoy seguro de que estas necesidades y estos objetivos sean suficientes para enjugar

las disfunciones que he intentado describir; pero, al menos, veamos si puede anotarse algo en el activo de este torrente legal.

a) Avanzaré, de entrada, una conclusión general negativa. No hablo por mí, de las incomodidades personales que me ha producido, como a otros muchos juristas, la continua modificación de las normas. Me limito a recoger las valoraciones que vengo escuchando periódicamente, desde los años setenta, a muchos responsables políticos que han de hacer uso de la vía contractual para desempeñar su labor, y a funcionarios técnicos encargados de la gestión de los procedimientos. Todos ellos coinciden en la lamentación de que la legislación de contratos públicos, además de prolija y de una considerable complicación, supone un obstáculo considerable para el correcto desempeño de las funciones que han de realizarse con la colaboración de contratistas privados; impone una lentitud incompatible con la rápida ejecución de las tareas administrativas, es de difícil interpretación y, sobre todo, mecaniza en exceso la selección del contratista, obligando a elegir muchas veces al que se considera menos adecuado. Y, añaden, todos estos obstáculos no se han allanado con las sucesivas reformas, sino que se han incrementado.

Ante este desolador balance es necesario preguntarse cuáles son sus causas, por qué la legislación de contratos resulta tan insatisfactoria y cuáles son las circunstancias que han impulsado su cambio.

b) Desde su primera gran reforma, en 1995, es evidente que la motivación primordial de los sucesivos cambios se ha encontrado en la necesidad de transposición de las recurrentes Directivas comunitarias, cuya progresiva ambición regulatoria ha incrementado exponencialmente la extensión y complejidad técnica de este sector de la legislación.

Y este es un punto en el que conviene ser especialmente claros y críticos: desde nuestro ingreso en la entonces CEE, los juristas españoles han mantenido una actitud de arrobamiento infantil ante la normativa que nos venía de Bruselas, a la que hemos valorado como la suma de todas las virtudes posibles. Y me parece que ya es hora de abandonar este papanatismo pueblerino: la normativa comunitaria, en términos generales, y especialmente la de contratos, es un desastre sin paliativos, que ha ocasionado en todos los Estados miembros dificultades sin cuento, complicando y retardando la acción pública sin apenas beneficios funcionales. Y esta es una opinión que comparte la inmensa mayoría de nuestros colegas juristas de otros Estados, aunque ellos, igual

que nosotros, no se atrevan a decir en público aquello de *le roi es nu*. He sido siempre un europeísta convencido, y creo que debemos obedecer lealmente las normas emanadas de las instituciones; pero prestarles nuestra adhesión intelectual, en absoluto, porque la normativa comunitaria es un constructo gigantesco que reúne todos los defectos y muy pocas de las virtudes de la propia de los Estados miembros, y que, por tanto, hemos de sufrir con resignación. Las primeras Directivas en materia de contratos eran de alcance modesto y, con ciertas reservas, resultaban aceptables; la de marzo de 2004, mucho más ambiciosa, era ya altamente cuestionable en su complejidad sin sentido; y las que se hallan en elaboración en los días actuales producen auténticos estremecimientos.

Es fácil adivinar por qué estas Directivas son tan insatisfactorias. Ello se debe, a mi juicio, al peculiar procedimiento de su elaboración, que parte de la iniciativa de unos funcionarios comunitarios que desconocen las particularidades profundas de las Administraciones de los Estados miembros y de su respectivo mercado de compras públicas; y a dichas iniciativas se suman luego las ocurrencias de todo género que van añadiendo los representantes técnicos de cada uno de los Estados, que actúan, además, sin el filtro de racionalidad de sus respectivos responsables políticos.

b) Pero los defectos de nuestra legislación no son solo imputables a Bruselas. Los poderes normativos españoles habían hecho ya importantes alardes de complicación al aprobar los tremendos Reglamentos de la primera Ley de Contratos en 1967 y 1975, que la regulación ulterior ha ido incorporando. Aquellos Reglamentos que hemos heredado se redactaron bajo una óptica de preocupación principalmente hacendística: me refiero al afán de control que siempre ha caracterizado a ese Ministerio respecto de los Departamentos inversores (a los que siempre ha considerado como unos derrochadores impenitentes y tendencialmente corruptos) y a la desconfianza visceral que refleja respecto del contratista tipo, en el que se ve siempre a un pirata despachado, solo atento a captar fondos públicos para su negocio. Dicho afán ha dado lugar a la acuñación de unos procedimientos de extraordinaria complejidad que, sencillamente, no sirven para el objetivo principal que parece debe perseguir cualquier normativa de contratos: elegir al mejor contratista ejecutor al precio más razonable que quepa.

Hay, pues, muchos procedimientos comunitarios que mejorar y muchos prejuicios sin fundamento de que prescindir si queremos realmente mejorar esta legislación, que es cada día más inmanejable.

VI

Y, tras las causas, los objetivos. ¿A qué elevados fines ha servido este incesante cambio de regulaciones y esta progresiva complicación? Tales fines han existido, desde luego; pero, en mi opinión, no se han conseguido en absoluto o, en el mejor de los casos, solo en una mínima parte.

a) El primero y más importante de ellos, y en lo que afecta a la normativa comunitaria, consistió en **la creación de un mercado único, europeo, de compras públicas**. Y es ya hora de reconocer que este objetivo se ha saldado con un rotundo fracaso.

Era de una ingenuidad enternecedora pensar que bastaba con la publicación de los anuncios en el Diario oficial de la Comunidades y la equiparación jurídica entre las empresas españolas y las comunitarias para asegurar que estas últimas concurrirían en masa y con naturalidad a las licitaciones de un país ajeno al propio. Basta echar una ojeada al Registro público de contratos para comprobar que la inmensa mayoría de estos se han adjudicado a empresas españolas; y lo mismo sucede en los restantes países de la Unión. La participación de empresas comunitarias en licitaciones de países ajenos al propio se ha producido, aunque en grado escaso, a través de vías que nada tienen que ver con las ofrecidas por la legislación de contratos: integrándose en UTEs licitadoras como aportantes de tecnología o de financiación; creando filiales en España o adquiriendo sociedades en nuestro país; o asociándose con algún *partner* local provisto de buenos contactos con las autoridades adjudicadoras. Todo ello revela que los mercados de compras públicas siguen siendo extraordinariamente cerrados: no solo por razones de corrupción o connivencia, que también las hay, sino por la desconfianza que suscitan a los responsables políticos las empresas ajenas o extrañas; la ejecución de cualquier contrato requiere un alto grado de flexibilidad y de interlocución entre la Administración y el contratista, que deben compartir un extenso catálogo de valores implícitos, un amplio conjunto de pautas culturales que las empresas extranjeras desconocen.

Sería seguramente mucho pedir que las instituciones comunitarias emprendieran un proceso de reflexión, no triunfalista, para analizar en qué medida se ha logrado el objetivo de la apertura de los mercados de compras públicas. Y sería mucho pedir porque la conclusión sería, muy probablemente, la de la falta de necesidad de toda esta abrumadora floresta de directivas de contratación; la internacionalización de las economías se mueve por caminos totalmente distintos.

b) Segundo objetivo, mucho más local que el anterior, **la lucha contra la corrupción en las adjudicaciones de los contratos**, un objetivo al que, al menos nominalmente, han contribuido tanto las Directivas comunitarias como las propias ocurrencias del legislador interno, intentando objetivar al máximo los criterios de adjudicación y reforzando los sistemas procedimentales de garantía y objetividad.

En este orden de cosas, los magros resultados conseguidos están también a la vista. Todas las sofisticadas estructuras normativas ideadas para dificultar los incentivos a la corrupción no han servido de nada; sencillamente, porque no se pueden poner puertas al campo. La llamada corrupción es un mal tan viejo como la humanidad, que existe en todos los países en mayor o menor grado (incluso en los teóricamente más avanzados o democráticos), y cuyo nivel relativo no depende en absoluto de la regulación de los contratos públicos, sino de otros elementos ambientales que sería muy largo relatar aquí: principalmente, el régimen de financiación de los partidos políticos y su transparencia, el nivel de profesionalidad, preparación y retribución de los responsables públicos, los sistemas de control *a posteriori* de los supuestos de enriquecimientos de origen opaco, y la ética general de la población en cuanto al manejo escrupuloso de los fondos presupuestarios. Se trata de un fenómeno complejísimo, transversal a todos los gobiernos, países y regímenes políticos, y que es inútil intentar yugular con medidas procedimentales simplonas y arbitrarias, como las que establece la normativa de contratos públicos, que sirven de muy poco: estoy íntimamente convencido de que el nivel de corrupción que existe en este sector, en España y en cualquier otro país de la Unión, no sería mayor si no disfrutáramos de esta abrumadora legislación contractual.

Pero no se trata solo de la lucha contra la corrupción de la que habla la prensa cada día. La complejidad aberrante de la normativa de contratos tiene mucho que ver, como antes decía, con la tendencia obsesiva de las autoridades financieras a considerar a todos los departamentos inversores, sin

excepción, como pésimos administradores de los fondos públicos y como corruptos en potencia. Esta anomalía psíquica es igualmente transversal: se da en todas las organizaciones, públicas y privadas; los *controller* financieros de todas las organizaciones se comportan exactamente de la misma manera, y tienden a complejificar *ad infinitum* las cautelas procedimentales tendentes a reducir el gasto y a atar corto a los que tienen la responsabilidad de gastar; una obsesión que no solo se debe a un rigor calvinista en el manejo de los fondos, sino también al deseo de incrementar cuotas de poder en la organización respectiva.

Todas estas preocupaciones han llevado a resultados paradójicos, que son contradictorios e incompatibles con los objetivos que se persiguen. Permítanme que me refiera, para demostrarlo, al que me parece uno de los preceptos más importantes del texto refundido hoy en vigor, el artículo 150, que se refiere a los criterios de adjudicación de los contratos. En él, los legisladores (conjuntamente, el nacional y el comunitario) hicieron un esfuerzo denodado por objetivar y racionalizar dichos criterios; y su resultado ha sido, justamente, el opuesto al que se perseguía. En su preocupación por evitar los supuestos de adjudicaciones arbitrarias y caprichosas, se ordena que la valoración de las proposiciones de los licitadores deberá realizarse atendiendo “a criterios directamente vinculados al objeto del contrato” (lo cual es una soberana obviedad, por cierto). Y a esta obviedad sigue una larguísima enumeración, ejemplificativa, de conceptos rigurosamente indeterminados:

“la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes”.

Si dejamos a un lado algunos criterios de naturaleza marcadamente populista, los restantes son, por así decir, indiscutibles. Pero su juego conjunto conlleva dos efectos:

Primero, la irrealidad de los pliegos de prescripciones técnicas y de las ofertas; los primeros, porque, cuando concretan dichos criterios, definen un escenario ideal y completamente alejado de la realidad de las cosas; un escenario que fuerza a las empresas licitadoras a confeccionar una oferta igualmente idílica y escasamente creíble, y cuya elaboración, además, requiere un esfuerzo desproporcionado. Huelga decir que todos estos criterios, que deberían presidir también la ejecución de cada contrato, se esfuman tras la adjudicación.

Y segundo, que la utilización conjunta de todos o de varios de estos criterios conduce a un sistema de valoración prácticamente discrecional, por la presencia de factores de objetivación imposible (¿qué son “el valor técnico” o “las características estéticas o funcionales”?). Y la baremación de los criterios es tan arbitraria e incontrolable, salvo casos de exceso notorio, como la asignación de puntuaciones concretas: ¿por qué las características medioambientales se puntúan de 0 a 4, y no de 0 a 12?; o ¿por qué se asignan a una oferta cero puntos por alterar en concreto la planificación óptima de las obras, y tres o cinco a quien respeta religiosamente la prevista en el pliego?

Lo que quiero decir, en suma, es que toda esta regulación constituye un perfecto ejemplo de los fantasmas de la razón, en el que el esfuerzo por la máxima objetivación lleva al máximo nivel de subjetividad y discrecionalidad concebibles.

Y no quisiera dejar de aludir, por la sorpresa que me produce, al párrafo segundo del apartado 1 de este artículo 150, según el cual “cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”. En el extremo opuesto a la multiplicidad de criterios de apreciación discrecional, la subasta pura y dura, lo que constituye un verdadero salto sobre el abismo: esto es, después de los numerosos intentos por racionalizar la contratación, introduciendo sutilísimos criterios de valoración de las ofertas, retornamos, en un túnel del tiempo, al criterio de la subasta, que se implantó en España a mediados del siglo XIX. Lo cual, igual que en aquella ocasión, no persigue más que dos fines: la lucha contra la corrupción y la economía de gastos del sector público.

No dedicaré mucho tiempo a justificar mi discrepancia radical con este criterio prioritario de adjudicación, porque la doctrina clásica ya lo dijo todo sobre él en su momento. Me limitaré a recordar dos evidencias: primera, que

la subasta no evita la corrupción, porque nada hay más fácil que informar privadamente de la oferta de los competidores al licitador al que quiere favorecerse, para que la mejore bajo cuerda. Y segunda, que la subasta es un incentivo muy poderoso para la práctica de precios irrealistas o predatorios, que el artículo 152 del texto refundido propicia al regular las ofertas temerarias; precios que solo persiguen la captación a pérdida de un cliente importante, y que luego se intenta compensar por la vía de los modificados o de la obtención de ventajas en las sucesivas licitaciones. Mucho más gráficamente lo decía, en los años veinte del siglo pasado, Don Recaredo Fernández de Velasco: ni yo, ni el Estado, somos lo bastante ricos como para comprar barato.

c) Tercer objetivo que han perseguido las reformas impuestas por la normativa comunitaria: **la unificación de las legislaciones de los Estados miembros**. No seré yo quien niegue la legitimidad de este objetivo: pero la forma de conseguirlo me parece completamente desafortunada, por dos razones básicas y elementales.

Primera, porque el contenido de las Directivas comunitarias es casi exclusivamente procedimental, como lo es el vigente texto refundido: las reglas de fondo definitorias de los derechos y obligaciones de las partes en la fase de ejecución del contrato (que son las que realmente importan) son proporcionalmente muy escasas. No es de extrañar que los expertos en derecho privado muestren su extrañeza ante una legislación “de contratos” que es, antes que nada, un manual de procedimientos dirigido a funcionarios. Es evidente que un manual de estas características es indispensable; pero ello choca con la diversidad irreductible de las normas básicas que, en cada Estado miembro, regulan los poderes de las Administraciones en las relaciones jurídicas que entablan con los particulares; normas cuya unificación el derecho comunitario no ha pensado siquiera en emprender, y que conducen a resultados chocantes. No hay posibilidad razonable de unificar los procedimientos de contratación si las normas vertebrales reguladoras del procedimiento administrativo general no son las mismas, o muy similares.

Para demostrar esto acudiré a algún ejemplo que tomo de la nueva regulación de los novísimos recursos especiales en materia contractual, cuya dinámica se está revelando como difícilmente conciliable con nuestro sistema de justicia administrativa. Me refiero a los supuestos, nada inusuales, en los que el tribunal u órgano de resolución de recursos estima el interpuesto por un licitador, desautorizando el criterio adoptado por la Administración con-

tratante. Y ello puede dar lugar a dos situaciones insólitas: una, que el licitador al que el tribunal de recursos hubiera dado la razón no comparezca en el proceso, en cuyo caso nos hallaremos ante un singular proceso sin contraparte; y otra, que hubiera comparecido, lo que lleva a una inversión de las posiciones procesales clásicas, semejante a la que se da en los recursos de lesividad (lesividad que, sin embargo, prohíbe el artículo 49.1 del texto refundido). Es cierto que estas situaciones tienen solución: lo que quiero es meramente ilustrar que las regulaciones específicas en materia contractual chocan con frecuencia con las generales, con consecuencias imprevistas. Y hay otros muchos casos: por ejemplo, el empeño de nuestra legislación de mantener el criterio de cómputo de los plazos en días naturales, en lugar de días hábiles (DA Decimosegunda del texto refundido), o el criterio general del silencio negativo frente al opuesto establecido por el artículo 43.2 de la Ley 30/1992.

Y segunda, porque el mismo efecto se produce ante la falta de unificación de las reglas de fondo que, en el derecho privado, regulan los contratos paralelos. Me parece inútil intentar unificar la regulación de los contratos de obras, por ejemplo, cuando la forma en que se concibe el arrendamiento de obra, en los Códigos y en la jurisprudencia civil de los países pertenecientes a la familia romano-germánica, es muy distinta de la configuración que tiene en los países de *common law*.

d) Y me resta solo aludir, muy brevemente, al nulo resultado que ha ofrecido el objetivo (si es que alguna vez ha existido realmente) de **la agilización de los procedimientos de contratación**; procedimientos que, en contra de toda lógica de eficacia, se han ido reformando sucesivamente en el sentido de una complicación y sofisticación progresivas, que dilatan de manera insostenible el tiempo que media entre la decisión de contratar y la fecha de comienzo de la ejecución efectiva de cada contrato. La tan criticada creación de entes atípicos que, hasta 2007, permitían contratar en la misma forma que lo hace una empresa privada, tuvo su razón de ser no tanto en la búsqueda exclusiva de canales de corrupción (aunque también los hubo, desde luego) cuanto en la huida de un marco procedimental que inutiliza las iniciativas para contratar por el tiempo desusado que exige su puesta en práctica. Me parece contradictorio que unas instituciones comunitarias tan preocupadas por la liberalización, la agilidad y la productividad de todos los operadores, públicos y privados, se empeñen en imponer unos procedimientos retardatarios e imposibles a los principales sujetos de la contratación de cada uno de los Estados miembros. Máxima libertad para que los operadores privados pongan en

práctica sin apenas cortapisas sus *start-up* de actividades productivas y de inversión (Directiva Bolkenstein dixit), y máximos obstáculos para que los principales inversores de cada economía, las Administraciones Públicas, hagan lo mismo. En términos macroeconómicos, esto no tiene ninguna lógica.

Y no solo eso: el empeño obsesivo, lindante con lo ridículo, que las normas comunitarias (y el Tribunal de Luxemburgo) han mostrado en perseguir todo desviacionismo y en llevar al redil de la normativa de contratos a toda entidad u organización que desprenda un leve aroma a público (fruto de lo cual es el delirante catálogo que figura en el artículo 3 del texto refundido) ha llevado a inconsecuencias que parecen extraídas de una revista de humor: me refiero, por ejemplo, al régimen de contratación de las entidades públicas empresariales, a las que la ley niega expresamente la condición de Administraciones Públicas (art. 3.2.e) y a las que parece querer facilitar su labor estableciendo que todos sus contratos serán privados (art. 20.1), siendo así que la preparación y adjudicación de estos contratos se encuentran sometidas a las mismas reglas que los de naturaleza administrativa (art. 20.2); de manera que una entidad que sustantivamente es una Administración pública se ve obligada a celebrar contratos con los mismos requisitos formales y de procedimiento que los administrativos, pero en cuya ejecución se encuentra desprovista de todos los poderes de autotutela que lógicamente debería ostentar.

VII

Debo terminar ya, resumiendo. La evolución acelerada de la normativa de contratos públicos ha seguido una senda de continuo incremento en extensión y complejidad, generando unos cuerpos legales enormes, confusos e inextricables en el que muy pocos saben orientarse.

Ello ha llevado a consecuencias disfuncionales sumamente graves: la creación de un ambiente de inseguridad jurídica, la eliminación virtual de la jurisprudencia como fuente de interpretación y de cobertura de lagunas y, sobre todo, la aparición de niveles crecientes de incumplimiento y desconocimiento de la normativa, con el riesgo asociado, para los gestores públicos, de ser imputados por supuestos delitos de prevaricación.

Y, en contrapartida, esta legislación no ha logrado un grado de consecución mínima de los objetivos que supuestamente ha perseguido: no ha conseguido crear un auténtico mercado único de compras públicas; no ha disminuido un ápice el nivel de corrupción; no ha logrado más que muy parcialmente la unificación de regímenes jurídicos; y, desde luego, no ha agilizado los procedimientos de contratación, sino todo lo contrario.

En definitiva, la historia de la legislación de contratos es la crónica de un completo fracaso, sobre el que ya es hora de llamar la atención. Hemos creado, para alojar el mercado de compras públicas, un hogar enorme e inhóspito, incómodo, constrictivo y complicado de entender y gestionar, rasgos que explican, aunque no justifiquen, los intentos de salirse del mismo; y, para mayor pesimismo, un hogar que se ha terminado convirtiendo en una suerte de establecimiento penitenciario, donde son severamente abortados todos los intentos de fuga, y que no tiene perspectiva alguna de desaparecer, porque ello requeriría que las instituciones comunitarias reconociesen su fracaso en una política en la que han puesto tanto empeño.

Pero la esperanza de que algún día se recobre la lucidez y se dé marcha atrás no puede abandonarse. A principios de los años ochenta, la guerra fría entre los dos bloques parecía que nunca tendría fin, y en 1989 se produjo el milagro. Y en tanto que el muro cae, conformémonos con los pequeños alivios y tolerancias que esta normativa aún nos permite: parafraseando a Humphrey Bogart en la escena final de Casablanca, siempre nos quedarán los contratos menores y los convenios de colaboración.

PRIMERA MESA REDONDA

Constituía el objetivo de la mesa, analizar la problemática planteada por el continuo proceso de transformación al que se veía sometida la legislación de contratación de las administraciones públicas y, con dicha finalidad, la permanente reforma fue abordada desde una perspectiva tanto genérica como específica, planteando asimismo las carencias que, pese a los sucesivos cambios, persistían con la consiguiente desfavorable repercusión en la seguridad jurídica. La comunicación final vino a constatar que, en el momento actual, el proceso de cambio sigue en la regulación de la contratación pública.

Así, la ponencia desarrollada por el profesor Santamaría Pastor aportó datos sobre la dimensión del continuo proceso de reformas, dando a conocer que la relevancia del mismo no solo se deriva del acelerado ritmo del cambio, sino también del número de modificaciones introducidas y de las dimensiones físicas del contenido normativo. Se destacaron los múltiples efectos perversos que la quiebra de la directriz, que exige la estabilidad de la norma, provoca en la planificación de la actividad empresarial y por tanto en la seguridad jurídica. El incumplimiento de las leyes por su desconocimiento ante tan continuos cambios resulta asimismo afectado y, de igual manera, se impide la formación de una doctrina y jurisprudencia que proporcionen elementos interpretativos tan necesarios en este tipo de legislación complicada. Incidió en que los sucesivos cambios ni siquiera han venido a resolver los problemas prácticos que se plantean, relacionados con la lentitud de los procedimientos objeto de regulación, con las dificultades de interpretación a las que colabora la necesidad de transposición de las complicadas Directivas comunitarias y con la elección de unos mecanismos no acertados para seleccionar a los contratistas.

Tampoco el incesante cambio ha conseguido los objetivos marcados para alcanzar el mercado único europeo de compras públicas, el freno a la corrupción, la unificación de las legislaciones de los Estados miembros y la agilización de los procedimientos de contratación. Así, en cuanto al primero, se olvida que la equiparación entre empresas comunitarias se ve dificultada por las diferencias de valores y culturales que motivan que los responsables políticos

desconfíen de las empresas extrañas. En cuanto al segundo, la corrupción, no depende de la regulación de la contratación pública sino de otros elementos ajenos, más vinculados a la ética general en el manejo de fondos presupuestarios. Ni siquiera la fijación de la subasta como criterio de adjudicación evita la corrupción y, por el contrario, impide la elección del contratista más adecuado. El tercer objetivo resulta de difícil consecución dadas las importantes diferencias de base entre los distintos ordenamientos europeos. Las sucesivas reformas han ido complicando cada vez más los procedimientos de contratación frustrando el objetivo de agilización normativa.

La siguiente intervención, bajo el revelador título de “*¿Es el recurso especial la solución o el problema?*” corrió a cargo del Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Don Gerardo Martínez Tristán. Se analizó más concretamente el recurso en materia de contratación que, calificado como institución estrella, fue introducido novedosamente en una de las reformas sufridas por la legislación de contratación pública. Tal y como anticipaba el título, la intervención cuestionó la reforma operada con la creación de dicha figura por estimarla ineficaz, dentro de la configuración actual del recurso contencioso administrativo, concluyendo que ha provocado problemas donde no los había. Señaló que las disfunciones se producen, en diversos aspectos (posible concurrencia de varias clases de impugnación, problemas de competencia de órganos judiciales, coexistencia de suspensión cautelar junto con suspensión automática de la eficacia del acto objeto de recurso), al existir en numerosas ocasiones múltiples interesados y haberse configurado el recurso con carácter potestativo. Aporta datos que revelan que en la jurisdicción madrileña en contadas ocasiones se acude al recurso contencioso administrativo contra las resoluciones emitidas por los Tribunales de Contratación. La desfavorable crítica motivó la intervención de los presidentes de algunos de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública presentes entre el público, que pusieron de relieve los efectos beneficiosos derivados del recurso especial al tratarse de un procedimiento accesible y cercano con el que se obtiene una respuesta rápida a las controversias suscitadas, con suspensión inmediata del procedimiento de adjudicación, disminución de la litigiosidad y, por ende, descarga de trabajo a los órganos judiciales. Sin negar las disfunciones que estimaron lógicas al tratarse de figuras nuevas, en tanto estas son susceptibles de futura corrección, los indudables beneficios predicables de dicha figura concluyeron que justificaban la reforma operada en dicho sentido.

La intervención de Don Juan José Lavilla aportó la experiencia profesional en el ámbito de contratación pública, señalando las importantes lagunas de la norma que, por su relevancia desde el punto de vista económico, preocupan a las empresas que deciden contratar con la Administración. La falta de regulación clara es la culpable no solo de que se susciten un gran número de litigios en la ejecución del contrato, sino también de que, ante la falta de conocimiento exacto del riesgo que se asume, se renuncie a contratar con la Administración o se incremente el precio del contrato, incidiéndose negativamente en la adecuada gestión de recursos públicos. La intervención puso de relieve los puntos oscuros de la legislación objeto de estudio, constituyendo una valiosísima aportación que, sin duda, debería ser tenida en cuenta en futuras modificaciones normativas en orden a conseguir un marco jurídico claro que fomente la inversión tanto nacional como extranjera, que otorgue seguridad jurídica a la Administración y al contratista y que redunde en la reducción del coste de financiación de los proyectos y en beneficio de los recursos públicos. Se analizaron las dudas que concurren en torno a elementos tan determinantes para la financiación de los proyectos como las características de la obligación de mantenimiento del equilibrio económico financiero, poniendo de manifiesto las deficiencias de la norma en la regulación de los supuestos para que opere este deber de restablecimiento (cláusula de progreso o quién ha de ser la Administración causante del desequilibrio para que opere el "*factum principis*"), cuál ha de ser el porcentaje del desequilibrio o el parámetro (Precio o Tasa Interna de Retorno) sobre el que ha de aplicarse tal porcentaje, si ha de restablecerse en su integridad el equilibrio roto o no. En la regulación de la extinción de la relación contractual, también se detectan puntos oscuros que afectan a la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA), en los casos de extinción anticipada del contrato. De esta responsabilidad, que constituye la principal garantía de financiación, la ley omite aspectos tan determinantes como los plazos de fijación y pago, la clase de interés moratorio y la situación jurídica del derecho de crédito a la RPA, cuando se produce el concurso de la contratista. Se resaltó este aspecto que influye directamente en la financiación de este tipo de contratos y que, por tanto, exige una urgente aclaración normativa que supere las posturas contradictorias que se presentan en la práctica, con la finalidad de dilucidar si el derecho de crédito a esa RPA pertenece al deudor concursado o al acreedor pignoraticio, con las importantes repercusiones que una u otra opción implican en cuanto al carácter privilegiado del crédito y a su integración o no en la masa del concurso.

La comunicación presentada por el letrado del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Eduardo Pflueger, se centró en el proyecto muy avanzado de una nueva directiva sobre adjudicación de contratos de concesión, que evidencia que la etapa de reformas no ha acabado y que el momento de la estabilidad de la normativa reguladora de la contratación pública no ha llegado todavía. El cambio, en esta ocasión, afecta al equilibrio económico financiero, extremo analizado por el profesor Lavilla en su intervención, como ejemplo de regulación insuficiente en la normativa actual. El proyecto de Directiva acaba con la inseguridad jurídica en este aspecto de una manera drástica, poniendo fin al derecho al equilibrio económico financiero en el campo de las concesiones públicas, estimando que el concesionario ha de asumir el riesgo de la operación (riesgo operacional sustancial) sin que sea viable garantizar la recuperación de los costes para explotar la obra o el servicio. El proyecto aporta la ansiada seguridad jurídica, pero no se le escapa al comunicante la repercusión negativa que de cara a las futuras inversiones puede producir este entierro del Derecho al equilibrio económico financiero en las concesiones públicas.

Dña. Rosario Laina Valenciano
Consejera electiva del Consejo Consultivo

¿ES EL RECURSO ESPECIAL LA SOLUCIÓN O EL PROBLEMA?

D. GERARDO MARTÍNEZ TRISTÁN

I

Ya el título de la ponencia principal: “La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública” apuntaba maneras; después de escuchar el contenido de la misma, expuesta de una manera tan brillante por el profesor Santamaría Pastor, ninguna duda existe de la opinión que le merece este afán desaforado de engrandecer la llamada “legislación motorizada” en materia contractual.

He de significar que comparto plenamente su opinión.

Ciertamente esta materia de contratación pública ha sido una de las más afectadas por los constantes cambios normativos aunque no la única. Sí en materia de contratación pública la ya lejana Ley de Contratos del Estado se ha visto modificada en las innumerables veces que ha dicho el profesor Santamaría, no menos reformas ha tenido, por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial o la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativo de 1998.

Y qué decir del contenido de las normas. Por poner un ejemplo clásico, frente al artículo 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativo de 27 de diciembre de 1956, según el cual “procederá la suspensión (de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso), cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil”, de clara redacción, comprensión sencilla y de fácil interpretación, la Ley de 1998 en sus artículos 129 y siguientes han complicado la interpretación innecesariamente, introduciendo preceptos, como es el caso del artículo 135, —donde se regulan las medidas cautelares inaudita parte—, solo comparable, en lo farragoso e ininteligible, con el artículo 78 de la misma ley, al regular el procedimiento abreviado, o el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al regular el recurso especial en materia de contratación.

II

Ya se nos ha dicho que las últimas reformas en esta materia han estado condicionadas por los imperativos del derecho comunitario europeo. Y aún siendo esto cierto no lo es menos que los caminos elegidos no han sido siempre los más idóneos.

Hablo por ejemplo del recurso especial en materia de contratación, introducido por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico con la intención de hacer más eficaz nuestra legislación administrativa en esta materia.

Aunque aún es pronto para juzgar los resultados de esta reforma, habida cuenta el escaso tiempo que lleva vigente este especial recurso administrativo, tengo la impresión que si el procedimiento administrativo y las decisiones que en él se adoptan, en la mayoría de los casos, no es más que la premisa fáctica y jurídica de un ulterior proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativo, no podía afirmarse que se haya conseguido la pretendida eficacia en tanto no se produzca una reforma en profundidad del recurso contencioso-administrativo, de tal manera que, en frase coloquial, se le dé la vuelta del revés, porque el actual proceso y, en general, la organización judicial en la que se enmarca, son absolutamente ineficaces, amén de inseguros, aunque respecto de la seguridad jurídica nada ha pretendido introducir el recurso especial.

III

Desde el punto de vista cuantitativo, puede afirmarse que el recurso especial es un problema casi ajeno a la jurisdicción.

Hasta el momento ha tenido muy escasa incidencia procesal, no así administrativa. Según la Memoria del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, durante el año 2012 entraron 166 recursos especiales y en el año 2011 (desde el día 10 de mayo de 2011, fecha de constitución del Tribunal) entraron 115 recursos especiales.

De estos recursos, la mayor parte (36%) procedieron de los Municipios y, en segundo lugar, de los Hospitales (31%) y se refirieron a los contratos de servicios (52%) y suministro (37%).

De las resoluciones emitidas por el Tribunal, la mayoría fueron desestimatorias (el 37%), en segundo lugar fueron de inadmisión (27%) y estimatorias (total o parcial) el 26%.

Sin embargo, en la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, órgano judicial competente para conocer de ello, durante el año 2012 ingresaron 3 recursos frente a las decisiones (de toda índole) del Tribunal de Contratos, incrementándose algo en el primer trimestre de 2013, en el que ingresaron 5 recursos especiales.

Frente a este escaso impacto del recurso especial, en materia de contratación, en el proceso contencioso administrativo, en general (exceptuando la contratación local y la de los hospitales, que no es competencia de la Sala, sino de los Juzgados), la Sala ingresó 186 recursos durante el año 2012 y 59 recursos en el primer trimestre de 2013.

Ignoro el número de recursos interpuestos en materia de contratación local o de los hospitales madrileños ante los Juzgados, pero entiendo ha de ser muy superior al escaso número de recursos interpuestos contra las decisiones del Tribunal de Contratación, como acabamos de ver.

IV

A la luz de estos datos, la pregunta a formular sería si era necesario introducir esta figura, —que veremos, no es ni extraña, ni ajena a nuestro ordenamiento jurídico, en otras parcelas—, o era suficiente con potenciar los instrumentos ya existentes.

Creo que esa misma finalidad se hubiera conseguido con los instrumentos jurídicos con los que ya se contaba tanto en el procedimiento administrativo como en el proceso judicial sin necesidad de instaurar una reforma tan alambicada.

Porque la mayoría de las novedades del recurso especial: la suspensión automática con la interposición del recurso, la celeridad en la resolución del mismo, etc., ya estaba y está, bajo algunas condiciones, en el procedimiento administrativo, en algunas de sus parcelas, como el tributario, y sobre todo en el proceso contencioso administrativo, al menos desde la Ley de Protección

Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (Ley 62/78, de 26 de diciembre) etc, y actualmente se encuentra en preceptos muy recientes como el artículo 122 bis de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, sobre autorización judicial a que se refiere la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

En materia de contratación quizás lo más novedoso es que la relación jurídica es o puede ser, en la mayoría de los casos, triangular o multilateral, y esto exige un tratamiento específico; pero no menos complicada es la relación jurídica que, con frecuencia, se entabla en los procedimientos de selección de personal y sin embargo no han precisado de una reforma como la que nos ocupa; no porque no sean ineficaces, que lo son en muchos casos, —supongo que ni más ni menos que en materia de contratación—, sino porque esta materia preocupa especialmente a los poderes públicos, dada su, a veces, enorme trascendencia económica. Una vez más el peso de lo económico cuenta mucho más que la pulcritud del Ordenamiento Jurídico.

No es baladí, como corolario de esta afirmación, que los Tribunales administrativos de contratación están adscritos al Ministerio de Economía o a los órganos homólogos de las Comunidades Autónomas.

V

En cualquier caso, el recurso especial no es una figura extraña al Ordenamiento Jurídico español.

El artículo 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común prevé que la Ley pueda sustituir el recurso de alzada (y también el potestativo de reposición), en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, etc, ante órganos colegiados no sometidos a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios de la propia Ley de Procedimiento Administrativo. Dentro de esta categoría, el mismo precepto alude a la reclamación económica administrativa, que se regirá por su legislación específica.

Precisamente la figura más cercana al recurso especial y a su configuración actual, en el que el llamado a resolverlo es un órgano especializado, funcional-

mente independiente, es la reclamación económico administrativa y los Tribunales Económico administrativos.

Sin embargo la diferencia fundamental es que mientras que en la legislación actual el recurso especial se configura como potestativo, en el ámbito de las reclamaciones económico administrativas, su equivalente, la reclamación es preceptiva, convirtiéndose en exigencia para el agotamiento de la vía administrativa.

VI

Aún no siendo una figura extraña, es lo cierto que se le ha dotado de unas características que no solo lo hacen bien diferente, sino que se aparta de los principios y conceptos generales de los recursos administrativos, lo que, además, puede ser fuente de conflicto. Me refiero a su carácter potestativo, al agotamiento de la vía administrativa, al régimen competencial judicial que provoca y, en fin, a la suspensión automática del procedimiento de contratación cuando se interpone frente al acto de adjudicación.

El carácter potestativo del recurso especial, en su configuración actual, que no en la originaria de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, es una de las, a mi juicio, mayores anomalías que reprochar a la ley actual.

Si la finalidad de la existencia del recurso especial, —y de su resolución por parte de un Tribunal especializado—, es lograr la mayor eficacia posible en fase precontractual, nada hay más ineficaz, por concepto, que lo potestativo, esto es lo que se deja a la voluntad de los interesados.

Además de ello, ontológicamente es contrario a los principios generales de la LPA diseñar un recurso administrativo, aunque sea especial, que es potestativo y sin embargo proclamar que las resoluciones que concluyan los recursos especiales agotan la vía administrativa. Esto no puede ser así desde la perspectiva de la LPA. En efecto la LPA, en su artículo 109 determina, bajo el título “fin de la vía administrativa”, que ponen fin a la vía administrativa, además de las resoluciones de los recursos de alzada, en lo que ahora importa, las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2.

Y por ello el artículo 49 de la LCSP de 2011, establece que frente a la resolución del recurso especial solo cabrá recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de que se trate, —si procede de un Tribunal Contractual territorial o del Central pero en materia de contratación autonómica o local— o de la Audiencia Nacional, —si se trata de contratos de la Administración del Estado—, en relación con el artículo 25.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa, que regula como objeto del recurso, los actos de la Administración Pública, que pongan fin a la vía administrativa.

Pero precisamente, porque solo es posible que el objeto del recurso contencioso administrativo lo sean los actos que pongan fin a la vía administrativa, como quiera que el carácter potestativo del recurso especial, implica que los actos contractuales, —que es posible recurrir en recurso especial—, también pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo directo, sin pasar previamente por la vía del recurso especial, esto no puede significar otra cosa que los actos contractuales recurribles agotan por sí mismos la vía administrativa, por lo que pueden ser objeto de recurso contencioso administrativo o bien de recurso especial, sin que pueda simultanearse ambos.

Esta configuración del recurso especial, —completamente diferente al carácter preceptivo de la LCSP de 2007—, provoca o puede provocar dos claras disfunciones: la concurrencia de varias clases de impugnaciones, unas administrativas, a través del cauce del recurso especial, que desembocan en procesos judiciales, y otras jurisdiccionales, sobre un mismo procedimiento contractual.

Ello sin contar que en el caso de las Comunidades Autónomas, puede el recurso especial dejar de ser potestativo, al posibilitar la ley que establezcan, si lo juzgan oportuno, recursos administrativos previos al recurso especial, por lo que en tales casos el acto administrativo contractual no agotaría por sí mismo la vía administrativa.

En efecto, las impugnaciones en esta materia contractual, —como ocurre, también en otras materias, señaladamente en la tributaria en la que, en multitud de ocasiones, la relación jurídica procedimental es trilateral: Administración del Estado, Administración del Comunidad Autónoma y obligado tributario, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados; o bien en materia de procedimientos selectivos de empleados pú-

blicos, en los que, casi siempre concurre un codemandado—, se configuran en numerosas ocasiones como una relación multilateral. No es infrecuente que en un mismo procedimiento, varios licitadores sean excluidos, y otros impugnen la adjudicación del contrato en favor de un tercero. En un supuesto como el planteado, se puede dar la circunstancia de que alguno de los excluidos acuda directamente al recurso contencioso administrativo y otros impugnen la exclusión a través del recurso especial y, en fin, otros impugnen la adjudicación, unos por la vía jurisdiccional directa, otros a través del recurso especial.

Aparentemente la situación no puede ser más kafkiana. Pero la realidad, a veces, supera a la ficción. Veámoslo.

En materia competencial, el conocimiento de los recursos contra las resoluciones contractuales procedentes de las Administraciones locales o de las Administraciones Periféricas de las Comunidades Autónomas corresponde a los Juzgados de lo Contencioso administrativo, en única o primera instancia, dependiendo si la cuantía de la pretensión supera o no los 30.000 euros. El conocimiento de los recursos contra las resoluciones que hayan resuelto los recursos especiales en materia contractual, en estos mismos procedimientos contractuales, corresponde a la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia, en única instancia.

En el supuesto comentado, si la contratación procede de la Administración Local o de la Administración periférica autonómica se produce una concurrencia competencial irresoluble “de lege data”, porque la Ley Jurisdiccional no cuenta con mecanismo alguno para resolver un problema que, ni de lejos, pudo plantearse.

En teoría, dos serían las posibilidades de corregir esta situación: la acumulación de procesos o la inhibición a favor de otro órgano jurisdiccional. Sin embargo, ni lo uno ni lo otros es legalmente posible.

En efecto, la Ley Jurisdiccional, en el capítulo relativo a la acumulación, tanto de acciones (pretensiones) como de procesos, —artículos 34 a 38—, solo disciplina la forma de proceder cuando se trata de una acumulación ante el mismo órgano.

Por otra parte, la ley solo regula la declaración de incompetencia, —con la consiguiente remisión de los autos—, cuando el órgano que se considere incompetente realiza tal declaración respecto de aquel órgano que se conside-

re competente, para que ante él siga el curso del proceso (artículo 7.3 de la Ley Jurisdiccional).

¿Qué hacer en estos casos? Es difícil de responder desde un plano teórico, cuando no existe respuesta legal a ello. Pero en la práctica, —no del curso especial que, como hemos dicho, aún casi es un desconocido, al menos, en la jurisdicción madrileña—, se han arbitrado soluciones que tratan de dar una respuesta en la práctica, aplicando principios tales como “el que puede lo más puede lo menos”, asumiendo la competencia la Sala de lo Contencioso administrativo, ante la cual se acumularían los diferentes recursos, en aras de evitar sentencias contradictorias sobre un mismo procedimiento contractual.

VII

Sabido es que otra de las características de la interposición del recurso especial, si el acto recurrido es el de adjudicación, es la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, suspensión que se producirá ope legis, automáticamente, desde ese momento inicial, y se mantendrá hasta tanto el Tribunal de Contratación no se haya pronunciado expresamente acordando el levantamiento de tal medida, —pronunciamiento que debe realizar dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso—, o bien hasta que se dicte resolución que resuelva el recurso especial.

No regula la ley ni la posibilidad, —provocada por la dualidad de posibilidades impugnatorias, antes mencionada—, de que pueda concurrir, junto con la suspensión automática “ex artículo 45 LCSP de 2011”, la suspensión cautelar judicial, prevista en el artículo 129 LJ, cuya vigencia es muy superior, hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, sin perjuicio de la posibilidad de ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento, si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieren adoptado, ni el mantenimiento de la suspensión acordada en vía administrativa (con la interposición del recurso especial) en vía jurisdiccional, como regula el artículo 111 de la LPA, —en sede de suspensión de la ejecución con la interposición de los recursos administrativos—, al prever, en su apartado cuarto, que la suspensión podrá prolongarse después de agotada la vía administrativa, cuando exista medida cautelar, si el interesado interpusiera recurso contencioso administrativo y solicita la sus-

pensión del acto recurrido, en cuyo caso se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial, como ocurre en la reclamación económico administrativa.

Desde luego no es el objeto de esta modesta intervención realizar un estudio en profundidad del recurso especial, sino simplemente, en línea, —no buscada de propósito, sino casual—, con la ponencia principal, poner de relieve dos circunstancias a tener en cuenta, desde la perspectiva judicial actual, sobre una de las instituciones estrella de las últimas reformas de las leyes de contratos, que permitan, además, la reflexión y el coloquio con los participantes en estas jornadas, cuales son la escasa relevancia que está teniendo en orden a modernizar y dotar de eficacia al sistema de reacción y, por ende, de protección de los derechos e intereses legítimos y, por otra parte, la no muy adecuada estructuración del mismo y su encaje sistemático, provocando problemas allí donde no los había.

“OLVIDOS” DEL LEGISLADOR EN LAS SUCESIVAS REFORMAS DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: LA EXPERIENCIA EN MATERIA DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

D. JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA

I. OBJETO DE LA EXPOSICIÓN¹

La presente exposición tiene por objeto dar cuenta de determinados extremos específicos “olvidados” por el legislador en las sucesivas y aparentemente inacabables reformas normativas en materia de contratación pública. Nos hallamos, por consiguiente, ante lo que podría considerarse como la otra cara de la moneda: se modifican constantemente numerosas previsiones contenidas en dicha normativa, pero hay determinados extremos que permanecen inalterados, no obstante plantear en la práctica problemas reales que pudieran merecer, a caso, un tratamiento explícito.

Los extremos concretos “olvidados” a los que se ciñe esta exposición se caracterizan por los rasgos siguientes:

Son, en primer término, extremos que afectan especialmente —aunque no todos ellos de forma exclusiva— a contratos que tienen por objeto la construcción y explotación de infraestructuras (o a operaciones corporativas relativas a empresas titulares de tales contratos). Por consiguiente, la mayor parte de los puntos considerados se refieren a los contratos administrativos típicos con el indicado objeto (concesión de obras públicas, contrato de gestión de servicios públicos con obra previa y contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado), pero también a determinadas figuras contractuales atípicas cuyo objeto es sustancialmente igual al de aquellos pero que carecen de una disciplina normativa específica (se piensa, fundamentalmente, en el contrato mixto, desarrollado sobre todo en el ámbito de la Adminis-

¹ El presente trabajo reproduce, con las adaptaciones estrictamente indispensables, la exposición verbal realizada por su autor el día 25 de abril de 2013 en el seno de la Jornada sobre Contratación Pública organizada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Tal origen explica las características del texto y la ausencia de aparato bibliográfico.

tración autonómica catalana, en cuya virtud esta constituye un derecho de superficie en favor del contratista, el cual, a su vez, construye un edificio que arrienda a la Administración y se obliga al mantenimiento y conservación del mismo, además de a prestar a la Administración determinados servicios auxiliares relativos a la infraestructura distintos del servicio público que aquella gestiona sobre esta).

En segundo lugar, se trata de extremos resultantes de la experiencia profesional de quien suscribe, que, con independencia de su mayor o menor relevancia dogmática, surgen realmente —en ocasiones de forma reiterada— en la práctica contractual.

Por último, son extremos dotados de gran relevancia, en la medida en que la ausencia de regulación expresa y específica de los mismos, bien disuade a potenciales inversores, bien impide o encarece sustancialmente la financiación (con los consiguientes perjuicios para la Administración o para los usuarios de la infraestructura de que se trate), generando en todo caso inseguridad jurídica y ocasionando conflictos entre la Administración y el contratista que en muchas ocasiones acaban residenciándose en vía judicial contencioso-administrativa (con el coste a ello inherente y con el inevitable impacto negativo sobre el espíritu de colaboración entre las partes que debiera presidir la ejecución de estos contratos).

Se trata, pues, de abrir un debate sobre la pertinencia o no de regular estos extremos, más que de pronunciarse al respecto o, en el caso de que se concluya en sentido favorable a la conveniencia de su regulación, acerca del contenido que habría de tener esta.

Por lo demás, y antes de dar cuenta de las cuestiones que se reputan relevantes, parece ocioso destacar que, naturalmente, aquellas son susceptibles de ser respondidas con los mimbres jurídicos actualmente existentes, lo cual no es sino consecuencia de la plenitud del ordenamiento jurídico y de la prohibición de abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos aplicables al caso (artículos 1.7 del Código Civil y 89.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativos, respectivamente, a los órganos judiciales y a los administrativos). Pero, aunque quepan respuestas a las cuestiones planteadas, lo cierto es que las mismas son en todo caso dudosas, existiendo en ocasiones jurisprudencia y práctica administrativa

heterogénea al respecto, lo cual genera altas cotas de inseguridad jurídica que son sumamente perjudiciales para la pretendida involucración del capital privado en la construcción y explotación de infraestructuras públicas.

II. CUESTIONES RELATIVAS AL EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO DE LOS CONTRATOS

Es innecesario detenerse en destacar el carácter esencial —especialmente en las relaciones contractuales de larga duración, como son aquellas a través de las cuales se articula la colaboración público-privada— del principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero de aquellas, recogido expresamente por nuestro ordenamiento jurídico tanto respecto del contrato de concesión de obras públicas (artículo 258.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre —en adelante, “TRLCSP”—) como en relación con el contrato de gestión de servicios públicos (artículo 282 del mismo cuerpo normativo), principio que, por lo demás, ha de compatibilizarse con las potencialmente contrapuestas exigencias del principio, también esencial en la contratación pública, de riesgo y ventura del contratista (artículo 215 del TRLCSP).

Pues bien, en relación con el equilibrio económico-financiero de los contratos la práctica atestigua la existencia de numerosos extremos dudosos y dotados de gran relevancia práctica, a los cuales se alude seguidamente.

Un primer grupo de cuestiones se refiere al denominado *factum principis*, esto es, a los supuestos en los que la Administración, sin modificar directamente el contenido de la relación contractual, adopta decisiones en el ejercicio de otras potestades que, no obstante, inciden sobre la economía contractual. Se trata de una figura que tradicionalmente había vivido extramuros del Derecho positivo, que se incorporó a este con carácter general en virtud de la Ley 13/2003, de 8 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, y que en la actualidad se acoge en los mismos términos, tanto para dicho contrato (artículo 258.2.b) del TRLCSP) como para el contrato de gestión de servicios públicos [artículo 282.4.b)]. En virtud de dichas previsiones, en efecto, la Administración “*deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda*”, cuando “*actuaciones*

de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía” del contrato.

Pues bien, en relación con la figura del *factum principis* —así conceptuada—, se plantean, entre otros, los siguientes extremos:

En primer término, para que entre en juego esta figura, ¿la Administración que realiza la actuación causante del desequilibrio ha de ser necesariamente la Administración contratante o puede ser otra distinta? Y, más en concreto, ¿qué ocurre en el caso de que el desequilibrio sea causado por la Administración territorial matriz del ente institucional contratante?

En principio, no parecería descabellado entender que los mencionados artículos 258.2.b) y 282.4.b) del TRLCSP solo entran en juego cuando la Administración actuante que ha producido de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato es la misma Administración contratante (ello al margen de que, si fuera otra distinta, podría en su caso resultar de aplicación la figura del riesgo imprevisible), y ello en atención a que la misma expresión —“la Administración”— se emplea en los mismos preceptos inmediatamente antes a propósito del *ius variandi*, contexto en el que inequívocamente ha de tratarse de la Administración contratante. Por otra parte, cuando la Administración actuante es ajena a la contratante (elemento de la ajenidad cuya concurrencia podría cuestionarse en el caso de que entre aquella y esta concorra, en cualquier dirección, el elemento de la instrumentalidad propio de las relaciones entre Administraciones territoriales matrices y sus entes institucionales), no parecería existir en principio ninguna razón para que el riesgo sea soportado por la Administración contratantes, con derogación del principio general de riesgo y ventura del contratista.

Ello no obstante, la jurisprudencia dista de ser uniforme al respecto, existiendo también diversos pareceres doctrinales en la materia. Es cierto que existe algún pronunciamiento relativamente reciente del Tribunal Supremo en el sentido de exigir, para que entre en juego la figura del *factum principis*, que quien causa el desequilibrio sea la Administración contratante misma (así, Sentencia de 16 de mayo de 2011, Ar. 4351), pero también lo es que en el pasado el mismo Alto Tribunal se ha pronunciado en términos no exactamente coincidentes, tal como se recoge, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 1577/2006, de 2 de octubre, JUR/2007/118432). Así pues, no puede dejar de reconocerse la exis-

tencia de una notable incertidumbre en la materia que acaso pudiera merecer su definitiva aclaración por vía normativa.

En segundo lugar, ¿cuándo tiene carácter sustancial la ruptura del equilibrio y, por consiguiente, entra el juego deber administrativo de restablecer el equilibrio económico-financiero?

La expresión “*ruptura sustancial*” es, sin duda, un concepto jurídico indeterminado, y es posible que la necesidad de atender a la diversidad de las circunstancias concurrentes en cada supuesto aconseje no introducir mayor especificación por vía normativa. Pero también lo es que la situación actual genera notables incertidumbres: por ejemplo, ¿podría considerarse un porcentaje relevante al respecto el del 10%, fijado a otro propósito por el artículo 107.3.d) del TRLCSP?; por otra parte, ¿cuál es la base a la que habría que aplicar el porcentaje relevante para determinar si se ha producido o no una ruptura sustancial: el precio del contrato, la tasa interna de retorno del proyecto, la tasa interna de retorno del accionista, etc.? Muchas cuestiones, y ninguna respuesta segura.

Por último, en el caso de que efectivamente se concluya que ha existido una actuación de la Administración que ha determinado de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, ¿tiene derecho el contratista a que se restablezca el equilibrio en su punto inicial o, por el contrario, bastará con que se adopten medidas que devuelvan el contrato a un punto distinto del inicial pero no tan alejado como para que la distancia entre ambos pueda considerarse equivalente a una ruptura sustancial? En otros términos, es indudable, supuesta la inequívoca previsión normativa, que si la actuación de la Administración ha determinado una ruptura no sustancial de la economía del contrato, el riesgo es del contratista. Ahora bien, cuando tal ruptura es sustancial, ¿el riesgo pasa a ser íntegramente de la Administración o solo es asumido por esta a partir del momento en el que la ruptura es sustancial?

A pesar de que la lógica parece inclinarse por el segundo término de la alternativa hermenéutica expuesta en el párrafo anterior, no puede dejar de ponerse de relieve que los preceptos considerados del TRLCSP disponen que en este supuesto “*la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato*”, y que dicho término —“*restablecer*”— parece sugerir el establecimiento en el mismo punto que el existente antes de la actuación admi-

nistrativa. Así pues, no parece existir, tampoco en este extremo, una respuesta segura al respecto.

Suscita asimismo relevantes cuestiones la medida en la que el contratista tiene derecho o no al establecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato en el caso de que el mismo resulte alterado como consecuencia de la aplicación de la denominada cláusula de progreso, que se recoge en el artículo 247.4 del TRLCSP a propósito del contrato de concesión de obras públicas en los términos siguientes:

“El concesionario deberá mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación”.

En concreto, la cuestión es la de si la previsión explícita de la señalada cláusula excluye o no la entrada en juego de las figuras del *factum principis* o del riesgo imprevisible en los casos en los que concurran los requisitos generales establecidos para una u otra figura.

Una respuesta afirmativa a tal cuestión podría fundarse en la consideración de que las normas que durante la vida de la relación contractual se vayan dictando en relación con las materias indicadas por el transcrito artículo 247.4 del TRLCSP vincularán al concesionario en virtud de su fuerza normativa propia y en los términos concretos que resulten de las disposiciones de Derecho intertemporal contenidas en las mismas, de forma que la introducción expresa de esta obligación al regular las obligaciones del concesionario, sin aludir a ningún derecho de indemnización en favor de este, parece sugerir la voluntad del legislador de excluir *ab initio* toda posible compensación por razón del cumplimiento de la misma. Sin embargo, no deja de ser cierto que, en una época de aceleradísimo progreso técnico y científico como es la presente, es perfectamente posible que durante la vida de la relación concesional se produzcan sustanciales modificaciones que obliguen al concesionario a realizar cuantiosísimas inversiones para adaptar la infraestructura a las nuevas exigencias, lo que puede entrañar una ruptura sustancial de la economía de la concesión.

Las dudas acerca de los efectos de la aplicación de la cláusula de progreso de las que queda hecho breve mérito en el párrafo anterior pueden tener gran

relevancia desde la perspectiva de los potenciales interesados en acudir a una licitación o de las entidades financiadoras de los mismos. Y, como ocurre muy frecuentemente, lo peor es desconocer si existe o no el riesgo o la medida del mismo. En este extremo, por consiguiente, parece legítimo cuestionarse si no sería pertinente aclarar la cuestión planteada, bien excluyendo expresamente toda compensación, bien disponiendo, en términos igualmente explícitos, que el concesionario tendrá derecho al restablecimiento del equilibrio económico-financiero cuando como consecuencia de la entrada en juego de la cláusula de progreso concurran los requisitos generales de las figuras del *factum principis* o del riesgo imprevisible.

Por último, en la práctica contractual son también perceptibles dudas considerables —con las negativas consecuencias a ellas asociadas desde la perspectiva de la seguridad jurídica— en relación con determinados extremos de la figura del riesgo imprevisible. En particular, pueden destacarse las dos siguientes:

La primera es la relativa a si esta figura es o no aplicable en el ámbito de la contratación administrativa estatal y autonómica. La cuestión se suscita porque su única regulación jurídica-positiva se halla en el ámbito local (artículos 127 y 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 —en adelante, “RSCL”—). Aunque existen diversos argumentos —dotados de una notable fuerza persuasiva— conducentes a una respuesta afirmativa a la cuestión planteada (argumentos entre los que se halla incluso alguno directamente extraído de la tramitación parlamentaria de la que finalmente sería Ley 13/2003, que es el origen de la actual regulación contenida en los artículos 258 y 282 del TRLCSP), no puede dejar destacarse que la duda al respecto revive una y otra vez, existiendo por lo demás pliegos reguladores de muy relevantes contratos a través de los que se articula la colaboración público-privada que, al enumerar los casos en los que procede el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, transcriben los artículos 258.2 y 282.4 del TRLCSP añadiendo el adverbio “*exclusivamente*”, con la intención —podría inferirse— de excluir la entrada en juego de la figura del riesgo imprevisible.

Por otra parte, en el caso de que concurran los muy rigurosos requisitos jurisprudencialmente exigidos para la aplicación de tal figura, ¿tiene derecho el contratista al restablecimiento del equilibrio en su punto inicial o, por el contrario, y conforme al origen de este concepto en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y a la tradicional configuración del mismo en

nuestra jurisprudencia, la Administración solamente está obligada a acudir en auxilio del contratista hasta el punto en el que este puede continuar prestando el servicio público de que se trate?

Una vez más, la cuestión podría considerarse dudosa, pues frente a la inéquiva doctrina jurisprudencial en el sentido indicado en el párrafo anterior, lo cierto es que el artículo 127.2.2.b) del RSCL impone a la Administración, en los supuestos considerados el deber de “*mantener el equilibrio financiero de la concesión*”, mantenimiento que parece sugerir su restablecimiento en el punto inicial.

III. CUESTIONES RELATIVAS A LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Con carácter general, y supuesto que nuestro ordenamiento sigue manteniendo la regla de la reversión a la Administración, a la conclusión de la relación contractual, de las obras, bienes e instalaciones necesarios para la explotación de la obra o la prestación del servicio (artículos 272 y 283 del TRLCSP, relativos, respectivamente, a la concesión de obras públicas y al contrato de gestión de servicios públicos), se suscita la cuestión de si habría o no de plantearse la posibilidad de introducir excepciones o modulaciones al dogma de la reversión necesaria —por utilizar la célebre expresión del Profesor García de Enterría—. Naturalmente, se trata de una cuestión pródiga en consecuencias concretas, supuesto que la reversión constituye un innegable factor disuasorio para que el contratista continúe realizando inversiones a partir del momento en el que no va a ser posible su amortización íntegra teniendo en cuenta el plazo que resta de la relación contractual.

Particular importancia tienen las cuestiones problemáticas que en la actualidad suscita la equívocamente denominada “responsabilidad patrimonial de la Administración” (en adelante, y de conformidad con el acrónimo por el que es conocida esta figura en la práctica, “RPA”).

La RPA entra en juego en los supuestos en los que se produce una extinción anticipada de la relación contractual, y entraña el deber por parte de la Administración de indemnizar al contratista por la parte no amortizada de los activos que revierten (artículos 271.1 y 288.1 del TRLCPS, relativos, una vez más y respectivamente, a la concesión de obras públicas y al contrato de

gestión de servicios públicos), con el fin de evitar el enriquecimiento sin causa que en otro caso se produciría para la Administración. Es esta una figura que opera cualquiera que sea la causa de la resolución del contrato, e incluso si la misma es el incumplimiento culpable del contratista, sin perjuicio de que en tal caso exista, a su vez, un derecho de crédito de la Administración contra el contratista para exigirle la indemnización de los daños y perjuicios que el incumplimiento y la resolución hayan producido a aquella. Se trata, según se reconoce generalizadamente, de uno de los grandes activos del sistema concesional español —si se compara con el imperante en otros países—, que constituye la principal garantía de las entidades financiadoras, las cuales pignoran sistemáticamente el derecho del contratista al cobro de la RPA y tratan de acompañar el importe pendiente de amortización de los activos sujetos a reversión y el importe pendiente de amortización del crédito otorgado al contratista. Por lo demás, en el contexto actual de enormes dificultades para relevantes concesionarios de obras y servicios públicos, con concursos ya declarados o próximos a serlo, las cuestiones relativas a la RPA tienen una innegable actualidad.

Pues bien, partiendo de lo indicado en el párrafo anterior, la RPA suscita, entre otras, las dudas siguientes:

En caso de extinción del contrato por causa imputable al contratista, ¿puede deducirse de la RPA el importe de los daños y perjuicios adeudado por aquel a la Administración?

En principio, la pregunta parece merecer una respuesta afirmativa siempre que concurren los requisitos que para la compensación se establecen en los artículos 1.192 y siguientes del Código Civil. En realidad, el problema se plantea —entre otros posibles motivos— como consecuencia de que, según se ha indicado, el derecho del contratista al cobro de la RPA está siempre pignorado a favor de las entidades financieras, suscitándose, por consiguiente, en función de la fecha de nacimiento de los respectivos créditos, entre otros factores, la cuestión de la posibilidad de que la Administración compense o no sus importes. Por lo demás, y habida cuenta de las dudas existentes al respecto, no son infrecuentes los pliegos que excluyen expresamente tal posibilidad de compensación, resolviendo así en el caso concreto de que se trate una cuestión que acaso habría de ser objeto de aclaración normativa.

En segundo lugar, se plantea la cuestión de cuál es el plazo para la fijación de la RPA en el contrato de gestión de servicios públicos, toda vez que se establece un plazo de seis meses para la concesión de obras públicas (artículo 271.1 del TRLCSP), pero no se determina plazo ninguno para aquel. En relación con ello, es igualmente dudoso el plazo de pago, que dependerá de si la RPA se considera precio del contrato (supuesto en el que operaría el plazo de 30 días establecido en el artículo 216 del TRLCSP) o no (caso en el que habrá de estarse a las normas reguladoras de la Hacienda de cada Administración Pública —en el caso del Estado, el plazo de pago sería de tres meses conforme al artículo 24 de la Ley General Presupuestaria—). Y, en relación con este último extremo, se suscita igualmente la cuestión del tipo de interés aplicable para la determinación de los intereses de demora, que variaría según que se considere que nos hallamos ante un precio (supuesto en el que, conforme al mismo artículo 216 del TRLCSP, entraría en juego el tipo de interés de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales) o, por el contrario, ante una obligación de carácter distinto (supuesto en el que habría de estarse una vez más a lo previsto por la normativa presupuestaria —en el caso del Estado, el tipo sería el del interés legal del dinero, conforme al mismo artículo 24 de la citada Ley General Presupuestaria—).

Se ha cuestionado también en alguna ocasión —por más que en este caso quien suscribe entiende que la respuesta es indudablemente afirmativa— la pignorabilidad misma del derecho al cobro de la RPA en atención a su carácter de derecho de crédito futuro. En relación con ello, no puede dejar de ponerse de relieve que existen pronunciamientos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que sostienen que no es posible la cesión (ni, puede entenderse, la pignoración) de derechos de crédito derivados de relaciones contractuales con la Administración antes de su nacimiento, y ello en virtud de lo establecido por el actual artículo 218.1 del TRLCSP, que, al regular la transmisión, se refiere a los contratistas que “*tengan*” —en presente— derechos de cobro contra la Administración (por más que no parece que este argumento literal deba prevalecer sobre el principio general de nuestro ordenamiento jurídico que admite con normalidad la compraventa de cosa futura).

Por último, y supuesta la pignorabilidad del derecho al cobro de la RPA, se plantea la cuestión de si, en caso de concurso del contratista, el derecho del acreedor pignoraticio goza o no de privilegio especial. Es este un tema extraordinariamente polémico en la actualidad, como consecuencia de la des-

afortunada modificación del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal por la Ley 38/2011, existiendo pronunciamientos diversos por parte de diferentes administraciones concursales. Habida cuenta de la trascendencia de esta cuestión para la financiación de las futuras infraestructuras, parece particularmente necesario en este concreto supuesto cuestionarse si no sería adecuada una reforma normativa que confirmase de forma inequívoca el derecho absoluto de separación de los acreedores pignoraticios de la RPA en caso de concurso del contratista.

Finalmente, se suscitan también relevantes cuestiones en el caso de resolución del contrato por causa imputable a la Administración, supuesto en el que el TRLCSP prevé que esta indemnice al contratista por los daños y perjuicios que se le irroguen, incluyendo los beneficios futuros que deje de percibir, los cuales se determinarán atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio (artículos 271.3 y 288.4, relativos, respectivamente, a la concesión de obras públicas y al contrato de gestión de servicios públicos). En particular, y entre otras, son cuestiones planteadas en la práctica y carentes de una respuesta inequívoca las siguientes:

En primer término ¿qué ocurre en el caso de que en el momento de la resolución contractual hayan transcurrido menos de cinco años de explotación de la infraestructura o del servicio? Parece claro que la previsión legal responde al deseo de tener en cuenta datos representativos acerca de la efectiva marcha de la explotación de la concesión, pero, en el caso de que no sea posible obtener tales datos, ¿hay que acudir sin más a las previsiones de resultados contenidas en el plan económico-financiero del contrato? O, por el contrario ¿habrá de atenderse al grado de desviación respecto de las previsiones del plan económico-financiero resultante de los datos reales de la explotación y, a continuación, proyectar el mismo porcentaje de desviación sobre las estimaciones del plan económico-financiero correspondientes a los años restantes de vida de la concesión?

Por otra parte, ¿cuál es el régimen aplicable en el caso de que la resolución se produzca antes de que comience la explotación de infraestructura o del servicio por parte del contratista y cuando todavía no ha concluido la construcción de la infraestructura? ¿Hay derecho en tales supuestos a la indemnización del lucro cesante? Y, si se opta, como parece razonable, por una respuesta afirmativa, ¿procederá aplicar a los resultados de explotación contemplados en el plan económico-financiero una reducción porcentual equivalente al

porcentaje de la infraestructura no ejecutada en el momento de la resolución? Una vez más, la respuesta dista de ser clara.

IV. CUESTIONES RELATIVAS A DETERMINADOS ASPECTOS SUBJETIVOS

Por último, la práctica suscita también diversas cuestiones de no fácil resolución acerca de determinados aspectos subjetivos —cuestiones que no son específicas de los contratos que tienen por objeto la construcción y explotación de infraestructuras, pero que en la práctica se presentan con frecuencia no desdeñable en relación con tales contratos—.

Ante todo, dista todavía de estar resuelta con seguridad la cuestión —plantada con reiteración en la práctica— de si, en el caso de que licite una unión de empresarios conforme al artículo 59 del TRLCSP, cada uno de los empresarios integrados en la unión goza de legitimación activa para impugnar por sí solo la adjudicación del contrato u otros actos relevantes o, por el contrario, la impugnación ha de realizarse conjuntamente por todos ellos por hallarnos ante un caso de litisconsorcio activo necesario. Aunque parece existir una cierta tendencia jurisprudencial en pro del segundo término de la alternativa interpretativa expuesta (así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011, RJ 2011/6509), no puede dejar de ponerse de relieve que la cuestión no es pacífica en la doctrina y que en el pasado la jurisprudencia parece haberse inclinado por la respuesta contraria.

Por último, se sigue suscitando con reiteración, en defecto de previsiones específicas contenidas al respecto en los pliegos reguladores de la licitación, la cuestión de si la transmisión de un porcentaje de las acciones representativas del capital social de la sociedad contratista que permita controlar esta exige o no autorización administrativa, por considerarse o no equiparada a un supuesto de cesión del contrato mismo conforme al artículo 226 del TRLCSP.

Existen, ciertamente, numerosos argumentos en pro de una respuesta negativa a tal cuestión (salvo, claro es, que concurren los requisitos para apreciar la existencia de fraude de ley, siendo norma defraudada la que exige autorización administrativa en caso de cesión del contrato). En efecto, de una parte, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 5 de diciembre de 2001 (expedien-

te 3375/2001) relativo a un Anteproyecto de Ley reguladora de la concesión de obras públicas, sostuvo que la transmisión de un paquete accionario de control del capital de las sociedades concesionarias de obras públicas es equivalente a la transmisión de la concesión, sin que, sin embargo, se haya incorporado ninguna previsión en tal sentido a nuestro Derecho positivo. Por otra parte, no son infrecuentes los ámbitos normativos sectoriales en los que la transmisión de determinados porcentajes del capital se equipara a la transmisión del activo mismo —a efectos de requerir autorización administrativa—, de forma que la inexistencia de tal previsión con carácter general en la disciplina de los contratos del sector público parece sustentar el criterio según el cual no se necesita autorización en el caso considerado —sin perjuicio, se reitera, de los supuestos en los que pueda entenderse aplicable el artículo 6.4 del Código Civil—. Con todo, la práctica administrativa conoce casos en los que, habiéndose solicitado autorización en supuestos como los considerados, la misma se ha otorgado expresamente por la Administración contratante, entendiéndose, por consiguiente, por la misma que la autorización era necesaria. Una vez más, pues, nos hallamos ante una cuestión dudosa, respecto de la que podría considerarse pertinente una aclaración normativa, pues evitaría numerosas dudas e inseguridades que planean sobre operaciones corporativas cuyo objeto —aunque parcial— son acciones representativas del capital de sociedades titulares de contratos administrativos.

V. CONSIDERACIÓN FINAL

En las líneas precedentes se ha dado somera cuenta, según se anticipó en el apartado I, de algunos extremos específicos —fundamentalmente relativos a contratos a través de los que se articula la colaboración público-privada— que parecen “olvidados” por el legislador en su por lo demás inagotable voluntad de reformar la legislación de contratos del sector público. Son tantas las voces opuestas a esta interminable reforma que cuesta proponer modificaciones normativas adicionales, pero, con todo, la práctica atestigua que no serían necesarias excesivas reformas para dotar de una mayor seguridad jurídica a las decisiones de inversión privada en la construcción y explotación de infraestructuras públicas, inversión estrictamente indispensable en el contexto de gravísimas restricciones presupuestarias públicas en el que desde hace tiempo nos movemos.

LA PROPUESTA DE DIRECTIVA RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN: ASPECTOS PRINCIPALES

D. EDUARDO PFLUEGER TEJERO

1. RESUMEN

El derecho de contratación pública evoluciona constantemente. A la sucesión de diversos textos legales aprobados sucesivamente en nuestro país en los últimos años y a modificaciones puntuales derivadas de legislaciones que afectan a múltiples sectores¹ se añade ahora una novedosa propuesta de Directiva de adjudicación de concesiones que ya había anunciado la Comisión Europea en su Comunicación “Acta del Mercado Único – Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza” de 13 de abril de 2011², y que prevé la obligación de su transposición a los ordenamientos internos antes del 30 de junio de 2014.

La propuesta legislativa sobre la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, se presentó el 20 de diciembre de 2011, junto con las propuestas de revisión de las Directivas sobre contratación pública, tanto la Directiva 2004/17/CE para los sectores especiales, como la Directiva 2004/18/CE. El texto de la propuesta fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 5 de abril de 2012.³

Con ella se establece un régimen nuevo y específico para los contratos de concesión, que hasta ahora carecían de una regulación armonizada y que tiene un impacto directo en la legislación española sobre la materia.

¹ Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (B.O.E. 5 de marzo de 2011), o el Real Decreto Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

² COM (2011)-206 final.

³ COM (2011)-2011/0437 (COD2011) de 20.12.2011.

2. INTRODUCCIÓN

¿Por qué una directiva de concesiones? La respuesta la encontramos en el panorama actual y en los objetivos que la Directiva trata de alcanzar. Así, hasta ahora, las concesiones públicas no tenían una regulación a nivel europeo (muchos países ni siquiera la regulan), cuando lo cierto es que representan un alto porcentaje de las colaboraciones público-privadas, se trata de contratos con un altísimo impacto económico, y estos últimos años se ha incrementado su uso habida cuenta de las limitaciones presupuestarias de gasto público que ha supuesto la situación económica actual; ello ha convertido a las concesiones en instrumentos idóneos para atraer capital privado en sectores hasta ahora reservados a la ejecución pública. Otra explicación radicaría en el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública. Por otro lado, el desarrollo de la colaboración público-privada forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.⁴

A ello debe añadirse que a las concesiones de obras se aplicaba la Directiva 2004/18/CE mientras que las concesiones de servicios no tenían una regulación específica y se regían por los principios generales del Tratado constitutivo y por los criterios jurisprudenciales que ha ido perfilando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

No cabe duda que con este panorama una Directiva de concesiones es bienvenida, ya que hasta ahora la inseguridad jurídica derivada de la escasa normativa y de la variada interpretación y aplicación que realizan los estados miembros de la jurisprudencia comunitaria, ha supuesto una franca barrera a la inversión transfronteriza, especialmente a las pequeñas y medianas empresas. La Directiva trata de paliar los efectos de esta situación, que alcanzaba incluso a la propia definición de concesión al no existir un concepto homogéneo.

Se trata por tanto de a través de una mayor seguridad jurídica, atraer capital privado a los proyectos públicos y alcanzar los objetivos de la Estrategia Europa 2020⁵, particularmente el empleo y el crecimiento mediante la su-

⁴ Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. COM/2004/0327.

⁵ Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada “Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, COM (2010) 2020.

presión de los problemas de acceso a la actividad económica en países miembros y la disminución de la aplicación desigual de la normativa del mercado único derivada de 27 legislaciones diferentes. Ello debe favorecer la competencia a nivel europeo, y el acceso de los ciudadanos a servicios con mejores precios. En palabras de la propia Directiva “estimularía la inversión pública y privada en infraestructuras y servicios estratégicos con la mejor relación calidad-precio” (exposición de motivos. 1.- contexto de la propuesta).

Estas razones respaldan la iniciativa de una regulación más exhaustiva de concesiones, si bien la misma podía haberse introducido en la Directiva relativa a la contratación pública. La razón de una Directiva específica de concesiones parece entonces encontrarse en aspectos jurídicos; aunque la concesión es un contrato desde el punto de vista de acuerdo entre partes, sustantivamente, la concesión es algo distinto del contrato público. Con una Directiva de concesiones se pretende acabar con los problemas que ha suscitado la falta de definición homogénea a que antes aludíamos, y hacer hincapié en los caracteres propios de las concesiones. De este modo el principal rasgo de estas es el traspaso del riesgo económico al concesionario, aspecto que no se da o se encuentra en menor medida en los denominados contratos públicos. A ello se añade que las relaciones entre concesionario y concedente son más complejas, se trata en el caso de las concesiones de contratos generalmente de una mayor duración, y que por su objeto necesitan de una mayor flexibilidad en su ejecución.

El proyecto de Directiva se enfrenta a todos estos retos y regula aspectos de calado que afectan de lleno a nuestra regulación nacional. A los más principales nos referiremos en el presente trabajo.

3. DOS ASPECTOS ESENCIALES: EL CONCEPTO DE CONCESIÓN Y EL RIESGO OPERACIONAL SUSTANCIAL

3.1. El concepto de concesión. Definición y distinción de figuras afines

Conforme la Directiva propuesta, se entiende por concesión de obras públicas “un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre uno o más operadores económicos y uno o más poderes adjudicadores, cuyo objeto es la ejecución de obras, y la contrapartida a dicha ejecución es, bien el derecho a

explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago” (artículo 2.1).

La misma definición se establece para las concesiones de servicios, referidos a actividades que no se comprenden en el concepto de obras.

Con ello la Directiva recoge en un primer momento el concepto de concesión que ha arraigado en nuestro derecho, y que se caracteriza en que la retribución del concesionario es el derecho a explotar la obra o servicio a cambio o no de un pago.

La principal novedad se introduce en el apartado 2 del mismo artículo al establecer que el derecho a explotar obras o servicios “implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial” (ROS).

A continuación define qué debe entenderse por tal: “se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión.” Y vincula este riesgo económico al relacionado con la utilización y la disponibilidad.

Más adelante nos referiremos a esta importante novedad, pues corresponde ahora, una vez introducida la definición de concesión, distinguir esta figura de figuras afines.

De este modo debemos distinguir el contrato de concesión del resto de contratos públicos que no pueden caracterizarse como tal. El rasgo esencial que caracteriza a la concesión no es el propio objeto del contrato, por ejemplo la explotación del servicio, pues esta nota también la posee el contrato de servicios, sino la transferencia del riesgo económico en la prestación del servicio al concesionario. En nuestro sistema es lo que conocemos como el “riesgo y ventura” en la ejecución del contrato, que corresponde al contratista y que la Directiva denomina “riesgo operacional sustancial” (ROS). En el contrato de servicios no concesional esta figura de asunción del riesgo económico no se da.

La propia Directiva dedica un considerando a esta cuestión (considerando 6) y pone de manifiesto que esta distinción ha sido fuente continua de inseguridad jurídica y origen de numerosa jurisprudencia comunitaria y por ello si-

túa a la asunción por el contratista del riesgo operacional sustancial como la nota característica de la concesión frente al contrato público.

Por otra parte es necesario distinguir la figura de la concesión de la licencia, pues ambas tienen puntos de contacto, en particular en el caso de las licencias de explotación en las que la administración establece determinadas condiciones a la explotación o prestación de una actividad. Es el caso de las licencias de hostelería, casinos etc., en las que por aplicación normalmente de normativa sanitaria, de seguridad u orden público se imponen determinadas condiciones.

La Directiva tiene cuidado en plantear la diferencia, de modo que la existencia de obligaciones en la ejecución de obras o prestación de servicios que fueran impuestos por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, no convierten la figura en una concesión, por muy condicionada que esté el ejercicio de la actividad económica. Y lo mismo puede decirse de acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar algún ámbito o recurso de carácter público (considerando 7).

Ya el Dictamen del Comité de las Regiones sobre el proyecto de Directiva⁶ hace hincapié en este punto al considerar adecuado el texto que se propone, y señala que las licencias por la que el poder adjudicador concede derechos de explotación no deben considerarse concesiones y deben permanecer fuera de la aplicación de la Directiva.

3.2. El riesgo operacional sustancial

No cabe duda del importante cambio que esta regulación supone en la legislación española. El 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 (TRLCSP), hace pivotar la figura de la concesión en el siempre delicado equilibrio entre el riesgo y ventura en la ejecución de la obra o servicio que corresponde al contratista (artículos 215, 242) y el derecho al equilibrio económico financiero de la concesión (artículos 245.b, 258).

Así, sin extendernos mucho en el sistema español, podemos mencionar que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión “riesgo”, como contingencia o proximidad de un daño, y “ventura”,

⁶ 96º Pleno de fechas 18 y 19 de julio de 2012. D.O.C.E. 13/09/2012. 2012/C 277/09.

como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de modo que “el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado, y se basa en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial” (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2001, RJ 2001\4478).

Además la ley establece que este principio de riesgo y ventura tiene como excepción o límite los supuestos de fuerza mayor o el riesgo imprevisible al constituir estos factores anormales en el desarrollo propio de la naturaleza de las obras o servicios y ajenos a la voluntad y comportamiento del contratista, que inciden negativamente en la ejecución del contrato, suponiendo para el mismo un agravamiento sustancial de las condiciones, que por exceder de las contingencias propias del riesgo asumido en la contratación, se contemplan específicamente a efectos de restablecer el equilibrio financiero del contrato, como principio sustancial en materia de contratación.⁷

Sentado lo anterior ¿Qué es el riesgo operacional sustancial? Estudiada la regulación de la Directiva y los pronunciamientos habidos a lo largo de su tramitación, no podemos sino concluir que este concepto va mucho más allá de nuestro “riesgo y ventura.” En el sistema español, la existencia de un derecho del concesionario al equilibrio económico financiero de la concesión, de modo que el margen de beneficio que él mismo plantee en su estudio económico financiero se mantenga estable en términos económicos durante la vida de la concesión, choca frontalmente con el concepto de riesgo operacional sustancial.

Así cabe considerarlo por distintas razones. Es la propia Directiva la que nos dice que hay transferencia de ROS al concesionario “cuando no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes”. Por si fuera poco la propia Directiva en su considerando 7 expresa que la transferencia al concesionario del riesgo económico “conlleva la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que hay contraído”; y añade tajantemente que la normativa de concesiones no estaría justificada si se “aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes” y que no de-

⁷ Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 20 junio 2011, RJ 2011\5906, y de 15 octubre 2012 RJ 2013\1482.

ben considerarse concesiones los supuestos en que la recuperación de las inversiones o costes dependen de la demanda o de la disponibilidad de los bienes o servicios (que considera condiciones), incluso cuando la garantía en beneficio del concesionario por la que se compensen inversiones y costes venga impuesta por la reglamentación específica del sector.

En realidad la Directiva no ha hecho sino recoger la jurisprudencia comunitaria consolidada sobre la materia que señala que: “El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el asunto C-274/09).

No obstante, respecto al texto que la Directiva propone en este punto, el Dictamen del Comité de las Regiones plantea eliminar el término “sustancial”, dada la dificultad de definir o delimitar un elevado riesgo operacional, diferenciándolo de la obligación de servicio público (vid. nota 6).

De este modo en la Directiva el concesionario debe asumir de forma muy amplia el riesgo de la actividad, ya sea de demanda o de disponibilidad, que además son los rasgos que exige la normativa SEC 95 Eurostat para que no se compute como deuda.⁸

Como consecuencia, puede aludirse a que hacer asumir al concesionario el riesgo de demanda puede resultar excesivamente gravoso para el empresario privado, máxime cuando en la legislación española las “previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión” son responsabili-

⁸ En la Decisión de 11 de febrero de 2004, Eurostat recomienda que los activos vinculados a una operación de colaboración público-privada se consideren activos no públicos y, por consiguiente, no se registren en el balance de las administraciones públicas cuando se cumplan las dos condiciones siguientes: 1. el socio privado soporte el riesgo de construcción y 2. el socio privado soporte al menos uno de los dos riesgos siguientes: el de disponibilidad o el vinculado a la demanda.

dad de la Administración a través del estudio de viabilidad previo (artículo 128 TRLCSP). En la práctica las cláusulas de la concesión hacen recaer en el contratista la fijación de la previsión de ingresos, de modo que un desajuste a la baja se considerará riesgo previsto o previsible y no dará lugar al equilibrio financiero de la concesión.⁹

Lo primero que se nos ocurre: ¿esto quiere decir que el concesionario no tiene derecho al equilibrio económico financiero? Así parece ser. Además la Directiva sencillamente no regula ninguna previsión o régimen de dicho derecho a este equilibrio, cuya inclusión está siendo demandada desde diversos sectores en el proceso de aprobación de la Directiva.

Los límites a la asunción del riesgo por el concesionario los encontramos en diversos puntos. Así el término “sustancial” implica que no es la totalidad del riesgo operacional lo que debe ser asumido por el concesionario.¹⁰ Por otra parte el artículo 16 de la Directiva hace referencia a la duración de la concesión, que deberá estar limitada al tiempo que se calcule que es necesario para que el concesionario “recupere las inversiones realizadas (...) junto con un rendimiento razonable sobre el capital invertido.”

Además la Directiva alude realmente al riesgo imprevisible, al regular la modificación de la concesión, y permitir dicha modificación, entre otros requisitos, si la necesidad de modificación deriva de circunstancias que el adjudicador diligente no podía prever (artículo 42.6.a.), y sin embargo se prohíbe la modificación que tenga por objeto “compensar el riesgo de incremento de precios como consecuencia de fluctuaciones de precios que podrían incidir sustancialmente en la realización del contrato y contra las que se ha protegido al concesionario (42.7 b).

Habrà que ver de qué modo el legislador español transpone este asunto, si permanece en la aprobación definitiva, y adapta la figura de la concesión al ROS, cuando la construcción legal y jurisprudencial de la concesión se basa hasta ahora en el “equilibrio financiero”. E igualmente habrá que ver el efecto que produce en las empresas la aplicación de un régimen más restrictivo para

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7^a) de 25 enero 2013 JUR 2013\59979.

¹⁰ Rasgo que ya resaltó la comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones, de 29 de abril de 2000, 2000/ C 121/02.

ellas respecto a la seguridad de su inversión y rendimiento, de una norma que precisamente pretende lograr uniformidad para atraer capital privado.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Directiva se aplica a las concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores y por entidades adjudicadoras (con la extensión que establecen sus artículos 1 a 4). La noción de poderes adjudicadores no reviste novedad, mientras que se establece una definición de entidades adjudicadoras de gran amplitud, pues engloba no solo a los primeros sino también a las empresas públicas, y a las entidades que no son poderes adjudicadores ni empresas públicas y que operan con arreglo a los derechos especiales o exclusivos otorgados por autoridad competente de un Estado miembro (artículo 4.1.3). Hay que tener en cuenta que si los derechos concedidos se han otorgado con la debida publicidad, estas entidades no se consideran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva.

Las concesiones reguladas en la Directiva son aquellas que superen determinados umbrales económicos: 5 millones de euros (sin incluir el IVA) para las celebradas por poderes adjudicadores y para las adjudicadas por entidades adjudicadoras respecto de las actividades que recoge el anexo III.¹¹

Junto a ello se regula tanto el método de cálculo del valor de la concesión, como el sistema de exclusiones (artículos 6 y 8 a 15). En cuanto a la valoración, la Directiva pormenoriza los parámetros de cálculo, entre los que habrán de tenerse en cuenta “las eventuales variantes o ampliaciones de la duración de la concesión”, la totalidad de las obras o servicios si conforman un proyecto único y aunque se adquieran por diversos contratos (con disposiciones especiales para la adjudicación por lotes), o la prohibición de fraccionamiento para evitar la aplicación de la Directiva, preocupación constante en la regulación.

Además se recoge la circunstancia, utilizada más de una vez, del intento de huir de la aplicación de la normativa a través de la licitación parcial de lo que en realidad es un objetivo común. Así, “la opción entre adjudicar una sola concesión o varias concesiones por separado no podrá ejercerse con el

¹¹ Las concesiones de servicios que se sitúen entre 2,5 y 5 M€ deben publicar un anuncio de licitación.

objetivo de excluirla del ámbito de aplicación” (artículo 19) y si existen varias actividades se seguirá la normativa aplicable a la actividad a que esté destinada principalmente.

En cuanto a las exclusiones conviene destacar que se excluyen de la Directiva las concesiones relativas a los contratos “in house”, denominados en la Directiva “relaciones entre autoridades públicas” y que son los supuestos de concesiones adjudicadas por un poder o entidad adjudicadora a otra persona jurídica cuando dicho poder ejerza sobre esta un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, concepto de control que pormenoriza la Directiva (artículo 15), y que entre otros requisitos exige que la persona jurídica controlada no tenga participación privada. De este modo se plasma en una norma lo que ha venido elaborando sobre este punto la jurisprudencia del TJUE. Igualmente se regula con profusión las concesiones adjudicadas a una “empresa asociada” (la que presenta cuentas consolidadas con las de la entidad adjudicadora conforme la Directiva 83/349/CEE del Consejo), así como el supuesto de “empresa conjunta.”

Por su parte, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la propuesta de Directiva¹² sugiere que se excluya del ámbito de la Directiva el sector de actividades del juego por su íntima conexión con la aplicación de normas de orden público y consumidores, aunque dicha exclusión no figura en el texto actual.

Desde el punto de vista temporal la normativa se aplica a las concesiones adjudicadas después de su entrada en vigor, de modo que no se prevé ningún tipo de adaptación al sistema de la Directiva respecto de las concesiones existentes.

Por último la fecha de transposición de la Directiva es la de 30 de junio de 2014.

5. MODIFICACIÓN DE LAS CONCESIONES

La regulación sobre la modificación es acorde con la exclusión del concepto de concesión de aquellos contratos que garantizan la recuperación de costes o la inversión, en los términos ya examinados.

¹² COM (2011) – 2011/0437 (COD) de 26 de abril de 2012.

Así, establece que toda modificación sustancial conllevará una nueva adjudicación y define lo que se considera como tal; tras expresar que la modificación será sustancial cuando la concesión sea sustancialmente diferente (lo que no aporta nada), sí pormenoriza cuándo una modificación reviste tal carácter (artículo 42).

Tiene carácter sustancial si la modificación impone condiciones que hubieran dado lugar a una selección distinta de solicitudes de participación o a la adjudicación a otro candidato; lo que, salvo en supuestos claros, plantea el problema de su consideración cuando los parámetros no son matemáticos o económicos.

Igualmente cuando “la modificación cambie el balance económico de la concesión a favor del concesionario”; balance económico en su acepción inglesa (“economic balance”) no es lo mismo que equilibrio económico, por lo que el término que utiliza dará lugar a cuestiones de interpretación al poder apreciarse desde un punto de vista financiero o de normativa mercantil. Además la propuesta de Directiva de contratación utiliza en este punto el “equilibrio económico” (artículo 72), disparidad que desconocemos si es intencionada o no.

Junto a ello el texto propuesto considera como modificación sustancial: la sustitución del concesionario, con lo que se prohíbe la cesión¹³, e igualmente si la modificación amplía “considerablemente” el ámbito de la concesión a suministros, servicios u obras no previstos inicialmente. Si las modificaciones han sido previstas mediante cláusulas “claras, precisas e inequívocas” no se considerarán sustanciales, si bien se establece que “no contendrán modificaciones u opciones que puedan alterar el carácter global de la concesión”; el uso de un concepto indeterminado como es carácter global planteará igualmente problemas de interpretación.

La modificación no se considera sustancial si, pudiendo expresarse en términos monetarios su valor no supera el límite de aplicación de la Directiva (5 M€), “ni” excede un 5% del precio del contrato original, con las previsiones

¹³ Cosa distinta es la posibilidad de subcontratación. El artículo 41 regula la posibilidad de subcontratación, sin establecer un porcentaje, y con la única previsión de que se solicite o imponga que el licitador mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros así como los subcontratistas propuestos.

de no alterar el carácter global de la concesión y de tener en cuenta para este cálculo las sucesivas modificaciones.

Frente a lo que parece un régimen altamente restrictivo el artículo amplía la posibilidad de modificación de la concesión (apartado 6): a la que se derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicadores diligentes no podían prever¹⁴, nuevamente que no se altere el carácter global de la concesión y “que el aumento de precio no sea superior al 50% del valor de la concesión original.” Llamamos la atención sobre este caballo de Troya: el umbral económico es altísimo, pues permite modificar la concesión hasta el importe de la mitad del valor de la concesión original; por otra parte sin embargo debemos darnos cuenta que el apartado exige que concurren las tres condiciones a la vez (imprevisión, carácter global y precio), y que el límite del 50% referido solo se aplica a las concesiones adjudicadas por poderes adjudicadores y no por tanto a las entidades adjudicadoras.

A las circunstancias que el poder o entidad adjudicadores no podían prever, se refiere el considerando 35 como aquellas que no podían predecirse a pesar de la diligente preparación del procedimiento original, teniendo en cuenta los recursos, naturaleza y características del proyecto específico, las buenas prácticas del ámbito en cuestión, y la “necesidad de asegurar una proporción adecuada entre los recursos destinados a la preparación de la adjudicación y su valor previsto.” No estamos muy de acuerdo con el contenido que se otorga al concepto de diligencia, al poder basarlo en parte en la relación complejidad-recursos, aspecto por otro lado al que no se refiere el artículo 107.b) del TRLCSP, con, entendemos, mayor corrección. Más bien debería ser exigible al adjudicador el empleo de los recursos necesarios para emprender el objeto de la concesión, máxime cuando es, en nuestro sistema, al que corresponde la redacción del estudio de viabilidad previo a la licitación (al menos sobre el papel) y con el amplio contenido que recoge el artículo 128 TRLCSP, e incluso en algunos casos quien redacta el anteproyecto.

¹⁴ Las modificaciones que tienen lugar durante la ejecución de una colaboración público-privada, cuando no se contemplan en los documentos contractuales, suelen dar como resultado que se ponga en duda el principio de igualdad de trato de los operadores económicos. Dichas modificaciones no contempladas solo son aceptables cuando un acontecimiento imprevisible las hace necesarias o cuando están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas (Asunto C-337/98, Comisión contra Francia, sentencia de 5 de octubre de 2000).

6. OTROS ASPECTOS: DURACIÓN, RESCISIÓN Y PROCEDIMIENTO

6.1. Duración

La Directiva no establece una limitación temporal de la concesión, sino que exige que “estará limitada al tiempo que se calcule que es necesario para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para explotar las obras o los servicios, junto con un rendimiento razonable sobre el capital invertido” (artículo 16).

Por otra parte se abre la posibilidad a una ampliación del período de vigencia de la concesión cuando tenga como único fin garantizar la continuidad de la prestación de servicios hasta la adjudicación de una nueva concesión, ya que en este caso no se considerará modificación sustancial (considerando 34).

6.2. Rescisión

Los supuestos de rescisión (que no resolución), se contemplan en el artículo 43.

Se regulan tres casos en los que puede procederse a poner fin a la concesión; una de las circunstancias se refiere a las concesiones entre autoridades públicas y consiste en el incumplimiento de la prohibición de entrada de participación privada, si bien, respecto al resto de requisitos para considerar en estos casos a la concesión en el ámbito de aplicación de la Directiva no se sanciona su incumplimiento con la rescisión.

También se sanciona con la rescisión cuando la modificación del contrato reviste una modificación sustancial, lo que la Directiva considera una nueva adjudicación de conformidad con el artículo 42. Y el último supuesto hace referencia a que el TJUE dictamine en un procedimiento conforme el artículo 258 del Tratado, que un Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones del propio Tratado o de la Directiva.

6.3. Procedimiento

El procedimiento de licitación no se regula con tanta profusión como en el caso de la Directiva de contratación pública, a fin de permitir una mayor flexibilidad, adecuada a este tipo de contratos. Junto con el respeto a los principios de publicación y transparencia se recogen algunos aspectos puntuales.

Se establece en el artículo 26, la necesaria publicidad del propósito de licitar una concesión a través de un anuncio previo, salvo que no se haya presentado ninguna oferta o ninguna adecuada, cuando solo puede ejecutarse por un determinado operador por motivos técnicos, de patentes, etc., o cuando se trate de obras o servicios que consistan en la repetición de proyectos similares con los requisitos que establece el precepto.

El plazo para presentar solicitudes de participación es de 52 días desde la publicación del anuncio precitado.

El artículo 35 introduce importantes garantías procedimentales respecto al denominado diálogo competitivo o negociación con los licitadores, que tienen como fin dotar de mayor seguridad jurídica al procedimiento de licitación (prohibición de variación de los criterios de adjudicación, secreto de las soluciones que se propongan, posibilidad de ir reduciendo el número de participantes, información y seguimiento de las negociaciones que se reflejan en actas sucesivas).

La Directiva se ocupa de regular los criterios de adjudicación (artículo 39) y se parte de “determinar la ventaja económica global”, y recoge expresamente que ello no supone una “libertad de elección ilimitada.” La ponderación relativa de cada uno de los criterios, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada, debe constar en el anuncio. Por último, el resultado de la adjudicación deberá ser enviado para su anuncio en un plazo de 48 días, y está presente en la regulación el fortalecimiento del acceso electrónico a la documentación del proceso de licitación.

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS: LÍMITES Y DERECHO APLICABLE*

D. JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

SUMARIO

1. Introducción: Los Principios de la contratación e integridad y su extensión a la fase de ejecución.
2. Las reglas que sobre modificación contractual fijadas el Derecho de la Unión Europea: la jurisprudencia del TJUE.
3. La regulación vigente de los modificados en el TRLCSP. La reconducción del ius variandi.
 - a) Significado del ius variandi en la contratación pública española.
 - b) La nueva regulación de los modificados en España tras la Ley de Economía Sostenible de 2011.
4. La modificación contractual en las propuestas de nuevas Directivas. Régimen y control.
 - a) El régimen de la modificación contractual en las nuevas Directivas.
 - b) El control de los modificados como elemento clave al correcto ejercicio de esta prerrogativa
5. Conclusiones. La transformación del ius variandi en un contexto de eficiencia e integridad.

* Proyecto de investigación sobre Contratación Pública eficiente (Ref. DER2012-39003-C02-01).

I. INTRODUCCIÓN: LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN E INTEGRIDAD Y SU EXTENSIÓN A LA FASE DE EJECUCIÓN

Situar la cuestión de los límites, condiciones y fundamentos de una modificación de los términos de un contrato público exige unas reflexiones previas sobre los principios y marco regulatorio de la contratación pública en el seno de la Unión Europea pues, lógicamente, la respuesta jurídica en España debe ser la misma que en cualquier otro Estado miembro. Lo recuerda, con buen criterio, la Abogacía del Estado en su Circular 1/2011, de 7 de abril, sobre “Régimen de modificación de los contratos del sector público”, al afirmar que resulta necesaria una interpretación conforme al derecho de la Unión Europea.

La Unión Europea se encuentra nuevamente en el proceso de adaptación de la normativa de contratación pública, que comenzó su proceso de uniformización en los años 70. Se trata de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas¹. Si bien las Directivas de 2004 han supuesto un notable avance², se constata la insuficiencia de su regulación en un contexto de crisis económica y de “redefinición” de políticas públicas, lo que aconsejaba un nuevo paquete legislativo, que debería ser ambicioso tanto en sus principios como en la concreta arquitectura jurídica que se propusiera para poder contribuir así a la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020³.

¹ De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M.A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 23 a 42.

² Desde el año 2004, las Directivas vigentes en materia de contratación pública son las Directivas 2004/18/CE (“sectores clásicos”) y 2004/17/CE (“sectores especiales”), ambas aprobadas el 31 de marzo de 2004, que coordinan, respectivamente, los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, así como de los contratos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DOUE L 134, de 30 de abril de 2004).

³ La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020], así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 “Una Agenda Digital para Europa” [COM(2010) 245], “Unión por la innovación” [COM(2010) 546], “Una política industrial integrada para la era de la globalización” [COM(2010) 614], “Energía 2020” [COM(2010) 639] y “Una Europa que utilice eficazmente los recursos” [COM(2011) 21]. Aplica también el Acta del Mercado Único [COM(2011) 206], y en particular su duodécima medida clave:

Tras los trabajos previos de consultas y redacción del articulado, el DOUE de 5 de abril de 2012 publica los proyectos de nuevas Directivas y se inicia su tramitación⁴:

- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales COM (2011) 895 final.
- Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)].
- Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 897 final. 2011/0437 (COD)].

La revisión de las directivas sobre contratación pública que ha iniciado la Comisión se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para incrementar su eficiencia y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica⁵.

“Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos”. Sobre la transposición de las anteriores Directivas en los Estados miembros resulta de gran interés el libro colectivo coordinado por M. SÁNCHEZ MORÓN, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus Estados miembros*, Les Nova, Valladolid, 2011.

⁴ Resulta de interés el Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre la “propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”, la “propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación pública”, y la “Propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión” (DOUE C 191, de 29 de junio de 2012), y el Dictamen del Comité de las Regiones — Paquete en materia de contratación pública (2012/C 391/09), publicado en DOUE de 18 de diciembre de 2012.

⁵ El ‘Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública’(http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan

La importancia económica de la contratación justifica este interés de las instituciones comunitarias, que han diseñado una arquitectura institucional que tiene como pilares los principios de transparencia, eficiencia e integridad⁶. Principios que no se limitan a las fases de preparación y adjudicación ya que la “eficiencia contractual” también está ligada a la obtención del fin perseguido por el contrato⁷.

No en vano el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior. Los últimos estudios publicados por la Comisión Europea son elocuentes: en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del Producto Interior Bruto (PIB) europeo y en el 2010 más del 19 por ciento⁸.

anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren cumplimentando la cantidad de exigencias administrativas a que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.

⁶ Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al excelente trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el *Liber amicorum* Tomás-Ramón Fernández, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3429 y ss. del tomo II. Resultan de interés las aportaciones de J.M. BAÑO LEÓN, “La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la ley de contratos de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 151. Enero-abril 2000, pp. 11-37; D. ORDOÑEZ SOLIS, *La contratación pública en Europa*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 36-51.

⁷ Vid. J.M., GIMENO FELIÚ, *Las reformas Legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos*, Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 24. En la doctrina italiana puede consultarse a G. RACCA, “La concorrenza nell’ esecuzione dei contratti pubblici”, en *Rivista Diritto Amministrativo*, 2010, p. 325. No en vano los cambios y variaciones en la ejecución suelen comportar un beneficio indebido para el contratista adjudicatario, rompiendo los principios comunitarios. Así lo afirman G. RACCA, R. CAVALLO y G. ALBANO en “Competition in the execution phase of public procurement”, en la revista *Public Contract Law Journal*, vol. 41, núm. 1, 2011, p. 89.

⁸ Son datos, respectivamente, extraídos del Documento de trabajo de la Comisión Europea *Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008*, de 27 de abril de 2010. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf y del

La necesidad de optimizar los recursos públicos justifica la regla de la igualdad de trato, que se convierte en el parámetro de control de la decisión de adjudicación de un contrato público⁹. Y este principio extiende su influencia a la fase de ejecución, modulando la conocida potestad del *ius variandi*, quebrando la idea que tradicionalmente se había entendido, que entendía que en la fase de ejecución no había espacio ni justificación para los referidos principios de la contratación pública, afirmandose que tras la adjudicación se entraba en una fase *ad intra* en la que ya no había interés público sino exclusivamente el interés de cumplir adecuadamente lo pactado¹⁰. Y en esa filosofía se encuadraba toda la legislación española¹¹.

Esta interpretación ha avalado la regulación y práctica de la modificación de los contratos públicos en España, al margen de las reglas del derecho comunitario, en tanto prerrogativa pública, que ha tenido sus consecuencias. No es una mera cuestión dogmática por cuanto, tiene importantes repercusiones

Documento “Public Procurement Indicators 2009”, Comisión Europea (DG Mercado Interior), 11 de noviembre de 2010, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf. Conviene advertir que la importancia de los contratos públicos por Estados miembros es muy variable: desde el 11.1% del PIB de Grecia, al 18.5% de España, 19.3% de Francia o 30.9% que significan en Holanda.

⁹ Este principio implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y estas se deben aplicar a todos de la misma manera. Entre otras muchas, Sentencia de 18 de octubre de 2001 (SIAC Construction). En definitiva, el principio de igualdad de trato prohíbe cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (SSTJCE de 5 de diciembre de 1989, 16 de enero de 2003, y 1 de julio de 2004).

¹⁰ La obligación del contratista en los contratos públicos supone que los riesgos derivados de la ejecución del contrato deben recaer directamente sobre el contratista, quedando liberada la Administración. Como ha declarado la jurisprudencia, el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor e incluso perder cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, “surgiendo por tanto el viejo principio tradicionalmente establecido en aras de la seguridad jurídica en materia de contratación con el Estado de *pacta sunt servanda*, sin que el contratista pueda por regla general apartarse de la Ley del contrato” (SSTS de 20 de enero de 1984 y de 29 de septiembre de 1986). La inalterabilidad de lo pactado cede ante el derecho del *ius variandi*. Vid. HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.74-76.

¹¹ Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto LOPEZ-CONTRERAS y J.F. MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, ob. Cit., p. 159.

en el plano económico-presupuestario. Como ha puesto de relieve M. GARCES SANAGUSTIN, las malas prácticas y abusos de esta potestad han tenido, además de un efecto perverso sobre las reglas de la licitación, un claro impacto presupuestario al no abonarse las certificaciones correspondientes en proyectos con financiación europea por considerar las autoridades comunitarias que se incumplían los principios inherentes a la contratación pública¹². Y no era una cuestión no advertida: el Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública elaborado en el año 2004, ya señaló que las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y sus precios no son aquellos por los que se compitió¹³. Además, afirmaba que la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que, en ocasiones, mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja. Asimismo, el informe entendía que para reforzar

¹² M. GARCES SANAGUSTIN, “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, libro col. El nuevo marco de la contratación pública, Bosch, Barcelona, 2012, p. 68. La práctica de las modificaciones en España acredita una clara “patología” que pervierte todo el sistema de la contratación pública y sus principios. Basta con examinar los Informes del Tribunal de Cuentas para constatar esta valoración (por todos, el Informe 942, “Fiscalización de la contratación celebrada durante el ejercicio 2008 por las Entidades del Sector Público estatal sometidas a la Legislación de contratos de las administraciones públicas).

Elocuente es la Circular 1/2007, de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda sobre “Certificación de gastos derivados de modificaciones de contratos, del FEDER y del Fondo de Cohesión”, de 31 de enero de 2007 que advierte que las actuaciones realizadas con base en los artículos 4 y 10 del Reglamento CE 438/2001 y los artículos 4 y 9 del Reglamento CE 1386/2002 han constatado una situación de riesgo en relación con el gasto declarado por modificaciones de contratos públicos por lo que se acuerda que las certificaciones de gastos a presentar no deberían incluir como regla general los gastos derivados de modificados que traen causa del artículo 101 TRLCAP.

¹³ La práctica de las modificaciones en España acredita una clara “patología” que pervierte todo el sistema de la contratación pública y sus principios. Basta con examinar los Informes del Tribunal de Cuentas para constatar esta valoración. Elocuente es la Circular 1/2007, de la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda sobre “Certificación de gastos derivados de modificaciones de contratos, del FEDER y del Fondo de Cohesión”, de 31 de enero de 2007 que advierte que las actuaciones realizadas con base en los artículos 4 y 10 del Reglamento CE 438/2001 y los artículos 4 y 9 del Reglamento CE 1386/2002 han constatado una situación de riesgo en relación con el gasto declarado por modificaciones de contratos públicos por lo que se acuerda que las certificaciones de gastos a presentar no deberían incluir como regla general los gastos derivados de modificados que traen causa del artículo 101 TRLCAP.

la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: así, la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de este¹⁴.

En resumen, que la legislación de contratos públicos española ha tenido siempre una regulación muy posibilista con esta práctica, lo que ha comportado, además de prácticas indebidas, una quiebra de la doctrina comunitaria sobre esta materia con evidentes efectos prácticos que no se pueden desconocer¹⁵. Conscientes de esta situación —no en vano hubo demanda de la Comisión contra el Reino de España por esta cuestión al considerarse contrario al Derecho de la Unión el régimen de modificación de los contratos públicos¹⁶—, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible (iniciativa legislativa aprobada por el Consejo de Ministros el 19 de marzo de 2010), impuso una sustancial modificación de este régimen. Sorprende, en todo caso, desde una perspectiva de técnica normativa —y racionalidad— que se haya utilizado esta norma para la modificación TRLCSP, cuando había sido mo-

¹⁴ Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118. También la Comisión en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia publicada en 2010 (documento electrónico que puede consultarse en <http://www.encompetencia.es/Inicio/Informes/Gu%C3%ADaDasyRecomendaciones/tabid/177/Default.aspx>). En el fondo, como advierte F. SOSA WAGNER, muchos de esos modificados pretender alterar directa y unilateralmente el objeto contractual” (F. SOSA WAGNER, *La Gestión de los servicios públicos locales Civitas, Cizur Menor*, 2008, pp. 272).

¹⁵ Vid en este sentido J. VAZQUEZ MATILLA, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, REDA núm. 173, 2009, pp.529-564.

¹⁶ Noticias de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2009 (IP/09/1752). La Comisión considera que el régimen de modificación de los contratos tras su adjudicación, tal y como está regulado en la LCSP 2007, no respeta los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios) y en los artículos 12, 43 y 49 del Tratado CE. La LCSP concede a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos públicos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca. Además, por lo que respecta a la realización de obras, la prestación de servicios o la entrega de suministros adicionales, la Comisión considera también que la LCSP permite que el órgano de contratación recurra a la utilización de procedimientos negociados sin publicación en contra de lo dispuesto en el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE.

dificada en profundidad por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Así lo entendía también en Consejo de Estado en su preceptivo Dictamen sobre la norma (Dictamen 215/2010)¹⁷.

Tal práctica, amén de confusión¹⁸, genera igualmente cierta desconfianza entre los licitadores, cada vez más inseguros sobre la normativa —y sus efectos— de aplicación¹⁹. Estos “efectos” parecen ya atenuados tras la delegación recepticia plasmada en el Real Decreto Legislativo 3/2001, que refunde y armoniza la legislación de contratos públicos.

2. LAS REGLAS SOBRE MODIFICACIÓN CONTRACTUAL FIJADAS POR EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La regulación de la modificación de los contratos públicos debe ser interpretada desde la lógica del derecho comunitario. Toda interpretación sobre la regulación de los contratos públicos debe realizarse desde la óptica del efecto útil del derecho comunitario²⁰. De ahí la necesidad de acomodar la gestión práctica de la contratación pública a la doctrina del TJUE, auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia²¹. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que sean correctas en tanto respeten la doctrina establecida. Así se pone de manifiesto en la STJUE de 2 de junio de 2005 (*Koppensteiner*

¹⁷ También la doctrina científica. Por todos, J.A MORENO MOLINA, “Repercusiones de la crisis económica sobre la contratación pública”, en libro col. Observatorio de los contratos públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 103-110.

¹⁸ No pueden desconocerse tampoco los importantes costes “organizativos” pues los distintos poderes adjudicadores se han visto obligados a “actualizar” pliegos, expedientes y perfiles de contratación en poco periodo de tiempo.

¹⁹ Me remito al Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 23/2011, de 12 de septiembre, “Cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”.

²⁰ Por todos, J.A. MORENO MOLINA, La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos, La Ley, Madrid, 2011, pp. 187-190.

²¹ Vid. J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación Pública en la Ley de Contratos del Sector Público”, en libro col. ed. El Derecho de los contratos públicos ob. CIIt., pp. 83 a 85.

GMBH), al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que “son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que este puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665”²². En consecuencia, las propias Directivas están imponiendo una determinada interpretación de las normas nacionales, una interpretación *secundum directivam*²³. De esta forma, en las mismas Directivas se encuentra el mecanismo para dar solución a los (no tan) hipotéticos conflictos entre el resultado a alcanzar, fijado por la Directiva, y los medios y la forma para ello, seleccionados por los Estados miembros²⁴.

²² Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, “cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos”. La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho, Discurso leído el día 25 de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, N.º. X, 2008 (Ed. J. M. Gimeno), Zaragoza, 2008, pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario —con fundamento en las SSTJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C-165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39—, al tiempo que enfatiza el papel que estas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en la LCSP.

²³ Compartimos en este punto la opinión de ORDÓÑEZ SOLÍS, a tenor de la cual, la obligación de interpretar las normas nacionales de ejecución *secundum directivam* comunitariam favorece la naturaleza y la finalidad de estas peculiares normas comunitarias, que solo dejan en manos de las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. “La obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho Comunitario europeo”, Boletín informativo del Ministerio de Justicia núm. 1921, julio de 2002, p. 2354.

²⁴ Así pues, el análisis correcto de la normativa sobre contratación pública solo puede ser correctamente entendida, como bien recuerda PIÑAR MAÑAS, desde el contexto del Derecho comunitario siendo esta materia uno de los ejemplos del proceso de comunitarización de los distintos ordenamientos nacionales. “El derecho comunitario como marco de referencia del Derecho español de los contratos públicos”, en libro colectivo dirigido por R. Gómez-Ferrer, Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Civitas, Madrid, 2004, pp. 27-28.

Y el papel del TJUE ha sido fundamental para determinar como y con que condiciones son conformes a las reglas de la contratación pública las modificaciones de las condiciones de un contrato²⁵. Conviene recordar la principal doctrina y sus consecuencias prácticas.

Podemos afirmar como *leading case* la Sentencia de 29 de abril de 2004 (*Succhi di frutta*)²⁶, donde el Tribunal de Justicia, aborda en profundidad los límites y requisitos de la modificación de un contrato público al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato:

“El principio de igualdad de trato entre los licitadores (...) impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que estas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores”.

²⁵ Un resumen general de la doctrina del TJUE y su impacto práctico puede verse en los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES, “Modificación de contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 109, 2011, pp. 52 a 58 y “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público? Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 110, 2011, pp. 56 a 66.

²⁶ Los antecedentes de esta Sentencia vienen referidos a un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaiyán, con el objeto de poder responder a las peticiones de zumo de frutas y confituras de los países beneficiarios, y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizaría en especie, y más concretamente, en frutas que estaban fuera del mercado como consecuencia de operaciones de retirada, adjudicó varios lotes a la mercantil Trento Frutta. El motivo del recurso interpuesto por la mercantil Succhi di Frutta fue la modificación del aludido contrato, que permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan, aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos (en concreto nectarinas) retirados del mercado en las proporciones de equivalencia que señaló ex novo. A la vista de todo lo anterior, Succhi di Frutta, no resultó adjudicataria, ni recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión que modificaba el contrato. La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 y T-10), CAS Succhi di Frutta SpA/ Comisión, estimó el recurso de Succhi di Frutta Spa, manteniendo que se había producido una vulneración de los principios arriba aludidos, por lo que la Comisión interpuso el 5 de diciembre de 2006 recurso de casación frente a la STPI. El TJUE admitió la legitimación de Succhi di Frutta y estimó su recurso. Sobre el contenido de esta relevante Sentencia del TJUE resulta de interés el trabajo de J. VAZQUEZ MATILLA, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, ob. Cit, en especial pp. 536 a 544. También resulta de interés la exegesis que realiza M. GARCÉS (“El nuevo régimen de la modificación...”, ob. Cit., 82 a 92), quien insiste en la idea de que sin previsión expresa no es posible la modificación de un contrato so pena de infracción del principio de igualdad de trato (p. 89).

Lo que se pretende con la doctrina de esta sentencia, en palabras del propio Tribunal es que:

“todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”.

Y es que, con arreglo al artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, los poderes adjudicadores deben dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrar con transparencia tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato como a su ejecución. Así pues, todos los poderes adjudicadores deben atenerse a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia en la ejecución de un contrato público.

Resume bien los criterios la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11) que enjuicia un recurso del Reino de España que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 20111-1023 final de 18 de febrero de 2011 por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintas proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España —AVE—²⁷:

²⁷ El litigio tiene por objeto, con carácter principal, la anulación de la Decisión de la Comisión C (2011)1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a las fases de proyectos: “Suministro y montaje de materiales de vía en la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida” (CCI n° 1999.ES.16.C.PT.001); “Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1ª fase)” (CCI n° 2000.ES.16.C.PT.001); “Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza” (CCI n° 2000.ES.16.C.PT.003); “Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Lleida-Martorell. Subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés)” (CCI n° 2001.ES.16.C.PT.007), y “Nuevo acceso ferroviario de Alta Velocidad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)” (CCI n° 2004.ES.16.C.PT.014), y, con carácter subsidiario, la anulación parcial de dicha Decisión por lo que se refiere a las correcciones aplicadas por la Comisión. Se confirma la sanción de 33,6 millones de euros.

*“46 Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento (sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, *Unitron Scandinavia* y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 31; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 91, y de 17 de febrero de 2011, *Comisión/Chipre*, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 38).*

*47 El principio de igualdad de trato de los licitadores, que tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exige que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica pues que estas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 y 110).*

*48 Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, este tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora. Exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, citada en el apartado 47 supra, apartado 111).”*

En consecuencia, la modificación del contrato no es posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentra entre los pactos del contrato (la previsión del artículo 219.2 TRLCSP se presenta como principal límite a los modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación)²⁸. Solo así, se garantiza una adecuada vi-

²⁸ Opinión que comparte RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R., “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Comares, Granada, 2009, pp. 413-414. Sin embargo, una

sión del verdadero “objeto del contrato”, lo que exige además una cuantificación a los efectos de calcular correctamente el valor estimado del contrato²⁹. El TJUE, en su sentencia de 22 de abril de 2010, ha condenado al Reino de España por la realización de obras complementarias no prevista entre los pactos del pliego. Interesa destacar la argumentación del TJUE al rechazar la argumentación del Estado español:

“(…) La posibilidad de remisión (del anuncio o el pliego de cláusulas administrativas particulares) no permite que el órgano de contratación eluda las obligaciones de publicidad impuestas por la Directiva 93/37 (ni es aceptable) la necesidad de interpretar el anuncio o el pliego a la luz de la normativa nacional, con objeto de averiguar el verdadero objeto de una concesión. (...) (véase la sentencia de 16 de octubre de 2003, Traunfellner, C-421/01, Rec. p. I-11941, apartados 27 a 29). Puesto que se trata de una obligación de transparencia cuyo objetivo consiste en garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores al que debe atenderse todo procedimiento de adjudicación de contratos públicos regulado por la Directiva 93/37 (...)

“(…) el órgano de contratación puede, teniendo en cuenta las posibles particularidades de los trabajos objeto de concesión, dejar cierto margen a la iniciativa de los licitadores para la formulación de sus ofertas. No obstante, la iniciativa y las ofertas alternativas de los licitadores, que al parecer esperaba el Gobierno español por el hecho de que el segundo pliego sustituyó al primero ‘por razones de índole técnica’ y ‘para redefinir el objeto de este concurso’, además de que no podrían ser comprendidas por un licitador normal-

interpretación “generosa” del articulado TRLCSP (como la que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008) puede conducir a estas previsiones se comporten como una facultad ilimitada para modificar los contratos celebrados, sin restricción alguna del valor de las modificaciones y con independencia de que las modificaciones alteren o no sustancialmente el objeto del contrato o cualquier otra de las condiciones esenciales de la adjudicación del contrato. Tal posibilidad falseará, en la práctica, la competencia y vulnerará los principios y normas que tienen por objeto garantizar la efectividad de los derechos conferidos por el Tratado y la Directiva de contratos públicos.

²⁹ Esta es la posición de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 5/2009, de 15 de abril, donde afirma —para un caso en que se aplicaba la normativa anterior a LCSP— que todas las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes. En este Informe se analiza la doctrina del TJUE y se postula una interpretación del marco normativo español compatible con la misma y las exigencias comunitarias.

mente informado y diligente, en el sentido alegado por el Reino de España, no se refieren al objeto de la concesión litigiosa, sino que responden más bien a razones de la política general de transportes en el Estado miembro interesado. Basándose pues en tal concepción, como acertadamente pone de relieve la Comisión, los licitadores habrían sido libres de proponer sin limitación alguna la realización de obras en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid y de las provincias de Ávila y Segovia.

“Del mismo modo, el posible carácter notorio de un problema de ámbito nacional, que no cabe presumir que se perciba como tal por los potenciales licitadores establecidos en otros Estados miembros, no puede tenerse en cuenta por los licitadores como criterio implícito de definición del objeto de una concesión y afectar de este modo a la importancia concedida por la normativa de la Unión al anuncio y al pliego de condiciones.”

Por ello, la modificación del contrato no será posible, aun cuando concurren los requisitos habilitantes, cuando no se encuentre entre los pactos del contrato y se pueda inferir de forma clara su significado y funcionamiento³⁰. Así, el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación

³⁰ El TJUE insiste en que los anuncios y pliegos deben tener una clara redacción para que todo posible licitado, normalmente informado y experimentado y razonablemente diligente, tenga la oportunidad de hacerse una idea concreta de las obras que deben realizarse, así como de su localización, y de formular, consecuentemente, su oferta. Por ello, la previsión del artículo 219.2 TRLCSP se presenta como principal límite a los modificados que no hayan sido previamente definidos en cuanto a su tramitación y aplicación. Opinión que comparte RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R., Efectos, cumplimiento...” Ob. Cit. pp. 413-414. Así lo ha entendido también la Junta Regional de Murcia de Contratación Administrativa al resolver la Consulta sobre la interpretación del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público sobre la modificación de los contratos en su Informe 01/2009 de 7 de abril. Sin embargo, una interpretación “generosa” del articulado TRLCSP (como la que hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008) puede conducir a estas previsiones se comporten como una facultad ilimitada para modificar los contratos celebrados, sin restricción alguna del valor de las modificaciones y con independencia de que las modificaciones alteren o no sustancialmente el objeto del contrato o cualquier otra de las condiciones esenciales de la adjudicación del contrato. Tal posibilidad falseará, en la práctica, la competencia y vulnerará los principios y normas que tienen por objeto garantizar la efectividad de los derechos conferidos por el Tratado y la Directiva de contratos públicos.

de la licitación³¹. Previsión que se deberá tener en cuenta a efectos de calcular el valor estimado del contrato³².

No cumplir los trámites supondría una quiebra de los principios que ocultará una nueva adjudicación decidida directamente. Y para saber en qué supuestos nos encontramos en presencia de una nueva adjudicación debe recordarse la doctrina de la STJUE de 19 de junio de 2008 (*Presstext Nachrichtenagentur GmbH*), en la que se ha declarado que esto no sucede cuando³³:

“El término “adjudicar”, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que los servicios prestados a la entidad adjudicadora por el prestador inicial se transfieren a otro prestador constituido como una sociedad de capital, cuyo accionista único es el prestador inicial, que controla al nuevo prestador y le da instrucciones, mientras el prestador inicial continúe asumiendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales.

³¹ Vid. Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón núm. 27/2011, de 23 de noviembre, donde se concluye, ala luz de la doctrina del TJUE, que: a) las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes, b) el pliego deberá determinar y diseñar sus modalidades (cuantía máxima, sistema de fijación de precio, partida en la que es posible el modificado, procedimiento, etc.), de forma clara, precisa e inequívoca. En el supuesto concreto, en cuanto la previsión del modificado no figuraba en el pliego, no es posible al alterarse si no el objeto del contrato. Lo contrario supondría una contravención del principio de publicidad y de igualdad de trato, y equivaldría a una adjudicación ilegal, y c) que procederá una nueva licitación, previa resolución, cuando el objeto del modificado no puede licitarse de forma individualizada sin afectar al objeto del contrato principal. No se trata de incorporar al pliego una cláusula de estilo, entendiendo que es esta una mera exigencia formal y que no ha de afectar a la modificación. Es una auténtica regla sustantiva de obligado cumplimiento. Sin previsión expresa no puede existir un modificado.

³² En la carta de emplazamiento al Reino de España por el régimen de modificación contractual la Comisión exigía que su posibilidad se debía detallar 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 (lo que guarda relación con su importe).

³³ La STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset, insiste en esta idea recordando su apartado 62 que “toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación”.

2) El término “adjudicar”, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una adaptación del contrato inicial a circunstancias externas modificadas, tales como la conversión en euros de los precios inicialmente expresados en moneda nacional, la reducción mínima de esos precios con objeto de redondearlos y la referencia a un nuevo índice de precios cuya introducción en lugar del índice fijado anteriormente estaba prevista en el contrato inicial.

3) El término “adjudicar”, empleado en los artículos 3, apartado 1, 8 y 9 de la Directiva 92/50, debe interpretarse en el sentido de que no comprende una situación, como la del asunto principal, en la que una entidad adjudicadora, por medio de un acuerdo adicional, conviene con el adjudicatario, durante la vigencia de un contrato de servicios celebrado con este por tiempo indefinido, en prorrogar por tres años una cláusula de renuncia a la resolución que ya ha expirado en la fecha en la que se acuerda la nueva cláusula y acuerda con él establecer descuentos más elevados que los inicialmente previstos respecto a ciertos precios determinados en función de las cantidades en un ámbito particular.³³⁴

Sí que existirá, sin embargo, una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos, cuando las modificaciones efectuadas durante la vigencia de este, presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, apartados 44 y 46)³⁵. Así, las nuevas necesidades, en principio, deben ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial del contrato³⁶.

³⁴ En esta Sentencia, en definitiva, se confirma que toda alteración sustancial es un nuevo contrato. Es decir, cuando las modificaciones de un contrato en fase de ejecución incumplen los principios de transparencia e igualdad de trato afectan a la eficacia de la Directiva de contratos públicos por lo que es necesario un nuevo procedimiento de licitación.

³⁵ La STJUE de 13 de enero de 2005 (Comisión/España) entiende —apartado 43— que el precio es un elemento esencial y que, por ello, “una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato”. Máxima en los casos que un incremento elevado viene a quebrar el principio de publicidad y concurrencia —Dictamen Consejo Estado de 21 de octubre de 1992—.

³⁶ MEILÁN GIL, J.L., La estructura de los contratos públicos, Iustel, Madrid, 2008, pp. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación

Asimismo, 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 además de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada³⁷. Y también cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos³⁸. Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del contratista de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial³⁹.

En esta línea restrictiva debe reseñarse la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, *Wall AG* (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main-Alemania). Aun tratándose de una concesión de servicios —excluida del ámbito de aplicación— el TJUE entiende que:

de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

³⁷ Obviamente, corresponde al poder adjudicador la carga de la prueba a la hora de demostrar que un modificado no altera el sistema general de la licitación o los documentos de la licitación. Así lo declara, entre otras, la STJUE de 15 de mayo de 1995, Comisión/Republica Italiana, en su apartado 23, al exigir una interpretación estricta de las excepciones. Y, especialmente, en la STJUE de 13 de enero de 2005, de condena al Reino de España al afirmar el apartado 48 lo siguiente: “Según la jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p.I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p.I-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.”

³⁸ Esta última interpretación quedaba ya confirmada en el artículo 11, apartado 3, letra yf), de la Directiva 92/50, que imponía, para los contratos públicos de servicios que tengan por objeto, exclusiva o mayoritariamente, servicios que figuran en el anexo IA de esta Directiva, restricciones en cuanto a la medida en que las entidades adjudicadoras pueden recurrir al procedimiento negociado para adjudicar servicios complementarios que no figuren en un contrato inicial.

³⁹ Es el criterio, recordamos, adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 19 de abril, “Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad”.

“Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que esta sea adjudicada”.

Así lo ha reiterado también STJUE de 29 de abril de 2010, Comisión contra Alemania, en la que se analizaba si la ampliación en 2004 del objeto del contrato de prestación de servicios de socorro, celebrado en 1984, entre determinada comarca y la adjudicataria a la explotación del puesto de socorro de Bad Bevensen, respetaba el Derecho de la Unión relativo a los contratos públicos. Y no lo hizo, ya que según la sentencia reseñada (apartados 99 a 101):

“A este respecto, procede recordar que la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial y que, por consiguiente, constituye una nueva adjudicación de contrato, en el sentido de la Directiva 92/50 o de la Directiva 2004/18, en particular cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2008, presstext Nachrichtenagentur, C- 454/2006, Rec. p.I-4401, apartado 36). En el presente asunto, de las indicaciones que figuran en autos se desprende que el valor del contrato relativo a la explotación del puesto de socorro de Bad Bevensen se cifra en 673.719,92 euros, es decir, una cuantía muy superior a los umbrales de aplicación fijados en el artículo 7 de las Directivas 92/50 y 2004/18. En estas circunstancias, tal como sostiene la Comisión, la ampliación del objeto del contrato mencionada en el apartado 98 de la presente sentencia debe considerarse una modificación sustancial del contrato inicial, que debía respetar las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos”.

En definitiva, la efectividad del principio de concurrencia exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad —entendida como una potestad condicionada— en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, debería darse trámite de audiencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse incorrecta la modificación efectuada⁴⁰. Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia⁴¹ —como recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apdos. 116-118)—. De especial interés en este aspecto es la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11H) que enjuicia un recurso del Reino de España que pretendía la anulación de la Decisión de la Comisión C 20111 – 1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a distintos proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España —AVE—⁴². La sentencia condena al Reino de España y critica que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: “*el uso de un crite-*

⁴⁰ Vid. J.L. MEILAN GIL, La estructura de los contratos públicos, ob. Cit., p. 243.

⁴¹ Criterio de la diligencia ya apuntado por BARRERO RODRIGUEZ, C., La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, p. 100. También RODRÍGUEZ CASTAÑO, A.R., “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, en libro col. La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 411-412. Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo Contratación del sector público local, ob. Cit, p 1035.

⁴² El litigio tiene por objeto, con carácter principal, la anulación de la Decisión de la Comisión C (2011)1023 final, de 18 de febrero de 2011, por la que se reduce la ayuda del Fondo de Cohesión a las fases de proyectos: “Suministro y montaje de materiales de vía en la Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Madrid-Lleida” (CCI n° 1999.ES.16.C.PT.001); “Línea de Alta Velocidad ferroviaria Madrid-Barcelona. Tramo Lleida-Martorell (Plataforma, 1ª fase)” (CCI n° 2000.ES.16.C.PT.001); “Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Accesos a Zaragoza” (CCI n° 2000.ES.16.C.PT.003); “Línea de Alta Velocidad Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera francesa. Tramo Lleida-Martorell. Subtramo X-A (Olérdola-Avinyonet del Penedés)” (CCI n° 2001.ES.16.C.PT.007), y “Nuevo acceso ferroviario de Alta Velocidad a Levante. Subtramo La Gineta-Albacete (Plataforma)” (CCI n° 2004.ES.16.C.PT.014), y, con carácter subsidiario, la anulación parcial de dicha Decisión por lo que se refiere a las correcciones aplicadas por la Comisión. Se confirma la sanción de casi 24 millones de euros.

rio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación”.

Desde esta perspectiva es como, entiendo, debe analizarse la problemática administrativa analizada recordando que toda autoridad pública tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario⁴³. Por ello, sin concurrir los requisitos de la modificación debe licitarse la nueva necesidad, ex artículo 31.4 de la Directiva 2004/18 de contratos públicos⁴⁴.

Por último, conviene advertir la cuestión sobre las modificaciones subjetivas (novaciones) y las prórrogas de contratos. En relación a lo primero, la citada STJUE 19 de junio 2008, *Pressetext*, afirma que, “en general”, las novaciones subjetivas no previstas en el contrato constituyen modificaciones de los términos esenciales del mismo. Según su apartado 40:

“En general, debe considerarse que la introducción de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial, por ejemplo, como una subcontrata”.

⁴³ L. MARTIN-RETORTILLO, La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 100. Como dice, el derecho comunitario penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. X, 2008, ob. Cit., pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario —con fundamento en las Sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C-165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39—, al tiempo que enfatiza el papel que estas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en el TRLCSP.

⁴⁴ Como bien se concluye en el Informe 10/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 11 de abril de 2012, “Procede licitar un nuevo procedimiento de adjudicación que respete los principios que deben regir la contratación en el Sector Público, sin que la vigencia del contrato inicial pueda verse afectada por la contratación de forma independiente de las prestaciones no cubiertas en su objeto”.

En el supuesto de hecho que resuelve la sentencia, la entidad adjudicataria, APA fundó la sociedad de responsabilidad limitada APA-OTS, filial de la que poseía el 100% de las participaciones. Entre ambas sociedades existía un acuerdo de transferencia de pérdidas y ganancias conforme al cual, según información de APA y de APA-OTS, esta última estaba integrada financiera, administrativa y económicamente en APA y ha de proceder operativamente con arreglo a las instrucciones de APA. Además, APA-OTS estaba obligada a entregar sus beneficios anuales a APA, que, por su parte, debe cubrir cubrirla, en su caso, las pérdidas anuales de APA-OTS.

Posteriormente, APA transfirió a APA-OTS sus actividades relativas al objeto del contrato público. Esta modificación fue comunicada al poder adjudicador, que dio su consentimiento para que el servicio contratado fuera prestado por APA-OTS y, desde entonces, abonaban directamente las remuneraciones por dichos servicios a APA-OTS.

Para el Tribunal de Justicia, tal acuerdo representa, en esencia, una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial. Pero matiza lo siguiente:

“Si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50. Se aplicaría un razonamiento análogo si la cesión de las participaciones sociales de la filial a un tercero ya estuviera prevista en el momento de la transferencia a esta de las actividades de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/2004, Rec. p. I-9705, apartados 38 a 42)”.⁴⁵

⁴⁵ No parece que esta doctrina pueda aplicarse directamente al Derecho español, ya que el actual artículo 85 TRLCSP regula con precisión la cesión de un contrato público.

Obviamente, la prórroga, en sí misma, no es una modificación⁴⁶. Pero siempre y cuando se haya previsto tal posibilidad y debidamente perfilada⁴⁷. Interesa destacar la doctrina de la STJUE de 13 de septiembre de 2007, Comisión *contra Italia*, que declara que la República de Italia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE y, en particular, ha violado el principio general de transparencia así como la obligación de garantizar un grado de publicidad adecuado, al haber renovado 329 concesiones para la gestión de apuestas hípcas al margen de cualquier procedimiento de licitación⁴⁸. Argumenta, frente a la tesis de Italia lo siguiente:

“34 Por tanto, es preciso estimar que el hecho de renovar las antiguas concesiones de la UNIRE sin licitación no es adecuado para garantizar la consecución del objetivo perseguido por la República Italiana y va más allá de lo que resulta necesario para evitar que los operadores que actúan en el sector de las apuestas hípcas participen en actividades delictivas o fraudulentas.

35 Además, en lo que atañe a los motivos de naturaleza económica alegados por el Gobierno italiano, como la necesidad de garantizar a los conce-

⁴⁶ Tradicionalmente nuestra doctrina consideraba el factor tiempo como algo ajeno a la modificación del contrato. Por todos, C. HORGUE BAENA, La modificación del contrato administrativo de obra, ob. Cit., p. 55.

⁴⁷ Analiza con detalle esta cuestión J. ARGUDO GONZALEZ, “El tiempo en las concesiones de servicio público. Continuidad en la prestación del servicio y potestas variandi versus libre concurrencia”, Revista General Derecho Administrativo núm. 2011, 26, 2011. Como bien afirma “sin perjuicio de las prórrogas expresamente previstas en la documentación que rige la licitación, al concluir el plazo concesional solo situaciones excepcionales que pudieran poner en peligro la continuidad y regularidad del servicio (por ejemplo, interrupciones en la prestación en el interin entre la finalización de la concesión y la nueva adjudicación) podrían justificar aquella prolongación, aun cuando ello pudiera poner de relieve una falta de previsión y diligencia administrativa al convocar la nueva licitación” (p.23).

⁴⁸ En términos similares la STJUE de 16 de febrero de 2012, en los asuntos acumulados Marcello Costa (C-72/10) y Ugo Cifone (C-77/10), afirma que “De los artículos 43 CE y 49 CE, del principio de igualdad de trato, de la obligación de transparencia y del principio de seguridad jurídica se desprende que los requisitos y las modalidades de una licitación como la controvertida en los litigios principales y, en particular, las disposiciones que establecen la caducidad de concesiones adjudicadas al término de dicha licitación, como las que figuran en la cláusula 23, apartados 2, letra a), y 3 del modelo de contrato entre la Administración autónoma de los monopolios estatales y el adjudicatario de la concesión sobre juegos de azar relativos a los acontecimientos distintos de las carreras hípcas, deben formularse de manera clara, precisa e inequívoca, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente”.

*sionarios la continuidad, la estabilidad financiera y un rendimiento adecuado de la inversión efectuada en el pasado, basta con recordar que estos no pueden admitirse como razones imperiosas de interés general capaces de justificar una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 48, y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, C-388/01, Rec. p. I-721, apartado 22)*⁴⁹.

3. LA REGULACIÓN VIGENTE DE LOS MODIFICADOS EN EL TRLCSP. LA RECONDUCCIÓN DEL IUS VARIANDI

La regulación de las modificaciones contractuales en España se intenta adaptar, pues, a las nuevas exigencias comunitarias. Y, supone, sin duda, un punto de inflexión en la gestión de la ejecución de los contratos públicos al dar un nuevo enfoque a esta potestad administrativa.

⁴⁹ Tesis acogida por la reciente STS de 8 de marzo de 2011 que ha anulado de la prórroga de una concesión de servicios públicos que amplía sustancialmente la duración inicial del contrato: *“No cabe duda de que las leyes pueden admitir la posibilidad de prorrogar o ampliar los plazos inicialmente pactados, como mecanismo de compensación para restablecer el equilibrio financiero alterado de las concesiones. Pero si no lo hacen, debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de ésta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos. De no ser así, los contratos de gestión de los servicios públicos podrían tener carácter indefinido en la práctica, pues la sucesión de prórrogas o las ampliaciones de plazos impedirían la entrada de nuevos operadores para prestarlos, con grave detrimento del principio de concurrencia [...]. Ya hemos afirmado que no se trataba propiamente de un ejercicio del ius variandi durante el período de vigencia del contrato sino, en realidad, de la adjudicación de otro, una vez vencido el primitivo, sin someterlo a los principios de publicidad y concurrencia. El artículo 163 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio 2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permitía efectivamente a la Administración modificar por razones de interés público “las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”, hipótesis para la cual se preveía que, si las modificaciones afectaban al régimen financiero, el contratista tenía derecho a la compensación adecuada para mantener el “equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato”. Dado que en el supuesto objeto de análisis no hubo una imposición unilateral de la Administración que modificase las características del servicio, sino el asentimiento a una novación contractual ofrecida poco antes de su vencimiento por el adjudicatario del contrato que necesariamente había de extinguirse tras la prórroga admitida “por una sola vez”, la Sala de instancia no infringió aquel precepto legal”.*

a) Significado del *ius variandi* en la contratación pública española

Con carácter previo debemos recordar que la potestad de *ius variandi* en los contratos administrativos nunca puede entenderse como una potestad sin límites ni, mucho menos, de alcance general justificada por el interés público que se presume en las decisiones de todo poder contratante⁵⁰. Ni puede servir para ajustar las ofertas a la baja de los licitadores o adaptar el contrato a la disponibilidad presupuestaria⁵¹. Es este, sin duda, uno de los males endógenos en la práctica de la contratación pública en España (y causa de muchos de los actuales casos de corrupción). Al respecto, la LCSP de 2007 —aunque incorporaba ciertas mejoras técnicas— adolecía de no intentar corregir efectivamente los problemas tradicionales derivados de la ejecución de las prestaciones licitadas⁵². Además, afirmaba que la posibilidad de introducir modificaciones genera problemas de riesgo moral, dado que, en ocasiones, mediante estas modificaciones puede buscarse el objetivo de reequilibrar o rentabilizar un contrato para el que, inicialmente, se había pujado excesivamente a la baja. Asimismo, el informe entendía que para reforzar la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato: si bien la misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato pudiera parecer excesiva —si se requiere publicación en el Boletín Oficial—, al menos debería exigirse una publicidad en el perfil de contratante para las eventuales modificaciones de este⁵³.

⁵⁰ Me remito a mi trabajo “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 149, pp. 29 a 54.

⁵¹ La Circular 1/2011 de la Abogacía General del Estado ponía de relieve la necesidad de reformar el régimen jurídico de las modificaciones contractuales que nuestro ordenamiento jurídico vigente entonces amparaba con clara vulneración de los principios básicos de la contratación pública, concurrencia e igualdad de trato, y dando cobertura a alteraciones frecuentes de los términos del contrato que no eran contestadas por los contratistas porque se habían convertido en el instrumento útil para compensar adjudicaciones a la baja esperando el beneficio económico que reportarán las modificaciones posteriores.

⁵² Denuncian igualmente esta falta de innovación en este punto LOPEZ-CONTRERAS y J. F. MESTRE DELGADO, Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora, Instituto de Empresa y Cátedra Jurídica del Centro PwC & IE del Sector Público, Madrid, 2006, p. 159.

⁵³ Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118. En el fondo, como advierte F. SOSA WAGNER, muchos de esos modificados pretenden alterar directa y unilateralmente el objeto contractual. SOSA WAGNER, F, *La Gestión de los servicios públicos locales*, Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2008, pp. 272.). El Proyecto de Ley de Transparencia estatal en tramitación contempla esta obligación.

Como es bien conocido, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi* constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*)⁵⁴. Así, aunque tras la adjudicación de todo contrato público comienza la ejecución del contrato con el fin de cumplir adecuadamente lo pactado nada impide que, siempre por interés público, puedan introducirse modificaciones a dicho objeto⁵⁵.

Sin embargo, la práctica española ha venido interpretado de forma relajada esta regla sobre la máxima de que es una potestad administrativa cuya justificación radica en la mejor gestión del interés público (al que se considera sometido a eventual mutación)⁵⁶. El Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación —inmutabilidad del fin público y mutabilidad del contenido prestacional del contratista— al señalar que el interés público no puede quedar constreñido por el clausulado del contrato (entre otras, STS de 1 de febrero de 2000, RJ 318). Incluso se ha afirmado que si la coyuntura, exógena al propio contrato, cambia, es posible modificar el contrato: esta justificación

⁵⁴ La inalterabilidad de lo pactado cede ante el derecho del *ius variandi*. Vid. HORGUE BAENA C., *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp.74-76. Para esta profesora el régimen diseñado por la LCAP resultaba ajustado al derecho comunitario de los contratos públicos aunque advertía que no debía superarse el límite del cincuenta por ciento del importe inicial del contrato (en tanto límite del supuesto del procedimiento negociado, pp. 205 a 210).

⁵⁵ Como bien advierte JURISTO SANCHEZ el principio de inalterabilidad del contrato que deriva del artículo 1091 del Código Civil se enuncia en los contratos públicos de forma positiva y negativa: ejecutar el contrato de conformidad al pliego y no modificar sin el procedimiento establecido. *La ejecución del contrato de obra pública*, Ed. Hauser y Menet, Madrid, 1991, 206. El interés público es, en todo caso, presupuesto habilitante para el ejercicio del *ius variandi*. MARTIN REBOLLO “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004, pp. 589.

⁵⁶ De hecho, ya hace años el profesor VILLAR PALASI advertía que lo ordinario en los contratos administrativos de obras era la modificación de los mismos. Lo que se justificaba, entre otros motivos, en la complejidad y larga duración de los contratos. *Apuntes de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1977, p. 374.

es suficiente para acreditar que la modificación aprobada no excede los límites del ejercicio del “ius variandi” (STS de 19 febrero 2008. RJ 2008\1739)

Con todo, el ejercicio de esta potestad, en tanto supone una alteración del objeto de la licitación —que, recuérsese, debe ser cierto— debería tener carácter excepcional, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo:

“los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes”⁵⁷.

Así, aunque lo ordinario sería que no hubiera ninguna incidencia (en el caso de una gestión pausada del expediente⁵⁸) y se cumpliera lo acordado entre las partes, sin alteraciones ni modificación salvo en casos cuando menos excepcionales⁵⁹, la regla habitual es que es posible modificar el contrato casi a plena libertad del órgano de contratación⁶⁰. Y esta situación —claramente

⁵⁷ SSTS de 16 de abril de 1999, 9 de octubre de 1995 y de 30 de abril de 1977.

⁵⁸ Como recomendada el Consejo de Estado, en su Memoria de 1992, p. 50.

⁵⁹ Vid. Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp.15-118. En el marcado carácter excepcional de esta prerrogativa ha insistido el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo, sobre el anteproyecto de la LCSP.

⁶⁰ El Tribunal de Cuentas —y los Órganos de Control Externo autonómicos— en sus Informes, con acierto, viene reiterando, insistimos, lo patológico de esta práctica. La dificultad de exigir responsabilidades está siendo un factor que “incentiva” el incumplimiento de las reglas y principios que quiebran con los modificados ilegales. Labor de control que va a resultar más difícil a raíz de la STS núm. 8506/2012, de 28 de noviembre de 2012 (que casa y anula otra de la Sala de justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (TCu) dictada el 17 de marzo de 2010 resolviendo el procedimiento de reintegro por alcance en relación con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, de Madrid), que limita la capacidad de control por alcance y lo condiciona a la existencia de un recurso contencioso previo. El argumento de que “no siendo impugnado dicho convenio, ni habiendo sido reparados tales pagos por la Intervención Municipal, ni habiéndose emitido informe con tacha alguna por parte de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento” no hay responsabilidad contable puede condicionar la función de control del Tribunal de Cuentas y sus homólogos, máxime cuando, hasta ahora, en el caso de los modificados nunca se ha acudido ante los tribunales. Queda el control, no obstante, remitido a la función de asesoramiento de intervención y servicios jurídicos que han de ser la pieza clave en el cumplimiento de la legalidad.

patológica— debe ser corregida para adaptar y situar adecuadamente a esta potestad de *ius variandi*⁶¹.

Téngase en cuenta que con las modificaciones contractuales injustificadas no solo se daña al erario público por el sobrecoste que va a suponer ese contrato, sino que constituye un fraude al principio de selección objetiva del contratista⁶², puesto que al final el precio pagado por la prestación objeto del contrato es con mucho la más onerosa de las ofertas presentadas por el resto de licitadores y candidatos a la adjudicación del contrato⁶³.

Como bien recuerda F. PUERTA SEGUIDO, el ejercicio de esta potestad debe ser excepcional, sin que desde la norma se haya producido una sustitución del principio básico que impone el cumplimiento de los contratos en los términos pactados por una práctica habitual y frecuente de modificación de los mismos, por más que el interés público prime y justifique el ejercicio de ese denominado *ius variandi*⁶⁴. Como ya he indicado con anterioridad, la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato. Ello no justifica, no obstante, la generalización de una prerrogativa que requiere

⁶¹ No se trata de prohibir esta técnica sino de redimensionarla a sus justos términos y hacerla compatible con el derecho comunitario.

⁶² No es una constatación novedosa. Ya ARIÑO ORTIZ denunció que el sistema de modificados “encierra en el fondo verdaderos contratos adicionales” y que “debe evitarse que los modificados se conviertan en un procedimiento irregular, sin licitación ni concurrencia”. Teoría del equivalente económicos en los contratos administrativos, Madrid, 1968, pp. 179 y 180 respectivamente. De especial interés por sus observaciones críticas al concreto ejercicio de esta potestad resulta igualmente el trabajo de L. MARTIN REBOLLO “Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, ob. Cit, pp. 575 a 658.

⁶³ Por todos, J.A MORENO MOLINA, La nueva Ley de Contratos del Sector Público, La Ley, Madrid, 2007, p. 640.

⁶⁴ F. PUERTA SEGUIDO, “El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 484

como presupuesto habilitante la concurrencia del interés público y ha de ejercitarse con respeto a una serie de límites, materiales y formales, que configuran esta facultad como un verdadera excepción de la regla⁶⁵. La excepcionalidad de la prerrogativa ha sido confirmada sin quiebra por la Jurisprudencia del TS que configura la modificación contractual como una facultad reservada para los supuestos legales tasados y cuya interpretación debe recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes. Como ya se ha dicho, la excepcionalidad de la facultad de modificación de los contratos resulta, no obstante, compatible con el recurso a la misma cuando el interés público lo exija. Criterio del que participa la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 50/03, de 12 marzo de 2004, donde recuerda el carácter restrictivo con el que han de interpretarse las facultades “que ostenta la Administración para la modificación de los contratos, afirmando, incluso, que una vez celebrado el contrato mediante licitación pública, la oferta del adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada por constituir un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación pública”⁶⁶.

⁶⁵ J.M. GIMENO FELIÚ, “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 149, p. 52.

⁶⁶ En esa misma línea el Consejo de Estado, desde antiguo, ha enfatizado el sometimiento a cauces estrictos de un “ius variandi” de la Administración que tiene su razón de ser precisamente en la salvaguardia del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración puede variar tales condiciones, en determinadas circunstancias y por razones de interés público, llevan a admitir el citado ius variandi de la Administración pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar la indebida alteración del referido principio de licitación pública. Es decir, la modificación de los contratos ha de tener carácter excepcional y no convertirse en práctica habitual, pues de lo contrario se encubrirán contrataciones que no observarán los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores de la contratación pública. Dictámenes del Consejo de Estado números 79/1993, de 1 de abril de 1993; 1508/1993, de 10 de febrero de 1994; 1629/1991, de 23 de enero de 1992, etc.

Por supuesto, como presupuesto habilitante el interés público debe ser real e indubitado⁶⁷. Un ejemplo es si puede o no utilizarse como justificación de un modificado la situación de crisis económica. Al respecto resulta de interés el Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la posibilidad de mantener el equilibrio económico de un contrato de gestión de servicios públicos mediante la modificación del precio del mismo. La crisis económica como causa de modificación del contrato. Y su conclusión es clara:

“del Tribunal Supremo, entre otras, la sentencia del de 2 de marzo de 1999, advierte que “no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias. Subsiste igualmente la necesidad de comprobar en el caso concreto si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente, pues la empresa contrata a riesgo y ventura y debe suponerse una mediana diligencia en los cálculos económicos efectuados al acordarse el precio de la retribución. En definitiva ello forma parte de uno de los elementos de juicio de que el empresario dispone para asumir el riesgo que todo negocio comporta”. En este sentido, es una constante en la jurisprudencia para aplicar la teoría del riesgo imprevisible, la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a este (vid Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2001, dictada por la Sección 7ª de la Sala 3ª en el Recurso núm. 8602/1995, de 20 de mayo de 1999, Recurso núm. 4547/1993 y de 30 de abril de 1999, Recurso núm. 7196/1992, ambas de la misma Sala y Sección).

Y es que, como afirma la sentencia de 3 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre, y en todo caso, la otra parte contratante —pues el que arriesga su dinero en un ne-

⁶⁷ Vid. CEPEDA MORRAS J., YÁÑEZ DIAZ C., y Otros, Comentarios a la legislación de contratos del sector público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 719-721.

gocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder—, en este caso la Administración municipal.

En el presente caso, cabe deducir que el riesgo primordial, cuya producción se pretende indemnizar con fundamento en el desequilibrio económico de la concesión, no es otro que el de las plazas para residentes no se encuentran ocupadas en su totalidad, y que, asimismo, las plazas de día tampoco están cubiertas en su totalidad. Ahora bien, ese riesgo no era en modo alguno imprevisible, sino que cabía perfectamente prever que la demanda de unas y otras plazas no estuviera bien calculada por la concesionaria cuando acudió al concurso (la licitación se produce en los primeros meses del año 2011 y el contrato se firma el 11 de abril de dicho año), y ello porque la imprevisibilidad de la que habla el artículo 278 RBASO y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando en una concesión de servicio público se produce una fuerte caída de la demanda, alude a acontecimientos extraordinarios que hacen que un determinado índice de demanda, que se mantiene hasta un momento concreto, caiga por la aparición de esos acontecimientos que hasta ese momento no se habían producido, lo que aquí no ha sucedido, porque la demanda en este caso no es que caiga, tras un periodo más o menos largo acorde con las previsiones, sino que ya, desde el principio, es notablemente inferior a la prevista. Pero esto no se debe a que surjan circunstancias nuevas, imposibles de prever en el estudio de mercado sobre las necesidades de residentes en la zona de influencia, sino que, sencillamente, lo que sucede es que la demanda real no se ajusta a la prevista porque las necesidades reales de plazas de residentes no eran las esperadas.

Entre otras circunstancias, la crisis económica mundial que se produce en el año 2008, y que afecta singularmente a España, es seguro que también habrá influido en la disminución de la demanda de usuarios de la residencia de ancianos, pues ha provocado una retracción en la actividad económica. Pero todas estas circunstancias podían ser conocidas por los licitadores, con tal de que su análisis de la situación, y las consiguientes previsiones, se hicieran ajustándose a los datos reales, y no atendiendo a expectativas que no respondían a los hechos, que es lo que aquí ha sucedido”.

b) La nueva regulación de los modificados en España tras la Ley de Economía Sostenible de 2011

La Ley de Economía Sostenible de 2011, por las exigencias de las autoridades comunitarias⁶⁸, aborda esta problemática y aprueba una nueva regulación de la modificación contractual que puede ser calificada de “revolucionaria”. Así, mediante la Disposición Adicional decimosexta, apartado séptimo, se introduce un nuevo Título V en el Libro I: Modificación de los contratos —introduce cuatro nuevos preceptos (del 92.bis al 92.quinquies), se reforma el 216 (obras a tanto alzado), el 217 (modificación del contrato de obras), el 226 (modificación del proyecto), el 233 (modificación obra pública), el 272 (contrato de suministro) y el 282 (contrato de servicios)⁶⁹—, advirtiendo que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar pres-

⁶⁸ La Comisión Europea ha cerrado el procedimiento de infracción contra España motivado por una serie de disposiciones contenidas en la Ley española de contratos públicos (Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, conocida como LCSP) y relativas a la modificación de dichos contratos tras su adjudicación, al haber sido la referida Ley sustancialmente modificada por una nueva norma, en concreto la Ley 2/2011, de Economía Sostenible (LES). En opinión de la Comisión el nuevo régimen establecido por la LES es una medida de la que cabe congratularse, puesto que limita la facultad de las entidades adjudicadoras para modificar los contratos públicos tras su adjudicación y permite disipar así la inquietud que había dado lugar a la incoación del procedimiento de infracción. No obstante, la Comisión advierte que someterá el nuevo régimen a un minucioso examen y un estrecho seguimiento, a fin de comprobar su compatibilidad con las Directivas de contratación pública de la UE y con la jurisprudencia en materia de modificación de contratos públicos y obras complementarias.

⁶⁹ También se modifican a estos efectos el artículo 20 y 195 LCSP. También se modifican los artículos 206, 207, 208, 220 y 284 (causas y efectos de resolución) e incluye nueva causa de resolución del contrato, como es “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la 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” —nuevo artículo 206.h) LCSP— lo que conllevará una indemnización al contratista con el 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista —nuevo artículo 208.6 LCSP—. En extenso me remito a mi trabajo “El régimen de modificación de los contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio, REDA 149, 2010. También. J. VAZQUEZ MATILLA “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, Revista Aragonesa Administración Pública núm. 37, 2010, pp. 317-351, T. MEDINA ARZAIZ, “Las principales novedades en la normativa contractual del sector público”, en libro col. Comentarios a la Ley de Economía Sostenible, La Ley, Madrid, 2011, pp. 153 y ss; y J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”, REDA núm. 153, 2012, pp. 253-276.

taciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento⁷⁰. Regulación que ha de aplicar todo poder adjudicador, aunque no tenga la consideración de Administración Pública (motivo por el que se reforma el artículo 20 TRLCSP). Novedad ciertamente destacada en tanto tradicionalmente, bajo la argumentación de estar sometidos al derecho privado, los poderes adjudicadores no Administración Pública entendían que no existían límites a la posibilidad de acordar modificados⁷¹. Ahora, los contratos públicos de esos entes también la verán limitada, en contra de lo que originariamente se buscaba, por la imposibilidad de pactar opciones de modificación que traspasen esas líneas rojas, pues como apunta el Consejo de Estado en ese dictamen sobre la LES, “[...] por primera vez la modificación de los contratos celebrados en el ámbito de Sector público es sometida a determinadas reglas que prevalecen sobre el régimen civil”⁷². Lo que se pretende, no es sino el establecimiento de barreras y limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes para modificarlos, y así justificar que se dificulte el fraude al mercado que es lo que primordialmente persigue la Unión⁷³. Y su control, por tanto, deberá residenciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa, al ser de aplicación normas de derecho público y estar en presencia de actos materialmente administrativos⁷⁴.

⁷⁰ Vid. los trabajos de M-A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en obra colectiva Observatorio de contratos públicos 2010, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011. pp. 174 y ss.; J. VÁZQUEZ MATILLA: “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, Revista Aragonesa de Administración pública, núm. 37, p. 330.

⁷¹ Una primera valoración sobre el contenido del nuevo régimen proyectado puede verse en el trabajo de L. MELLADO RUIZ, “El nuevo (y necesario) régimen de modificación de los contratos administrativos en el proyecto de Ley de Economía Sostenible”, ob. Cit., pp. 64 a 68.

⁷² Dictamen Consejo de Estado núm. 215/2010, de 18 de marzo de 2010.

⁷³ J.A. MORENO MOLINA, J.A y F. PLEITE GUADAMILLAS, La nueva ley de contratos del sector público, estudio sistemático, La Ley, 2011, p. 33.

⁷⁴ No ha sido esta la interpretación dada por el TSJ de Aragón (sección primera) en su Auto de 19 de marzo de 2013, en una cuestión de conflicto de competencias relativo a los modificados contractuales autorizados por una empresa pública. Se opta por una interpretación muy formal, alejada de los propios principios de fiscalización que aconsejan una interpretación subjetivo-funcional y se declara incompetente, llevando el asunto ante al juez civil. El supuesto, a mi juicio, era claramente de derecho administrativo. Ciertamente no ayuda la redacción del artículo 21 TRLCSP, pese a que el Consejo de Estado, en el Dictamen al Proyecto de Ley

La nueva regulación contiene, por tanto, unas previsiones de alcance general para todo poder adjudicador, sea o no Administración pública, intentando dar traslado de la doctrina del TJUE.

El artículo 105 TRLCSP regula los supuestos de modificación convencional —se ha previsto en el pliego— y dice:

“1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público solo 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 107.

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

2. 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 que pueda 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 171.b) y 174.b)”.

La regulación propuesta pretende limitar la práctica de los modificados tipificando los supuestos con el fin de que en cualquier otro distinto se proceda a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes⁷⁵. Se insiste en la idea de que la modificación del con-

de Economía Sostenible, sobre esta cuestión considero que era necesaria la reforma del 21.2 TRLCSP, para residenciar estas cuestiones en la en la jurisdicción contencioso-administrativa. También crítico con la regulación actual, S. MUÑOZ MACHADO, Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Iustel, 2011, tomo IV, p. 313.

⁷⁵ Resulta de especial interés la Circular de la Abogacía del Estado 1/2011, de 7 de abril, sobre régimen de la modificación de los contratos del sector público, que analiza los cambios efectuados y la transitoriedad de la norma.

trato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda 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 —solo si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b) TRLCSP—.

Y para ello el artículo 106 TRLCSP desarrolla cómo se deberá tramitar estableciendo que tal posibilidad se condiciona a que 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. Es decir, el pliego no solo debe prever la posibilidad sino que debe determinar y cuantificar en que y como procede esa modificación⁷⁶. Lo que tendrá sus efectos a la hora de calcular el valor estimado del contrato (por lo que se modifica, en tal sentido, el artículo 88 TRLCSP)⁷⁷.

⁷⁶ No basta, conviene insistir a la vista de la práctica diaria, con que el pliego de cláusulas administrativas remita a la normativa vigente en la materia. Como indica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Valencia núm. Valencia 3/2012, de 24 de mayo, deberán definirse con total concreción los supuestos en que pueda modificarse el contrato, por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva. Las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los lidiadores 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 oferta.

⁷⁷ Y es que, como indica F. VELAZQUEZ CURBELO, el precio es parte esencial del contrato. Manual práctico de contratación del sector público, Marcial Pons, Barcelona, 2008, pp. 32 y 63. Interesa destacar, en mi opinión, que aunque no se contempla para el caso de modificaciones previstas en los pliegos un porcentaje máximo del precio de adjudicación, no resulta

Y aunque nada se dice de forma expresa, lógicamente, como ha insistido el TJUE, serán requisitos *sine qua non* el que exista un interés público que lo aconseje, que no se afecte al contenido esencial y que se motive y acredite la causa que ampara finalmente el modificado⁷⁸. Es decir, no hay libertad para el *ius variandi* en la medida en que está en juego la necesidad de que el objeto de la contratación— prestación sea reconocible. Solo así se garantiza la igualdad de trato tal y como exige la STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, en su apartado 110⁷⁹.

El artículo 106 TRLCSP obliga, además, a indicar en los pliegos o en el anuncio de licitación 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. Como bien han apuntado Bernal Blay y Vázquez Matilla, dicho porcentaje de modificación previsto en el Pliego o en

admisibles la interpretación de que resultaría válido que cualquier porcentaje sería correcto pues al ser conocido “ex ante” y estar reflejado en el valor máximo del contrato, ni se limitarían derechos del contratista ni expectativas de otros licitadores (P. CALVO RUATA, “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza, 2012 p. 393). Como veremos, un presupuesto ineludible es no afectar al contenido esencial del contrato y el precio, lógicamente, es un *facto clave*, como ya pusiera de relieve la STJUE de 15 de enero de 2005, de condena Al Reino de España.

⁷⁸ Y habrá que entender que se afecta al contenido esencial en los supuestos en que se intenta la modificación de la forma de pago del contrato, de manera que habiéndose pactado una parte importante del precio como pago en especie, pase a abonarse totalmente en efectivo, afecta a una condición esencial (Informe 4/2012, de 1 de febrero de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón). Obviamente quedan fuera de la posibilidad de modificaciones las novaciones objetivas o tras la extinción del contrato (así lo advierte Informe 17/2011, de 6 de julio de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, al afirmar que a solicitud de modificación que pretende el contratista supone una novación contractual, pues implica la alteración de un elemento sustancial del contrato; la sustitución del inmueble objeto de permuta. Además, no es posible modificar un contrato extinguido por su cumplimiento. La modificación del contrato presupone, por definición, la vigencia del mismo, y no resulta admisible que el contratista, con posterioridad a la recepción de la obra, inste su modificación.

⁷⁹ Es este, por lo demás, el criterio de la Comisión que considera que el régimen de modificación de los contratos tras su adjudicación, tal y como estaba regulado en la LCSP 2007, no respeta los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en la Directiva 2004/18/CE, puesto que otorga a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos públicos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca.

el anuncio deberá haber sido tenido en cuenta previamente, a la hora de calcular el valor estimado del contrato, puesto que, como señala el artículo 88 TRLCSP, dicho valor debe incluir “cualquier forma de opción eventual” del contrato⁸⁰. El aumento que sufrirá el valor estimado del contrato por la adición del importe del modificado previsto puede repercutir en cuestiones como el procedimiento de adjudicación a utilizar o la publicidad de la licitación.

De no darse estos supuestos, y si la modificación no puede licitarse de forma independiente al objeto principal, pues este se desnaturaliza, lo que deberá acordarse es la resolución del contrato, y remodelando el objeto y condiciones de lo pretendido, contratar de nuevo. En todo caso, y como bien advierte P. CALVO RUATA, la fórmula legal proscribe la mera conveniencia o simple utilidad de una ejecución distinta a la pactada para embarcarse en la resolución del contrato y posterior celebración de otro⁸¹.

Una cuestión de interés es que, en el caso de resolución como consecuencia de la modificación en el supuesto del artículo 105.1, párrafo segundo del TRLCSP, debe determinarse la pertinente indemnización al contratista, pues es este quien de forma singular sufre el perjuicio económico que comporta la obligada resolución del contrato que sanciona dicha norma. Y aquí, lo conveniente sería fijar en el pliego el importe del tres por ciento del precio del contrato—. De no preverse este límite (analogía de los supuestos de resolución anticipada en las obras) puede ser problemático que el juez civil se atenga al mismo⁸².

⁸⁰ Vázquez Matilla, en “La modificación de los contratos administrativos: ...”, ob. cit, p. 559. A efectos de poder calcular el valor estimado de un contrato, el porcentaje máximo de modificación debe aplicarse sobre el precio del contrato, no sobre este más las prorrogas previstas (ver Informe de la Intervención general de la Comunidad de Madrid de 1 de marzo de 2012. contratos públicos. valor estimado-cálculo. Inclusión del % de modificación para calcular el valor estimado).

⁸¹ P. CALVO RUATA, “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, ob. Cit., p. 385. El nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III, es decir bajo los principios, determinaciones y con elección del procedimiento que mejor cuadre dentro de los previstos en este libro. Por tanto, no da opciones para acudir a adjudicaciones directas o maniobras similares. (p. 386).

⁸² Resultan de interés las observaciones de DÍAZ CORRAL y HAYEC RODRÍGUEZ sobre las variadas, posibles y negativas consecuencias que la obligada resolución puede ocasionar. “La Ley 2/2011 de Economía Sostenible y su incidencia en la Administración local”, Revista de Estudios Locales núm. 141, 2011, p. 62.

Junto a los denominados modificados convencionales (previstos en el pliego) el TRLCSP prevé, con límites, los denominados modificados legales por imprevisibilidad⁸³. Es decir, que la legislación española contempla dos supuestos de modificación del contrato público (opción que ahora, como se verá, se contempla en la propuesta de Directiva sobre contratación pública)⁸⁴.

Este último caso se regula en el artículo 107 TRLCSP que indica⁸⁵:

“Artículo 107. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación

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:

⁸³ Criterio imprevisibilidad que, recordamos, debe autointegrarse con la idea de la debida diligencia. Criterio de diligencia ya apuntado por C. BARRERO RODRIGUEZ, *La Resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, Madrid, 2000, p. 100. También A.R. RODRÍGUEZ CASTAÑO, “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, en libro col. *La contratación en el Sector Público tras la Ley 30/2007*, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, pp. 411-412.

⁸⁴ Se acoge la tesis apuntada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 43/2008, al afirmar que “la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de establecer a priori una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligatorio del contrato”. Criterio que igualmente se defiende en el Informe 5/2010, de 23 de julio de 2010. La Circular 01/2011, de la Abogacía del Estado ayuda también a clarificar el alcance de esta alteración de las condiciones esenciales de la licitación, como por ejemplo en los casos de solvencia, y señala que estaremos ante unas “condiciones de solvencia sustancialmente distintas cuando el proyecto modificado exija una clasificación antes no requerida, o la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido, así como la exigencia, por consecuencia de la modificación, de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida, en tanto no se dará esa modificación sustancial cuando la nueva categoría exigible es la inmediatamente superior”.

⁸⁵ Excelente glosa de este precepto puede verse en el trabajo de P. CALVO, “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, ob. Cit., pp. 395-404.

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.

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 iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por 100 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”.

Este precepto pretende limitar los supuestos de modificaciones no previstas en el pliego, tratando de dar cierto margen de actuación pública⁸⁶. Y se concreta en qué casos se altera el contenido esencial (supuestos que se pueden y deben extrapolar a los modificados convencionales).

Con esta dualidad de regímenes —convencional y legal⁸⁷— surgen las dudas de si la reforma se ajusta a la legalidad comunitaria, en tanto se permiten modificados no previstos —aunque es cierto que limitados en todo caso a un máximo del diez por ciento al alta y a la baja del precio del contrato— y a que

⁸⁶ Debe tenerse en cuenta la Resolución de 28 de marzo de 2012, por la que se publica la Recomendación de la JCC Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 TRLCSP sobre las modificaciones de los contratos, recoge una serie de precisiones al contenido de dicho precepto a fin de realizar una interpretación uniforme en toda la Unión Europea y coherente con las Directivas en materia de contratación pública y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del nuevo régimen de las modificaciones de los contratos públicos.

⁸⁷ Junto a los supuestos del artículo 107 TRLCSP debe citarse, para los contratos administrativos exclusivamente, el supuesto del 234.3 TRLCSP pues como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 23/2011, de 12 de septiembre, “El supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP — alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras— es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 92 quarter LCSP. En concreto, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior, el de la medición final de la obra”.

exista inadecuación, fuerza mayor⁸⁸ o ajuste a nuevos estándares técnicos⁸⁹, o *factum principis*⁹⁰, que no afecten al contenido esencial (dando parámetros para entender cuándo concurre tal circunstancia), lo que puede interpretarse como que en los anteriores supuestos —los previstos— sí que podría alterarse el contenido esencial⁹¹. Tal posibilidad interpretativa, como ya hemos anticipado, aunque parece no encajar con la jurisprudencia del TJUE no supone, en mi opinión, una quiebra del modelo, en tanto es condición *sine qua non* exige que en ningún caso pueda alterarse el contenido esencial del contrato y hay un claro límite cuantitativo sobre el precio (de hecho es la opción, como se verá, de la propuesta de Directiva).

Cuestión de interés es la relativa a la transitoriedad de esta regulación y su aplicación o no a los contratos ya existentes y en ejecución. Pues bien, la Co-

⁸⁸ La Circular 1/2011 de la Abogacía del Estado lo interpreta en sentido diferente al artículo 231 TRLCSP, aplicando las reglas del artículo 1105 del Código Civil.

⁸⁹ Este concreto supuesto es más bien una condición de ejecución —sobre todo en los de larga duración— ligada a la conocida cláusula de progreso. Vid. QUINTANA LOPEZ, A., “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, núm. 131, 2006, pp 421 a 444.

⁹⁰ El principio de *factum principis* exige una actuación administrativa que altera las condiciones del contrato. Así lo ha admitido tanto la jurisprudencia —STS de 29 de mayo de 2007— como la doctrina administrativa: por todos, Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos”. Si se acreditare por la Administración concedente que con posterioridad a la adjudicación del contrato se han tomado decisiones administrativas que han podido condicionar el régimen económico de explotación —por ejemplo, nuevas infraestructuras no previstas en la memoria económica que disminuyen la afluencia de tráfico viario— nos encontraríamos ante un caso de *factum principis* que obligaría a un reajuste del contrato. En todo caso convendrá determinar la existencia de los elementos propios: a) alteración indirecta de la prestación no debida a riesgo imprevisible; relación de causalidad entre medida y perjuicio, mayor onerosidad del contrato y carácter evaluable del mismo, y ausencia de culpa del contratista. Entre los Dictámenes del Consejo de Estado pueden citarse 1083/2010 (relativo al Código Técnico de Edificación) o 225/2009 (nuevas medidas de seguridad en túneles).

⁹¹ Vid. la opinión de BERNAL BLAY, M. A., en “Reflexiones...”, op. cit., p. 186. A su juicio “hemos pasado de justificar la modificación de los contratos por causas imprevistas, con una interpretación laxa del concepto, que consideraba imprevistas todas las causas que no habían sido expresamente contempladas en el Pliego, a un concepto de alcance distinto, el de causas imprevistas, acompañado a su vez de una interpretación estricta y limitada a aquellas que reseña el artículo 92 quáter, lo que constituye un evidente “exceso de frenada”. En el mismo sentido opina J. VÁZQUEZ MATILLA: “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. 37, p. 330.

misión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía, en Recomendación 1/2011 de 29 de marzo, sostuvo la aplicación a estos supuestos de los mismos criterios contenidos en la disposición transitoria primera, apartado primero de la Ley 30/2007⁹². Es decir, los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. Y 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.

Por ello, añadía que los expedientes de contratación en los que aún no se hubiera abierto la fase de licitación deberían adaptar sus previsiones a la LCSP reformada, incorporando el régimen que prevé la Ley 2/2011.

Por su parte, la Circular del Abogado General del Estado 1/2011 de 7 de abril de 2011, citada, sin dejar de afirmar el claro sentido de esta DT 7^a al que no renuncia, estima que el criterio correcto, por ajustado al derecho de la UE, consistiría en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no solo 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 está en fase de ejecución, en razón de que ese régimen de ejecución no surge *ex novo*, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea⁹³.

Sin duda es esta la interpretación correcta desde la lógica del efecto útil del derecho comunitario. Es el criterio, recordamos, adoptado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 3/2009, de 19 de abril, sobre “Consideraciones sobre la posibilidad de modificados de contratos y posible afectación del principio de publicidad”, donde, en un contrato adjudicado con la legislación anterior a la LCSP de 2007, se concluye la necesidad de

⁹² En el mismo sentido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en el Informe 23/2011, de 12 de Septiembre de 2011 y la Junta Consultiva de Contratación de Madrid de la Comunidad de Madrid, en su Acuerdo 4 /2011 de 26 de abril de 2011.

⁹³ En el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 23/2011, de 12 de septiembre se afirma que la normativa aplicable a un eventual modificado de un contrato debe ser la vigente cuando se celebró el mismo, lo que no impide que dicha normativa pueda y deba ser interpretada necesariamente en coherencia con las Directivas Comunitarias y con la interpretación que de las mismas realiza el TJUE.

aplicar los criterios de la doctrina del TJUE: “Las modificaciones de un contrato deben respetar en todo caso las exigencias del derecho comunitario, pues de lo contrario nos encontraremos en presencia de un nuevo contrato que obligará a su licitación y nueva adjudicación mediante procedimientos concurrentes”.

En definitiva, aunque es cierto, que la reforma efectuada en España es un notable avance, no parece compatible de forma completa con las exigencias comunitarias e introduce dudas e inseguridad jurídica, lo que no evitará que la técnica del modificado se utilice como fraude⁹⁴. Es necesaria una regulación clara a partir de las exigencias fijadas por la jurisprudencia comunitaria, en la que sería posible admitir —con una previsión detallada— tanto la cláusula de progreso como de fuerza mayor como supuestos de “ajuste” del propio contrato que no quebrarían el principio de igualdad de trato.

Por lo demás, parece conveniente, amén de avanzar en la idea de una gestión pausada del proyecto que posteriormente favorezca su rápida ejecución sin incidentes⁹⁵, que se regule mejor la responsabilidad de los autores de proyectos y directores de obras —exigiendo el replanteo previo antes de la apro-

⁹⁴ Un ejemplo —aun siendo mejorable— podría ser la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos de Navarra en su artículo 105 que indica que ninguna modificación puede suponer transformación del objeto y que cuando se supera el límite del cincuenta por ciento debe licitarse por procedimiento negociado (no adjudicación directa al mismo licitador). M. RAZQUIN destaca como el modelo de esta Ley Foral limita la potestad del *ius variandi*, lo que, a su juicio, debe redundar en una mejor preparación del contrato y en evitar la fuga de los principios de la contratación pública (especial concurrencia e igualdad de trato). “La ejecución de los contratos. Retribución y revisión. La extinción e invalidez de los contratos”, en libro colectivo *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, INAP, Pamplona, 2006, pp. 427-428.

⁹⁵ Sorprende, cuando menos, que en los supuestos de contratos de colaboración pública privada, donde realmente existe transferencia de riesgos en la construcción, no suele darse los supuestos de modificación contractual. Y ello porque el beneficiado con este cumplimiento correcto es el propio contratista. Por todos, sobre esta ventaja del contrato de CPP en el cumplimiento en fase de ejecución, me remito a T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 665 y 666. En el Reino Unido se exploró ya esta modalidad contractual a través de los *Project Finance Initiative* (PFI), que se configuran como instrumentos para un efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión de sector privado y donde el criterio rector de estas PFI es el “Value for Money” en tanto parámetro de eficiencia. Al respecto resulta de interés el estudio de DE LA CRUZ FERRER, J., “Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, 2000, pp. 471-486 así como el trabajo de NIETO GARRIDO, E., “La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido”, *RAP* núm. 164, 2004, pp. 389-406.

bación del proyecto⁹⁶— y, en general, de todo personal responsable de la ejecución del proyecto⁹⁷. Y debe existir auténtica imprevisibilidad y no mera imprevisión, ni mucho menos error o cambio de criterios políticos⁹⁸. Además, como indica J. COLAS, es obvio, pues, que no sirven las tradicionales “*cláusulas de estilo*”, que pueblan y anidan en los pliegos de las entidades del sector público, para dar por cumplido el requerimiento de previsión que el precepto exige. Se exige rigor, no improvisación, objetividad, no mero parecer; y posibilidad de verificación, no adivinación o intuición⁹⁹.

4. LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL EN LAS PROPUESTAS DE NUEVAS DIRECTIVAS. RÉGIMEN Y CONTROL

Una importante novedad en la Propuesta de Directiva sobre contratación pública es que, junto a otras cuestiones propias de los efectos de los contratos, se regula como elemento de las reglas de adjudicación del contrato las incidencias de la ejecución del mismo que obligan a una modificación. Regula así los supuestos en que podrá darse por válida una modificación sin que sea

⁹⁶ Como bien proponía R. CASTAÑEDA SÁNCHEZ en su trabajo “Reflexiones sobre la supervisión de proyectos: ¿cuándo y cómo la supervisión de proyectos?”. Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos, Número 3443, 2004, pp. 19-30.

⁹⁷ La cuestión de la responsabilidad del autor del proyecto es un elemento clave para regular esta problemática. Así lo habían entendido ya en el Derecho Romano. Como indica DE LA PEÑA OLIVAS, J.M, ya antes de Cristo, debían ser corrientes los modificados de obra. Según Vitrubio, que fue arquitecto de Julio Cesar, en Éfeso existía una ley por la que se obligaba al arquitecto cuando se le encargaba dirigir una obra pública, a fijar el coste máximo y, fijada esta cantidad quedaban hipotecados todos sus bienes ante el magistrado hasta que la obra estuviera totalmente terminada. Acabada esta, si el coste había respondido a lo estipulado, quedaba el arquitecto libre y era premiado con decretos honoríficos; en caso contrario, si el exceso no sobrepasaba el 25%, la diferencia se pagaba con dinero público y el arquitecto no quedaba sometido a pena alguna, mientras que el exceso del 25% se abonaba con cargo a los bienes del arquitecto. “Alcance y organización de las obras públicas en el Imperio Romano (Nuevos Elementos de Ingeniería Romana)”, III Congreso de las Obras Públicas Romanas. Astorga 2006, Junta de Castilla y León - Colegio de Ingenieros T. de O. P, p. 354.

⁹⁸ No comparto, por ello, la opinión de JIMENEZ APARICIO, al entender cumplida la imprevisión con la deficiencia del proyecto. Comentarios a la legislación de contratación pública, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, Tomo III, pp. 932 a 933.

⁹⁹ J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, ob. Cit., p. 269.

necesaria una nueva licitación. Y abre la posibilidad al control de esta potestad mediante los instrumentos de las Directivas “recursos”. Lo que se pretende, en definitiva, es el efecto útil de los principios de la contratación pública que se proyectan en todas las fases del contrato con el fin de preservar la regla de la competencia y la eficiencia.

a) El régimen de la modificación contractual en las nuevas Directivas

La nueva normativa, quizá de una manera confusa, intenta fijar los límites y reglas que pueden amparar un modificado en un contrato público. La propuesta supone cierta innovación sobre la doctrina del TJUE en la materia, lo que exige cierta precaución en su concreta interpretación, limitada por el respeto a los principios de toda contratación pública y, en especial, el de igualdad de trato.

La regla general es que se prohíbe cualquier modificación que suponga la alteración del contenido sustancial (no se utiliza la palabra esencial) del contrato, en cuyo caso será necesario una nueva licitación (artículo 72.1). Se considera que cuando el valor de una modificación pueda expresarse en términos monetarios, la modificación no se considerará sustancial cuando su valor no supere los umbrales fijados en el artículo 4 y sea inferior al 5 % del precio del contrato inicial, siempre que la modificación no altere la naturaleza global del contrato (cuando se efectúen varias modificaciones sucesivas, el valor se calculará sobre la base del valor acumulado de las sucesivas modificaciones).

También matiza que las modificaciones de un contrato no se considerarán sustanciales cuando hayan sido previstas en la documentación de la contratación, en opciones o cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. En dichas cláusulas se indicará el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que podrán aplicarse. Es decir, se habilita la regla de que los modificados convencionales podrán alterar sustancialmente el mismo, con el límite de que no se altere la naturaleza global del contrato.

Con intención de aportar seguridad jurídica, se indica en qué casos se considera que existe una modificación sustancial —lo que obligaría a una nueva licitación— cuando:

- a) la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la adjudicación del contrato a otro licitador;
- b) la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista;
- c) la modificación amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente.
- d) la sustitución del socio contratista (salvo los casos de sucesión total o parcial por reestructuración empresarial en tanto se respeten los principios de la licitación).

De la lectura de los supuestos se deduce que, por su propio fundamento y funcionamiento, los supuestos de las letras a) y b) obligarán en todo caso a una nueva licitación ya que nunca habrán figurado en el pliego. Así, será posible una modificación sustancial sin licitación, es decir, con el contratista, cuando se amplíe el objeto pero se haya previsto la forma de su concreción en el pliego. Siempre con el límite de no alterar la naturaleza global (esencial) del contrato. La reconocibilidad de la prestación de origen ha de ser, sin duda, un parámetro interpretativo de referencia.

Nunca será posible una modificación cuando la modificación tenga por objeto subsanar deficiencias en la ejecución del contrato por el contratista o sus consecuencias, que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales; o cuando la modificación tenga “por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista” (artículo 72.7).

Hasta aquí puede afirmarse que el diseño normativo resulta coherente con la doctrina del TJUE (que, insisto, seguirá siendo el principal parámetro interpretativo. Sin embargo, quizá por las presiones de los Estados frente a las consecuencias prácticas en los contratos, la propuesta de Directiva precisa que una modificación sustancial no requerirá un nuevo procedimiento de contratación —aunque se deberán publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea un anuncio sobre tales modificaciones— cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

- a) que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador diligente no podría prever;

- b) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato;
- c) que cualquier aumento del precio no sea superior al 50 % del valor del contrato inicial.

Es decir, parece reconocerse, *ex lege*, los supuestos de modificación por imprevisibilidad hasta el cincuenta por ciento del valor del contrato y siempre que no se afecte al contenido esencial. Se abre un peligroso portillo que ha de generar dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al necesario principio de seguridad jurídica y que exige una labor interpretativa conforme a los principios de la contratación pública, con el fin de evitar que sirva de subterfugio a prácticas clientelares o mal diseño del contrato.

Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia¹⁰⁰, en tanto, como bien recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apdos. 116-118)—. Así, las nuevas necesidades, en tanto no obedecen al criterio de imprevisibilidad, deberán ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial (naturaleza global) del contrato¹⁰¹. No en vano, la ya citada STJUE de 23 de enero de 2013, de condena al Reino de España, sobre proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España —AVE—, critica que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: “*el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación.*”

Parecido régimen se contiene en la propuesta de Directiva de Concesiones que regula, en única disposición y para cualquier modalidad de concesión —ar-

¹⁰⁰ Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LOPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. Cit, p. 1.035.

¹⁰¹ MEILÁN GIL, J. L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.

título 42—, el concepto de modificación, requisitos de procedencia, así como los límites de aplicación¹⁰². La Directiva establece como límites a la modificación contractual en supuestos de imprevisibilidad que no se superen los umbrales del artículo 5 *ni se exceda de un cinco por ciento del precio del contrato original con la salvaguarda de que en ningún caso se puede “alterar el carácter global del contrato”*¹⁰³. Se regula, también, la *modificación convencional*, que deberá, como hemos venido explicando, ser desarrollada mediante cláusulas *claras, precisas e inequívocas y que requiere como presupuestos habilitantes, al igual que en los contratos públicos lo siguiente*: a) que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que un poder adjudicador o una entidad adjudicadora *diligente* no podía prever; b) que la modificación no altere el carácter global de la concesión; y c) en el caso de concesiones adjudicadas por *poderes adjudicadores*, que el aumento del precio no sea superior al cincuenta por ciento del valor de la concesión original.

La propuesta de Directiva establece que la actuación *diligente* del poder adjudicador o entidad adjudicadora en relación con la *imprevisibilidad* de las circunstancias debe determinarse en atención a los siguientes elementos: los recursos de que se disponían, la naturaleza y características del proyecto específico, las buenas prácticas del ámbito en cuestión y la necesidad de asegurar una proporción adecuada entre los recursos destinados a la preparación de la adjudicación y su valor previsto (Considerando 35).

Por ello, la regulación suscita las mismas críticas ya apuntadas que, en este marco de concesiones, todavía son más sensibles¹⁰⁴. La interpretación deberá

¹⁰² Los considerandos 34 a 37 de la Directiva introducen interesantes elementos explicativos (por ejemplo, precisión del concepto “circunstancias imprevistas”) que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar dichas reglas. Vid. X. LAZO VITORIA, “La propuesta de Directiva de concesiones: rasgos fundamentales”, publicado en www.obcp.es, 23 de marzo de 2013.

¹⁰³ La Comisión de Mercado Interior PE propone, en cambio, un límite económico único: la modificación será admisible si su monto no supera “el 10% del precio actualizado del contrato original”. El Consejo de la UE, por su parte, ha optado por mantener el criterio doble pero con umbrales diferenciados en razón del objeto del contrato a modificar: 10% en el caso de los servicios y 15% en el caso de las concesiones de obras.

¹⁰⁴ Vid. E. LOPEZ MORA, “La futura regulación de la modificación los contratos de concesión durante su vigencia”, publicado en www.obcp.es, 28 de enero de 2013. En su opinión, se debe criticar el hecho de no haber sabido aprovechar la oportunidad para particularizar el límite cuantitativo de las modificaciones en función del contrato o concesión en proporción a la magnitud y duración del contrato en cuestión.

cohonestar los principios e intereses en juego, evitando una alteración indebida de las reglas de competencia.

b) El control de los modificados como elemento clave al correcto ejercicio de esta prerrogativa

Interesa destacar que la propuesta de Directiva sobre contratación pública establece la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego¹⁰⁵. Esta obligación obligara a replantear la actual situación en España en virtud de la interpretación que se está dando a la redacción del artículo 40 TRLCSP, que dice ahora¹⁰⁶:

“Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación”.

¹⁰⁵ Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que ex artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado —independientemente de su importe— y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Vid, M.A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, ob. Cit., pp. 203-210. Recientemente, en Extremadura, mediante el artículo 8 de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, del Gobierno Abierto, se contempla la obligación de publicar los modificados. Obligación que también se contempla en el Proyecto de Ley de Transparencia en tramitación parlamentaria (artículo 7).

¹⁰⁶ Contrario a la posibilidad de recurso especial se posiciona P. CALVO RUATA, al considerar que contrario al recurso especial: “lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial está concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en fase de preparación y adjudicación. Pero además, porque la concreción de la modificación cuando esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego conlleva que si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori”. “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, ob. Cit., p. 407.

Como bien explica M.A BERNAL BLAY, dicha “aclaración” no se encontraba en el Proyecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, sino que fue introducida en el texto al ser aprobada la enmienda nº 31, planteada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista. Resulta sorprendente, cuando menos, la justificación ofrecida para ello¹⁰⁷:

“La disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha introducido una serie de cambios en la modificación de los contratos del Sector Público que plantean la cuestión de quién debe conocer de los recursos que puedan plantearse contra los acuerdos adoptados en relación con ellos. Especialmente relevante es el caso en que la controversia jurídica se suscite en relación a si debe o no procederse a la convocatoria de nueva licitación”.

Sorprende la solución adoptada por el legislador habida cuenta del razonamiento seguido para su justificación. Planteada la cuestión de la competencia para conocer de los recursos que puedan plantearse contra los acuerdos adoptados en relación con la modificación de los contratos públicos, parece una solución lógica remitir la cuestión al órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación (el Tribunal Administrativo Central, u otro, porque recordemos que el Tribunal Administrativo Central no es el único órgano que conoce de estos recursos) para que sienta criterio sobre su competencia para conocer del asunto. En cambio, en lugar de eso se decide “zanjar legalmente la cuestión”, excluyendo la posibilidad de modificación. Curiosa resulta esta solución cuando no el Tribunal Administrativo Central pero sí el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya se pronunció al señalar en su guía de procedimiento para la tramitación del recurso especial en materia de contratación que “...Son impugnables... los actos de trámite siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos... En particular, a título de ejemplo, las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal —por ejemplo, los encargos de ejecución a medios

¹⁰⁷ M.A. BERNAL BLAY “El control sobre la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 1 de septiembre de 2011.

propios o *los modificados que no cumplen los requisitos legales*—...”¹⁰⁸. Además, la reciente modificación de la normativa autonómica aragonesa sobre contratos públicos (Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, modificada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), ha introducido una nueva disposición (artículo 12.bis) que, tras señalar la obligación de publicitar los acuerdos de modificación de los contratos, señala expresamente la posibilidad de interponer recurso contra tal acuerdo de modificación¹⁰⁹:

“...Artículo 12 bis. Publicidad de los modificados.

- 1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en todo caso, en el Boletín Oficial y perfil en que se publicó la adjudicación, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.*
- 2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales...”*

La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales¹¹⁰, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal po-

¹⁰⁸ Esta guía se encuentra disponible en la web del Tribunal de Aragón: http://www.aragon.es/estatisticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal_admvo_contratos/Guia_procedimiento_recurso_especial_TRLCSP.pdf

¹⁰⁹ En el mismo sentido, el artículo 20 de Ley Foral de Contratos Públicos (modificada por Ley 3/2013, de 25 de febrero), prevé la notificación de las modificaciones contractuales a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación, de no ajustarse a los requerimientos legales.

¹¹⁰ Vid. A. I. BELTRAN GOMEZ, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en www.obcp.es, 8 de octubre de 2012.

testad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal¹¹¹. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados¹¹².

Esta opinión, favorable a la recurribilidad de los acuerdos de modificación de los contratos públicos no es, sin embargo unánime. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se ha pronunciado sobre la cuestión en sentido contrario, hasta en dos ocasiones, en el mes de junio de 2011. En su Resolución 17/2011, de 8 de junio, el Tribunal Madrileño concluye que “de acuerdo con la regulación del artículo 310 de la LCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, en relación a los contratos sujetos al Derecho comunitario, los actos del procedimiento de licitación son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, mientras que cuando se trata de actos de ejecución del contrato (modi-

¹¹¹ El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que “II. Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1.000.000 € para los contratos de obras, y de 100.000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso-administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos”.

¹¹² La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el “ius variandi” en la medida en que está en juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de “ius variandi” de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: “Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «ius variandi»”.

ficación, resolución, desistimiento posterior o cualquier otro) cabe el régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. La misma opinión confirmaría más tarde, en su Resolución núm. 30/2011, de 29 de junio, en la que se inadmite un recurso especial planteado contra la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de establecimiento es inferior a 500.000 euros, pero cuya adjudicación se propone a una empresa que contempla una inversión superior a dicha cifra. El Tribunal razona que “no cabe interpretar que como consecuencia de la adjudicación, una vez superado el umbral, a partir de ese momento cabe el citado recurso y por tanto ahora sería competente este Tribunal cuando no lo ha sido para controlar los actos anteriores. El mayor importe derivado de la mejor oferta del adjudicatario afectará a una fase posterior, que es la de ejecución del contrato, que no está sujeta al control de los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación”.

Pero esta discusión sobre la exclusión de los “modificados” del ámbito objetivo del recurso especial, con la nueva regulación que se propone en la Directiva, queda ahora superada. Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración¹¹³. No en vano una modificación ilegal es una “nueva adjudicación” (STJUE de 19 junio 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, Cfr. apdo 34), y por tanto, esa “nueva adjudicación” forma parte del objeto de recurso especial¹¹⁴. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción

¹¹³ Vid. las oportunas reflexiones al respecto de I. GALLEGO CÓRCOLES “Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación”, en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, nº 113 (2011), p. También. M.A BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución...”, ob. Cit., pp. 203-208.

¹¹⁴ Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos, *La Ley*, Madrid, 2011, 101). Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.

y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad¹¹⁵. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterios funcionales relacionados con la causa del contrato.

Por lo demás, si como gráficamente indicaba J. COLÁS TENAS la “era del reformado” había terminado no tiene sentido excluir del ámbito del recurso especial en materia de contratación el control sobre el cumplimiento de los nuevos requisitos establecidos¹¹⁶.

5. CONCLUSIONES. LA TRANSFORMACIÓN DEL IUS VARIANDI EN UN CONTEXTO DE EFICIENCIA E INTEGRIDAD

De todo lo expuesto se puede concluir con la idea de que la efectividad del principio de concurrencia y del principio de igualdad de trato exige una interpretación restrictiva a esta posibilidad de la modificación de los términos y pactos del contrato —entendida como una potestad condicionada— en la que, en tanto parte del procedimiento de adjudicación, junto a los trámites propios a esta práctica administrativa¹¹⁷, debería darse trámite de au-

¹¹⁵ Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)

¹¹⁶ J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible”, REDA núm. 153, 2012, pp. 253-276.

¹¹⁷ Sigo en este punto a F. PUERTA, “El régimen de la modificación...”, ob.cit., pp. 506 a 509. Sucintamente, por ser una cuestión de menor problemática práctica, conviene recordar los trámites procedimentales que se deben cumplimentar en un modificado contractual. a) Propuesta del servicio administrativo competente en la que se motive y fundamente la concurrencia de las circunstancias legales o pactadas que justifiquen la modificación. En la propuesta motivada habrá de valorarse la cuantía de la modificación a efectos de la determinación del alcance, sustancial o no, de la modificación y del restablecimiento del equilibrio económico del contrato. b) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma. c) Audiencia del contratista, por plazo mínimo de tres días. Especial relevancia cobra la contradicción en el ejercicio del ius variandi, singularmente en la nueva legislación contractual. Hemos de recordar

diencia a todos los licitadores interesados en ese contrato, dando posibilidad a su impugnación en caso de entenderse que la modificación no cumple los requisitos que la habilitan y, por ello, estamos en presencia de una nueva adjudicación¹¹⁸. No puede desconocerse que “estas prácticas presentan serios

aquí que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo había relativizado la exigencia del trámite de audiencia del contratista “de manera que únicamente cuando genere indefensión en el interesado podrá servir para producir efectos invalidantes”. La tramitación del expediente contradictorio no determina la paralización del contrato, salvo que así lo exija el interés público o la naturaleza de las incidencias así lo requiera. d) Informe del servicio jurídico correspondiente cuando la Administración contratante sea el Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales. La legislación de contratos no determina el carácter del informe. Una vez más la aplicación subsidiaria de las previsiones de la ley 30/92 nos lleva a concluir afirmando que el informe es preceptivo pero no vinculante, tal y como establece la legislación básica en el artículo 83.1. e) Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando la cuantía de las modificaciones, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato y este sea igual o superior a 6.000.000 de euros. De la regla contenida en los artículos 211.3.b) y 107.2 y 3.d) se deduce que este informe del órgano consultivo correspondiente solo es exigible para el procedimiento en el que se llevan a cabo las modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación, porque los modificados no previstos no pueden superar ese porcentaje, de conformidad con lo establecido en ese artículo 107.2 y 3.d) del TRLCSP. En este último supuesto estaríamos ante una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación del contrato proscrita por el artículo 107 del TRLCSP y que, por tanto, no cabe su promoción por vía de modificación no prevista del contrato. f) Acuerdo motivado del órgano de contratación aprobando la modificación del contrato. Concluye el expediente con este acuerdo, obligatorio para los contratistas, que, tal y como prescribe el artículo 211. 4, pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutivo (artículos 219.1 y 211.4 RDLeg 3/2011; antiguos 202.1, in fine, y 195.4 LCSP), sin perjuicio de las impugnaciones que resulten procedentes conforme a derecho.g) La formalización de la modificación. El artículo 102. e) del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, exige la formalización en documento administrativo” de la modificación llevada a cabo sobre el contrato originario, pudiendo solicitar el contratista, a su cargo, la elevación de la modificación a escritura pública (art. 156 TRLCSP).

¹¹⁸ Así lo han defendido con buen criterio los profesores SAINZ MORENO (“Prerrogativas de la Administración”, en libro colectivo *Derecho de los Contratos Públicos*, Praxis, Madrid, 1996, p. 448) y MARTIN REBOLLO (“Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras)”, en libro col. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed, Civitas, Madrid, 2004, p. 579. Un avance al respecto se contiene en el artículo 10. 3 de la Ley Gallega 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega al indicar que se deben publicar las modificaciones del contrato adjudicado que supongan un incremento igual o superior al 20 % del precio inicial del contrato, y este sea superior a 1.000.000 €”.

problemas de compatibilidad no solo en relación con la normativa de contratación —pueden ser contrarias a la libre concurrencia—, sino también con las disposiciones presupuestarias y económicas a las que están sujetas las Administraciones Públicas, ya que afectan a los costes de la inversión pública y dificultan el control presupuestario¹¹⁹.

En suma, para que una eventual modificación de un contrato público —para todo poder adjudicador, sea o no Administración pública y los entes sometidos a la Ley 31/2007— se atenga a la legalidad comunitaria, amén de la imprevisibilidad y necesaria existencia de interés público (presupuestos habilitantes y auténticos conceptos jurídicos indeterminados), insistimos en que sería preciso que se cumplieran las dos condiciones relativas a que la modificación no afecte a ninguna condición esencial/importante de la licitación (lo que equivaldría a la celebración de un nuevo contrato, lo que, en principio, requiere un nuevo procedimiento de adjudicación); así como que la posibilidad de incluir una modificación, así como sus modalidades, estén previstas de forma clara, precisa e inequívoca en la documentación de la licitación¹²⁰. Solo así

¹¹⁹ Así lo afirman J.A. MORENO MOLINA, y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva ley de contratos del Sector Público*, La Ley, 3ª edición, Madrid, marzo 2011 p. 979. y M. GARCÉS SANAGUSTIN, “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, ob. Cit., p. 67.

¹²⁰ Como bien ha destacado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 13/2011, de 4 de mayo, “Es necesario insistir en la necesidad de ejercer correctamente, conforme a los parámetros comunitarios, la prerrogativa de modificación del contrato, que debe prever sus reglas de tramitación, los límites cuantitativos, y no afectar a ninguna condición esencial del contrato. A estos efectos, en el subapartado dedicado a las modificaciones previstas, debe sustituirse la expresión “...con arreglo al alcance y los límites allí establecidos, que deberá indicar expresamente el porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo puedan afectar”, por la más adecuada de “...en las circunstancias, con las condiciones, alcance y los límites allí establecidos; que deberán indicar expresamente el porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo puedan afectar”. Los términos “circunstancias y condiciones”, junto al alcance, límites y porcentaje, deben incluirse también en la frase siguiente, dedicada al supuesto de prever varias causas de modificación y en el anexo correspondiente.

Es también necesario, que en todos los casos, a excepción de los pliegos correspondientes a contratos de obras —para los que el artículo 217.2 LCSP ha previsto el procedimiento de fijación de los precios aplicables a las unidades nuevas no previstas en el proyecto—, se incluya una mención relativa a este extremo en la cláusula destinada a la modificación, en el sentido de que debe recogerse en el Anexo el procedimiento de fijación de nuevos precios, si estos se derivan de la modificación”.

se da sentido a la finalidad de los principios de la contratación pública —en especial de concurrencia e igualdad de trato—¹²¹. Y parece evidente que debe existir un interés público real e indubitado que aconseje esta opción¹²².

El reciente Acuerdo 44/2012, de 9 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en un contrato de privatización del servicio público del agua (en modalidad CPPI y un valor estimado de mil cien millones de euros) aborda esta cuestión, anulando el pliego por la deficiente regulación de esta posibilidad de modificados, lo que afecta a la determinación del objeto en el futuro, ya que no se prevén los trámites y umbrales que permitan, ante circunstancias imprevisibles de interés público, una modificación contractual.

“La simple cita o remisión al Título V del Libro I del TRLCSP contenida en la cláusula 30 del PCAP incumple las exigencias del marco jurídico vigente. El artículo 106 TRLCSP desarrolla cómo se deben tramitar los supuestos de modificación contractual, estableciendo que tal posibilidad se condiciona a que 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. Es decir, el PCAP no solo debe prever la posibilidad, sino que debe determinar y cuantificar

¹²¹ Insistimos en recordar la doctrina de la STJUE Succhi di frutta: “Todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego” (apartado 111). Por lo demás, una programación insatisfactoria o insuficiente por parte del poder adjudicador no es una circunstancia imprevisible a los efectos del Derecho comunitario.

¹²² Vid. CEPEDA MORRAS J., YÁÑEZ DIAZ C., y Otros, Comentarios a la legislación de contratos del sector público, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 719-721.

en qué y cómo procede esta modificación. Lo que tendrá sus efectos tanto a la hora de calcular el valor estimado del contrato, como de la presentación de ofertas por los potenciales licitadores.

El incumplimiento de estos requisitos en el PCAP —máxime en contratos tan complejos y de larga duración, como el analizado, donde es estratégico el correcto diseño del régimen financiero y del necesario equilibrio financiero y reparto de riesgos— incide directamente en lo que es y puede ser el objeto de la licitación, introduciendo claras distorsiones que pueden condicionar las ofertas de los licitadores y el desarrollo de la ejecución del contrato, afectando a la propia definición del objeto contractual, lo que contraviene el artículo 86.1 TRLCSP.

No contradice esta conclusión el hecho de que en el PPT, en concreto en su cláusula 13, bajo la denominación “AMPLIACIÓN Y MODIFICACIÓN EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS” se recojan las siguientes previsiones:

“Resulta razonable pensar que durante la vida del contrato se producirán circunstancias que obligarán a modificar las condiciones en que se lleva a cabo la prestación de los servicios que se le encomienden.

La evolución en los materiales adecuados para la construcción de las redes de alcantarillado o de las características admisibles de las aguas depuradas son ejemplos de situaciones en que puede producirse un cambio normativo de importancia que obligue a modificar sustancialmente las condiciones de prestación de los servicios del ciclo del agua con respecto al estándar actualmente admitido.

Igualmente la evolución de las tecnologías involucradas en la prestación de estos servicios puede suponer la necesidad de introducir cambios en profundidad en las infraestructuras encargadas de prestarlos.

La SEM goza de la facultad de proponer las modificaciones en las condiciones de prestación de los servicios que tiene encomendados que considere oportunas, que deberán ser municipalmente aprobadas previo informe de los Servicios Municipales. La propuesta a presentar en estos casos contendrá toda la información relevante acerca de la modificación propuesta y un análisis de la repercusión económica de su adopción. El acuerdo municipal incluirá la definición de las nuevas condiciones de la prestación de estos servicios y la revisión de las condiciones económicas en que se desarrollarán por parte de la SEM con el criterio de garantizar el mantenimiento

del equilibrio económico-financiero con el que se prestan estos servicios. En tanto en cuanto no se produzca un acuerdo de modificación se entenderá que las prescripciones contenidas en el presente pliego mantienen su vigencia”.

En primer lugar porque las mismas —a las que ni siquiera remite el PCAP en su cláusula 30— no cumplen en ningún caso los requisitos previstos en el artículo 106 TRLCSP que acaban de exponerse y, en especial la definición de forma clara, precisa e inequívoca de las condiciones en que puede hacerse uso de la facultad de modificación, el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse, la expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

Y en segundo lugar, porque el intento de fijación de los parámetros de la modificación del contrato en el PPT constituye un ejemplo de “confusión” entre el contenido del PCAP y del PPT, al ser su ubicación adecuada el PCAP. Hay que recordar, a estos efectos, que el Pliego de Prescripciones Técnicas ha de establecer los requisitos y condiciones técnicas que debe cumplir la prestación, como establecen los artículos 116 y 117 TRLCSP y 68 RGLCAP; y que este último precepto determina, además, en su apartado 3 que los Pliegos de Prescripciones Técnicas en ningún caso contendrán “declaraciones o cláusulas que deban figurar en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”, entre otras razones porque los Pliegos de Prescripciones Técnicas no deben ser objeto del informe jurídico preceptivo exigido por la legislación”.

El ejercicio de la potestad de modificación contractual requiere una adecuada motivación sobre causas y requisitos que la habilitan y que, de no existir, impide la alteración del contrato o de sus pliegos de condiciones regidos por el principio *ne varietur*. Este es, sin duda alguna, el elemento clave de la prerrogativa. De ahí que la motivación o fundamentación de las decisiones modificatorias del contrato se conviertan en el principal medio de control de la legalidad y de la oportunidad del ejercicio del *ius variandi* “sin que tal justificación pueda consistir en la afirmación puramente tautológica de que las variaciones obedecen a necesidades nuevas o causas imprevistas a la hora de redactar el proyecto”¹²³.

¹²³ Vid. PUERTA SEGUDO, “El régimen de la modificación de los contratos del sector público en el Real Decreto Legislativo 3/2011...”, Ob. Cit., pp. 486-487.

No podemos obviar en el análisis de esta tendencia la necesidad de recordar que la actividad administrativa, sujeta incondicionalmente al principio de legalidad y al servicio objetivo del interés general, no puede tolerar los muchos riesgos reales de desviación en el ejercicio de sus potestades, entre ellas la de modificación de los términos del contrato, persiguiendo finalidades que poco tienen que ver con exigencias derivadas del interés público¹²⁴. Cuestión que, insisto, afecta a la credibilidad del modelo ya que las modificaciones contractuales injustificadas y arbitrarias no solo dañan al erario público por el sobrecoste que va a suponer ese contrato, sino que constituye un fraude al principio de selección objetiva del contratista, puesto que al final el precio pagado por la prestación objeto del contrato es con mucho la más onerosa de las ofertas presentadas¹²⁵.

Por lo demás, es esta una cuestión que se suscitará seguramente ante los Tribunales administrativos creados al amparo de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en tanto compete a los mismos la supervisión de los contratos armonizados en lo relativo a tramitación y adjudicación. Y un modificado que no cumpla con estos requerimientos equivale, como venimos insistiendo, a una adjudicación ilegal por lo que forma parte del objeto del referido recurso (y no es una mera cuestión de ejecución que solo interesa al contratista y al poder adjudicador).

Urge, por tanto, adaptar y aplicar correctamente la legislación sobre los modificados en la contratación pública, lo que exige un cambio de cultura en la gestión de los mismos y, sin duda, una mayor profesionalización en su tramitación con elementos de control específicos rápidos y efectivos, entre los que se encuentra la necesidad de publicar estos modificados (y aun de notificarlos a los licitadores) con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego. Si la necesaria estabilidad del marco normativo es deseable, también la necesaria profesionalización en aras a promover una nueva “cultura” de la contratación pública, que haga

¹²⁴ La preocupación por la adecuada utilización de esta facultad extraordinaria ha sido manifestada por el Consejo de Estado en numerosas ocasiones. En el Dictamen núm. 215/2010, de 18 de marzo, se recordó que “ha sido una preocupación tradicional del Consejo de Estado al informar los expedientes de modificación contractual que esta pudiera ser empleada para encubrir “prácticas viciosas” susceptibles de “frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación” de contratos públicos (Dictamen del expediente n^o 34/2007, de 1 de febrero).

¹²⁵ J.M. GIMENO FELIU, “La Ley de contratos del Sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *ob.cit.*, pp. 526 y 529.

de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejado de prácticas clientelares o de validación de proyectos claramente insostenibles, ya desde una perspectiva financiera, ya desde la propia lógica de la conveniencia y su sostenibilidad¹²⁶. Y ello porque está en juego, insistimos, la efectividad del derecho a una buena administración¹²⁷.

Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan¹²⁸. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad en la gestión de los modificados de los contratos públicos¹²⁹.

¹²⁶ En este punto resulta de gran interés el trabajo de M.A. SANMARTIN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, en libro col Observatorio de los Contratos Públicos 2011, ob.cit., pp. 407-434.

¹²⁷ Para ello debe promoverse la colaboración de organizaciones sociales —no politizadas— para el control de riesgos de corrupción así como de los empleados públicos, previendo un sistema eficaz de denuncias (sin “coste” para el denunciante).

¹²⁸ Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en:
<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>

¹²⁹ Ver GIMENO FELIU, J.M., La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, REDA, n° 147, pp. 518 y ss.

SEGUNDA MESA REDONDA

La segunda mesa redonda de la jornada tenía como título “*La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable*”. La materia relativa a la modificación de los contratos es, sin duda alguna, una cuestión de especial interés para los Consejos Consultivos, en cuanto que su dictamen —como es sabido— es preceptivo para aquellas modificaciones del contrato cuya cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando este sea igual o superior a 6.000.000 de euros. Además, la redacción primitiva de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, fue considerada insuficiente por la Comisión Europea, que entendió que la norma confería a los poderes adjudicadores facultades muy amplias para modificar el clausulado esencial de los contratos públicos una vez adjudicados, con el consiguiente perjuicio para los principios de igualdad de trato entre los licitadores, no discriminación y transparencia, consagrados en el Derecho Comunitario. Ante la amenaza que suponía el procedimiento infractor incoado por las instituciones de la Unión Europea contra el Reino de España, se aprobó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, que introdujo una importante reforma del régimen jurídico de los contratos públicos y, en concreto, en lo relativo a su modificación.

Son muy numerosos los problemas que, en relación con esta materia, se plantean. Cabe citar, a modo de ejemplo, algunos de ellos, tales como la aplicación de esta nueva normativa a los contratos adjudicados con anterioridad a la ley 2/2011; la proliferación, como consecuencia de la crisis económica actual, de las modificaciones a la baja; o la introducción de una nueva causa de resolución contractual ante la imposibilidad de efectuar la modificación del contrato.

Por eso, era indudable el interés que el régimen jurídico de la modificación de los contratos podía despertar entre el público asistente y nada mejor, para ello, que incluir este tema en una mesa redonda, y aproximarse a su estudio con el profesor Gimeno Feliu, quien bajo el título “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable” expuso su ponencia en la que quiso resaltar —en primer lugar— las importantes repercusiones en el plano económico-presupuestario que tiene la contratación pública y, por ende, la modificación de los contratos. Importancia económica que determina el interés de

las instituciones comunitarias por su regulación y, por tanto, por la aplicación de los principios de la contratación e integridad del derecho comunitario y su extensión a la fase de ejecución del contrato, de manera que la regulación de la modificación de los contratos públicos debe ser interpretada desde la lógica del derecho comunitario y, por tanto, conforme con la doctrina del TJUE. Doctrina que, en materia de modificación contractual, se recoge en la Sentencia de 29 de abril de 2004 en el asunto *Succhi di frutta*, en la que se consagra que, para que sea posible la modificación del contrato, es necesario —en primer lugar— que esté previsto en el pliego, pliego que deberá determinar y diseñar sus modalidades. La modificación del contrato afecta al principio de igualdad de trato y, por tanto, solo será posible su modificación siempre que se respete este principio con la consecuencia de que, la modificación que vulnere este principio supone una adjudicación ilegal.

A continuación, y ya centrado en el estudio de la regulación vigente en el TRLCSP, procedió el ponente a un estudio del significado de la prerrogativa del “*ius variandi*”, en la contratación pública española y como, tradicionalmente, ha sido interpretado de forma relajada hasta la introducción de la nueva regulación por la Ley de Economía Sostenible, cuyos artículos 105 y 106 se adecuan a las exigencias comunitarias. En relación con el artículo 107 TRLCSP, introduce las modificaciones legales, para los supuestos de modificaciones no previstas en los pliegos. Según el profesor Gimeno Feliú, esta posibilidad —aunque parece no encajar en la jurisprudencia del TJUE no supone una quiebra del modelo, en tanto que nunca podrá alterarse el contenido esencial del contrato y con un límite sobre el precio de un 10%—.

Finalmente, realizó un examen de las propuestas de las nuevas Directivas en la materia, que admitirán la modificación contractual que no suponga la alteración del contenido sustancial del contrato y el control de los modificados como elemento clave para el correcto ejercicio de esta prerrogativa mediante su publicación.

El segundo de los componentes de la mesa redonda, el Presidente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, D. Juan José Pardo García-Valdecasas, centró su intervención, titulada “*El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual*”, en este interés público que preside la contratación administrativa y que fundamenta las prerrogativas o cláusulas exorbitantes a favor de la Administración. Prerrogativas tales como la facultad de interpretación de los contratos, de modi-

ficación de los mismos y de resolución unilateral. Prerrogativas que, en ocasiones, pueden entrar en conflicto con los principios del Derecho Comunitario como son los de libre concurrencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad y frente a los cuales, cede el interés público o, mejor dicho, prevalece el interés público que supone el respeto a los principios del Derecho Comunitario, que tienen como objetivo último el logro de una contratación lo más favorable posible para los intereses públicos. En este sentido, a propósito de la modificación contractual, aunque el artículo 219 TRLCSP prevé que los contratos administrativos solo puedan ser modificados por razones de interés público, el mismo precepto se remite, en cuanto a los casos y en la forma, a los artículos 105 a 108, lo que supone, según el ponente, una manifestación clara de esta idea: la subordinación del interés público que hace necesaria la modificación contractual, al necesario respeto a las condiciones iniciales de la licitación, en aras, a su vez, al respeto de los principios de trato no discriminatorio y transparencia.

Por último, la intervención de la tercera de los componentes de la mesa redonda, de Dña. Elena Hernández Salguero se centró en la idea, ya esbozada por el profesor Gimeno Feliú, sobre el control de los modificados mediante su publicación y la posibilidad de recurrir, a través del recurso administrativo especial, la modificación de los contratos. Así, frente a la tesis favorable a dicha posibilidad, mantenida por el profesor Gimeno Feliú, Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la ponente, presidenta del Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid procedió al examen de las razones o argumentos que permitían entender incluida la modificación contractual entre los actos susceptibles de recurso especial y las dificultades, con la legislación actual y en concreto, el artículo 40.2 TRLCSP, para sostener esta postura y concluir que, cualquier control sobre las modificaciones contractuales es deseable, si bien choca con la prohibición expresa del artículo 40.2 TRLCSP, por lo que cualquier decisión a este respecto debe venir de la mano del legislador estatal o, cuando menos, de una interpretación de la normativa vigente coordinada entre todos los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación.

En relación con el objeto de esta segunda ponencia relativa a la modificación de los contratos, se presentó una comunicación por la letrada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Rocío Guerrero Ankersmit, que tuvo por objeto examinar las diferencias entre la nueva causa de resolución contractual introducida por la Ley de Economía Sostenible y actualmente re-

cogida en el artículo 223.g) TRLCSP, relativa a la imposibilidad de modificación contractual y el desistimiento unilateral de la Administración, concluyendo la comunicante que la idea fundamental para distinguir entre una y otra causa de resolución se encuentra en la necesidad de permanencia del contrato. Si no es necesaria la permanencia del contrato procederá el desistimiento unilateral de la Administración. En cambio, si resulta necesaria la permanencia del contrato, y no es posible su modificación de acuerdo con las exigencias legales, procederá su resolución por esta nueva causa prevista en el artículo 223.g) TRLCSP.

Tras esta comunicación, se abrió un coloquio en el que participaron los tres componentes de la mesa redonda y en el que merece la pena destacar, para finalizar, una reflexión del profesor Gimeno Feliú sobre la necesidad de que la gestión de la contratación pública, en cuanto está ligada a una gestión de fondos públicos que ha de realizarse de forma eficiente, exige unos mecanismos de control preventivo y profesionalización de la toma de decisiones en las distintas fases del control. Así, indicó el ponente que si la contratación pública en España supone un 17% del PIB, el sobrecoste en la contratación pública, como consecuencia de modificados, demora en los pagos, contratos menores y negociados alcanza un 20%, de manera que solo gestionando bien en contratación pública se podría haber cumplido con los objetivos de déficit. Esta reflexión enlaza, por tanto, con el inicio de su ponencia: los límites, condiciones y fundamentos de una modificación de los términos de un contrato no constituye, únicamente, una cuestión dogmática, sino que tiene importantes repercusiones en el plano económico-presupuestario.

Dña. Cristina Alberdi Alonso
Consejera electiva del Consejo Consultivo

EL INTERÉS PÚBLICO Y LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS: SU INFLUENCIA EN LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

D. JUAN JOSÉ PARDO GARCÍA-VALDECASAS

1. IDEA GENERAL

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales tiene declarado en múltiples resoluciones que los contratos públicos ante todo son contratos.

Esta frase no es una simple tautología carente de significado, sino la base de un razonamiento que nos lleva a concluir que los contratos públicos, pese a este calificativo, participan de la naturaleza de los contratos privados y les es de aplicación el mismo régimen jurídico en numerosas facetas de su regulación.

Esta cuestión que hoy parece pacífica, no lo ha sido históricamente, de forma que un buen número de autores han defendido la singularidad de los contratos administrativos respecto de los privados.

En este estudio, sin embargo, asumiremos la postura expuesta al principio y partiremos de la base de la identificación entre unos y otros. Así lo reconoce, por otra parte, nuestra Ley de Contratos del Sector Público, cuyo Texto Refundido fue aprobado mediante Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en diferentes artículos. Entre ellos podemos citar a título de ejemplo el artículo 19 que reconoce la posibilidad de aplicar a los contratos administrativos las normas del derecho privado como supletorias o el 31 en el que junto a las causas de nulidad de los contratos propias del derecho administrativo, incluye como causas invalidantes de los contratos públicos las causas del derecho civil. Por cierto que la defectuosa redacción de este precepto da lugar a una interpretación claramente aberrante al permitir que de ella se pueda deducir la posibilidad de que los actos preparatorios o de adjudicación puedan ser nulos por causas de derecho civil. Es claro que por su naturaleza de actos administrativos solamente pueden afectarles las causas de nulidad previstas en los artículo 31 de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con el 62 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

No obstante lo anterior, y aceptando, con la doctrina dominante, la idea de que en el derecho privado contractual impera el principio de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de las partes, es evidente que entre los contratos públicos y los privados existen diferencias que afectan, por un lado, a los actos previos a la contratación y, por otro, a la ejecución y extinción de los mismos. Tales diferencias no solo distancian la regulación de los primeros con respecto de las normas del derecho privado que regulan los contratos, sino que, incluso, claramente las contradicen.

En efecto, en la regulación de los contratos privados hay latente, por regla general, siempre una implícita cláusula “salvo pacto en contrario” que viene a consagrar el carácter meramente subsidiario de la norma jurídica con respecto a la voluntad de las partes. Además, es un axioma la igualdad de las partes, de tal forma que se necesita inexcusablemente la concurrencia de la voluntad de todas ellas, no solo para dar origen al contrato mismo sino también para modificar cualquiera de sus cláusulas. Por el contrario, en las normas del derecho administrativo que regulan los contratos públicos nos encontramos, en primer lugar, con su carácter no dispositivo sino vinculante salvo excepciones y, en segundo lugar, con una serie de preceptos que claramente rompen con el principio de igualdad entre las partes.¹

Añadamos a ello, el hecho claramente diferenciador de que, frente a la libertad de que gozan las partes para celebrar los contratos eligiendo libremente si quieren celebrarlo o no y la persona con quien desea celebrarlo, en el ámbito de la contratación pública ni se pueden celebrar los contratos a voluntad del órgano de contratación ni se pueden celebrar con un empresario libremente elegido por él. Por el contrario, tal como dispone el artículo 22 de la Ley de Contratos del Sector Público, “*los entes, organismos y entidades del*

¹ En la actualidad los principios de autonomía de la voluntad y de igualdad entre las partes tienen una vigencia relativa en algunos contratos privados. Por una parte la regulación imperativa de algunos contratos (v.gr. el contrato de arrendamiento de fincas urbanas) y de otra la hegemonía económica de una de las partes sobre la otra desvirtúan ambos principios. Sin embargo en la mayoría de los contratos siguen estando vigentes. Es de destacar, además, que en múltiples ocasiones la debilitación del principio de autonomía de la voluntad en la regulación es precisamente una consecuencia de los esfuerzos del legislador por restablecer la paridad entre las partes de un contrato, imponiendo a la hegemónica, condiciones obligatorias.

sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales". Declaración que no se queda en una simple manifestación de intenciones, sino que se traduce en una exigencia concreta: *"A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación"*. Todo lo cual permite a los órganos revisores de la contratación pública enjuiciar la oportunidad de la celebración del contrato en función de que se cumplan o no los requisitos indicados, aunque lo sea en términos muy vagos, en el precepto que acabamos de transcribir².

De igual forma, la selección de la persona con la que pueden celebrar un determinado contrato, los organismos que integran el Sector Público, en la extensión que al mismo da el artículo 3 de la vigente Ley, se encuentra rigurosamente regulada en la legislación de contratos del Sector Público. No en vano las normas reguladoras de esta selección constituyen la parte fundamental de las disposiciones que a la regulación de los contratos públicos dedica el derecho administrativo. Al respecto indica el artículo 138.1 de la Ley de Contratos del Sector Público que *"los contratos que celebren las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a las normas del presente Capítulo"*, añadiendo el 139 de la misma que *"los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia"*, todo lo cual viene a poner de manifiesto hasta qué punto la actuación administrativa en lo relativo a la selección de los contratistas está sujeta a disposiciones de procedimiento particularmente rigurosas, así como al cumplimiento de principios cuyo contenido, por lo demás, está claramente determinado actualmente no solo por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino también por la doctrina que desde su creación vienen sentando los órganos y Tribunales administrativos independientes con com-

² Precisamente la generalidad de los términos de este precepto exige que en el desarrollo reglamentario de esta Ley se hubiera prestado especial atención al mismo. Sin embargo, la casi inminente necesidad de redactar una nueva Ley de Contratos Públicos, una vez entren en vigor las tres nuevas Directivas que sobre la materia están a punto de aprobarse, plantean la necesidad de que sea el nuevo texto el que recoja este precepto, tal vez de forma más desarrollada en cuanto al contenido del medio a través del cual debe dejarse constancia en la documentación contractual del cumplimiento de los requisitos.

petencia para conocer de los recursos interpuestos en relación con la adjudicación de los contratos.

Resulta de cuanto venimos diciendo que, siendo esencialmente idéntica la naturaleza de los contratos públicos y la de los privados, existen, sin embargo, importantes diferencias entre unos y otros en lo relativo a su régimen jurídico. Cuál sea la causa de esta diferencia es el objeto a que dedicaremos los próximos párrafos.

2. EL INTERÉS PÚBLICO

La respuesta a las diferencias indicadas se ha encontrado tradicionalmente en la idea de interés público.

Lo que ha justificado que la elección del contratista (y, consiguientemente, de las ofertas) se someta a un procedimiento formalista no ha sido otra cosa que la necesidad de garantizar que la decisión del ente público que contrata recae sobre aquel contratista que formula la oferta más favorable para los intereses públicos.

Del mismo modo, la ruptura del principio de igualdad entre las partes del contrato ha venido siendo justificada por la necesidad de dar preferencia, en caso de conflicto a los intereses generales respecto del interés particular del contratista.

Finalmente, la razón última que late en el establecimiento de normas de contenido obligatorio en la regulación de los contratos no es otra que garantizar el interés público en la adopción de decisiones por parte de las entidades que contratan³.

Con anterioridad hemos visto en qué términos influye esta idea en la elección del contratista, al referirnos, con cita de los preceptos de la Ley, a la necesidad de ajustarse para ello a procedimientos previamente establecidos en la Ley y a determinados principios rectores de la contratación pública.

³ En este punto, sin embargo, es necesario destacar que la idea de que las normas del derecho administrativo son de carácter imperativo va más allá del ámbito de la contratación y tienen en último término su fundamento en la idea de que los órganos públicos solo pueden actuar sobre la base de una norma que los habilite para ello.

Con carácter más general, el artículo 1 de la misma consagra la idea que venimos comentando al decir que *“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin [...] de asegurar, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de [...] selección de la oferta económicamente más ventajosa”*, y aún más claramente al indicar en su párrafo final que *“es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar”*.

La materialización más característica de la predominante influencia del interés público en la regulación de los contratos que celebran las Administraciones Públicas se encuentra en lo que tradicionalmente se ha identificado como cláusulas exorbitantes y que no son otra cosa que prerrogativas reconocidas a favor de la Administración. Estas prerrogativas sitúan a los órganos públicos contratantes en una posición de preeminencia sobre la otra parte en el contrato y se concretan en la facultad de interpretación de los contratos, de modificación de los mismos y de resolución unilateral. Nuestra vigente Ley de contratos del Sector Público se refiere a ellas en el Título I, Capítulo II, concretamente en los artículos 210 y 211. Su enumeración se hace en el primero de ellos en los términos que siguen: *“Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*.

El reconocimiento de esta posición de privilegio de los órganos públicos en la contratación administrativa es tradicional en nuestro derecho administrativo contractual. Lo recogió por primera vez la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, cuyo artículo 18 disponía que *“el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Igualmente podrá modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos señalados en la presente Ley”*. Por su parte, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas contenía, en su artículo 59, una disposición de la que es reproducción literal la del artículo 210 de la Ley actualmente vigente y que acabamos de transcribir.

Interesa destacar cómo en las tres normas mencionadas las modificaciones contractuales que la Administración puede acordar unilateralmente se vinculan con el interés público. Ello es lógico, pues el fundamento último de las prerrogativas, se encuentra en este. La doctrina se ha encargado de señalar que “en España la peculiar y específica regulación de los contratos administrativos se ha venido justificando desde sus orígenes (en los que se sigue al Derecho francés) por la necesidad de garantizar toda una serie de prerrogativas de la Administración pública (para garantizar a su vez el interés público) y la eficacia administrativa”⁴.

Interesa, así mismo, dejar constancia de que estas prerrogativas afectan realmente a la vida de los contratos pues tienen su ámbito de aplicación precisamente en lo referente al cumplimiento de los mismos.

En lo relativo a los actos previos al cumplimiento, es decir, los que regulan los procedimientos de selección de contratistas y ofertas, tienen especial relevancia, junto al interés público, los principios rectores de la contratación pública, especialmente acuñados y derivados de la necesaria aplicación del Derecho de la Unión Europea, en la medida en que este trata de establecer las condiciones para un óptimo desarrollo del mercado único entre los distintos estados miembros.

Esta separación se desprende directamente del artículo 139 de la Ley de Contratos del Sector Público que ya hemos visto anteriormente y que postula como principios rectores del procedimiento de adjudicación el tratamiento igualitario de todos los licitadores y la transparencia, mientras que el artículo 210, al enumerar las prerrogativas de la administración las refiere, tal como hemos visto, a facultades solo ejecutables en referencia a la fase de cumplimiento y extinción de los contratos.

Por su parte, el artículo 1 al referirse al interés público en su párrafo segundo lo hace en términos que lo relacionan también con esta fase del contrato.

Claro está, sin embargo, que esta distinción no debe ser entendida en un sentido absoluto. Como vamos a tener ocasión de ver, la contemplación del interés público es cuestión determinante de la selección de la oferta al ir encaminadas todas las normas de procedimiento que la rigen a la selección de

⁴ José Antonio Moreno Molina. “*La nueva Ley de Contratos del Sector Público*”, 2ª Edición, p. 900, Ed. La Ley.

la oferta económicamente más ventajosa, lo que es necesario interpretar en el sentido de que debe seleccionarse aquella que resulte más beneficiosa para los intereses públicos. Por otra parte, actualmente la exigencia de cumplimiento de los principios rectores de la adjudicación de los contratos ha llevado a invadir, con objeto de garantizar su efectividad, la esfera propia del cumplimiento contractual. Nos referimos al nuevo tratamiento que a las modificaciones contractuales dan tanto la Ley de Contratos española, como la futura normativa de la Unión Europea sobre la materia.

3. LOS PRINCIPIOS COMUNITARIOS Y EL INTERÉS PÚBLICO

Ante todo, debemos dejar sentado que en la regulación de los contratos públicos, hoy prácticamente, en todas sus facetas, se articulan dos ideas base, la defensa del interés público por una parte y por otra, el respecto a unos principio que derivados del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea constituyen los condicionantes para que las normas internas de cada estado miembro se consideren adaptadas a la normativa europea.

Aunque, como acabamos de señalar, no cabe hoy hablar de la vigencia de una u otra idea como base de la regulación, tampoco debe deducirse de ello que al coincidir sobre la misma materia necesariamente han de entrar en colisión. No es así, tal como decimos, pero tampoco debemos llegar a la conclusión de que necesariamente han de concurrir a la inspiración de las normas reguladoras de forma coincidente y postulando unas mismas conclusiones. Por el contrario, como ahora después veremos existen zonas de conflicto en las que la solución propugnada por la aplicación de los principios del Derecho de la Unión Europea se encuentra en contradicción con la que derivaría de forma natural de la estimación del interés público como única fuente inspiradora de la normativa. Y aquí es precisamente, donde en la actualidad, se pone de manifiesto un notable cambio respecto de lo que ha sido tradicional en nuestro Derecho: La consideración del interés público como supremo valor cede ante la necesidad de dar preferencia a la aplicación de los tantas veces mencionados principios dando lugar a que las normas se aparten de aquel y contemplen como valor principal en la contratación pública las ideas de libre competencia, no discriminación, transparencia y proporcionalidad.

Visto así, parecería que el interés público ha sido, al menos en parte, vencido por la aplicación de estos principios en la configuración de las normas que rigen la contratación pública. Sin embargo, tal visión no pasaría de ser meramente superficial, pues en realidad lo que en tales casos ha hecho el legislador es hacer prevalecer una cierta idea del interés público que difiere de la hasta entonces dominante al inspirar tales normas. En efecto, la contemplación de los principios mencionados es una forma más de hacer prevalecer el interés público, pues también la libre concurrencia y demás principios comunitarios, tienen como objetivo último el logro de una contratación lo más favorable posible para los intereses públicos.

Manifestaciones positivas de estas ideas se encuentran en diversos preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público. Ya hemos visto, respecto de los principios los artículos 1 y 139, que contienen las enunciaciones de carácter general. También hemos tenido ocasión de ver cómo en el artículo 1 se contiene una mención al interés público como fin último que se trata de conseguir a través de la propia contratación⁵.

Sin embargo, son muchos otros los artículos de la Ley que ponen de manifiesto cuanto venimos diciendo. No podemos aquí hacer un análisis exhaustivo de ellos, pues el objeto de estas páginas es analizar en qué medida la nueva regulación de las modificaciones contractuales constituye un ejemplo del valor relevante de los principios en la regulación de los contratos públicos.

No obstante, señalaremos que aunque, tal como hemos tenido ocasión de mencionar ya, los principios son la base que inspira la regulación de los procedimientos para la adjudicación de los contratos, no por ello el interés público se encuentra ausente de ella. Por el contrario, el propio procedimiento, tal como hemos señalado, tiene como objetivo fundamental lograr la selección de la oferta que resulte más ventajosa para la Administración contratante lo que no es sino una manifestación de la búsqueda del interés público como finalidad de toda la actividad pública. Esta idea queda plasmada en el artículo 1 de la Ley cuando señala como uno de sus objetivos “*asegurar [...] la selección de la oferta económicamente más ventajosa*”. Su concreción se encuentra plasmada, siempre de forma implícita, en las normas que rigen el procedimiento de

⁵ En realidad la contratación, como parte integrante de la actividad pública, ha de estar dirigida de forma básica a lograr la satisfacción del interés público como elemento constitutivo de la propia esencia de la misma.

adjudicación. De forma clara puede encontrarse en el artículo 150.1 (*“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato...”*) y en el 151.1 (*“El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas... Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación.... Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo”*), completados con el 151.2 en el que expresamente se alude a ella indicando que *“El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa...”*, requerimiento que tiene como función acreditar el cumplimiento de los requisitos necesarios para resultar adjudicatario.

Ahora bien, la determinación de las condiciones que debe reunir la oferta para considerarla adecuada a la necesidad de interés público que se pretende satisfacer con la ejecución del contrato es algo que debe hacer la propia Administración contratante, pero para ello la Ley, tomando como base una exigencia del derecho de la Unión Europea, dispone que esta elección debe hacerse teniendo en cuenta en todo caso la necesidad de salvaguardar la libre concurrencia por lo que prohíbe de forma expresa que las características técnicas de la prestación se definan de forma que se pueda apreciar discriminación o falta de transparencia. Ello exige que no se establezcan en las prescripciones técnicas características discriminatorias y al mismo tiempo que se formulen con claridad suficiente como para que una simple lectura pueda hacerlas comprensibles de forma unívoca a los futuros licitadores⁶.

⁶ El art. 117.2 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la conocida Sentencia dictada en recurso de casación, Asunto C-496/99 (Sentencia “Succhi di frutta”) sentó como criterio que el principio de transparencia *“Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”*.

Esta última consideración pone de manifiesto algo fundamental en lo que respecta a la interpretación que de las normas que regulan los contratos públicos, y en especial los administrativos, cual es la necesidad de dar preferencia a la aplicación de los principios comunitarios sobre la consideración del interés público a la hora de determinar el verdadero sentido de sus disposiciones. Y esto habrá de tenerse en cuenta no solo para interpretar la norma sino también para interpretar las cláusulas del contrato.

Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto por el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en una serie de resoluciones recogiendo un criterio doctrinal especialmente acertado⁷.

De la misma manera que en la regulación de los procedimientos para la selección de la mejor oferta, en la fase de ejecución del contrato los principios comunitarios pueden entrar en conflicto con el interés público.

4. LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

La facultad de modificar unilateralmente los contratos administrativos es, sin lugar a dudas, la manifestación más importante de las prerrogativas reconocidas a las Administraciones Públicas. Y en ella es precisamente donde actúa como factor determinante el interés público. Esto debe ser entendido en un doble sentido: es el interés público lo que motiva en último término el reconocimiento de esta facultad extravagante, pero al mismo tiempo es su límite, pues esta facultad no se reconoce de forma omnímoda sino solo para aquellos casos en que lo exija el interés público.

Inicialmente esta facultad debe quedar al margen de la aplicación de los principios comunitarios puesto que sus efectos se despliegan exclusivamente en la fase de ejecución del contrato. Sin embargo, la nueva regulación de las modificaciones contractuales introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible constituye una quiebra fundamental de esta situación.

Analicemos la cuestión. La anterior regulación de las modificaciones contractuales se encontraba en el artículo 101 de la Ley de Contratos de las Ad-

⁷ José Antonio Moreno Molina: *“La Reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de Recursos (Análisis de la Ley 34/2010, de 5 de agosto)”*, Ed. La Ley. 2010.

ministraciones Públicas subordinándola a la concurrencia del interés público para autorizarlas. En términos prácticamente idénticos se pronunciaba la Ley de Contratos del Sector Público en el artículo 202 con el añadido de que estas modificaciones no podrían afectar a elementos esenciales del contrato. En concreto el artículo citado decía *“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato”*.

La referencia a la imprevisión de las causas motivadoras de la modificación así como la exigencia de que no afectaran a las condiciones esenciales del contrato puede ser interpretada como una primera referencia a que el interés público no basta para que la modificación pueda llevarse a cabo. Sin embargo, no se exponía de una manera explícita cuál era la razón última que restringe el “*ius variandi*” para limitarlo a aquellos casos en que no resulten alteradas las condiciones de la licitación.

Sin embargo, esta regla, quedaba desvirtuada en su totalidad por otros preceptos de la misma, en primer lugar por el propio artículo 202 (en su primitiva redacción), pues su apartado 2, parece contradecir lo dicho en el 1, al indicar que *“la posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual”*, con lo que parece contradecir la exigencia de que la causa que motiva la modificación sea imprevista, al exigir que se haga constar en los pliegos y en el documento contractual. Pero sobre todo es especialmente clara la contradicción en el artículo 220 en su primitiva redacción, en el que se admite la facultad del contratista para resolver los contratos de obra, cuando las modificaciones, aunque sea sucesivas, impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial. Con este precepto resulta claro que las modificaciones que superen el 20 por 200 del precio primitivo del contrato o impliquen alteraciones sustanciales del proyecto inicial del contrato, no son obligatorias para el contratista que puede optar entre aceptarlas o provocar la resolución del contrato. Pero evidentemente, si opta por continuarlo, la modificación aunque supere el elevado límite del 20 por 100 del precio o implique una alteración sustancial sería perfectamente válida.

Esto llevó, en su momento, a la Comisión Europea a considerar que los preceptos indicados contravenían la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de modificaciones contractuales. Lo que nos lleva a la Jurisprudencia del Tribunal y en especial la Sentencia “Succhi di Frutta” en la que se sientan las bases del alcance que debe o puede darse a la prerrogativa indicada. Esta sentencia, por demás conocida, contiene una doctrina trascendental de cara a la admisión o no de modificaciones contractuales no previstas en la documentación contractual.

Interesa aquí, sin embargo, más que un análisis general de la misma que sería propio de un estudio sobre las modificaciones contractuales propiamente dichas, poner de manifiesto en qué forma dicha sentencia sienta claramente la doctrina que venimos comentando referente a la prevalencia de los principios comunitarios sobre el interés público, no solo en el ámbito de la adjudicación de los contratos sino también en determinados aspectos de su ejecución, y en qué modo introduce en esta última fase, aunque limitadamente, la aplicación y vigencia del derecho de la Unión Europea.

A juicio del Tribunal, las Administraciones contratantes pueden determinar libremente las condiciones de la licitación pero, una vez hecho esto, deben atenerse estrictamente a las mismas no solo para adjudicar el contrato, sino también en la fase de ejecución⁸. De esta forma, sobre la base de la necesidad que tienen los órganos de contratación de atenerse a las condiciones de la licitación estipuladas en los pliegos de la misma, se llega a la conclusión de que las mismas deben ser respetadas también en la fase de ejecución. De ello se deduce además el mantenimiento de la condición de interesados en los licitadores, y aún en los no licitadores, durante la fase de ejecución contractual, reconociéndoseles el derecho a recurrir contra las modificaciones contractuales que se adopten durante ella. Así lo reconoce el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia mencionada al decir en su apartado 65 que la decisión que constituye el objeto del recurso del licitador (la modificación del contrato) pudo tener una incidencia directa en la propia formulación de la oferta presentada por este y en la igualdad de oportunidades de todas las empresas que participaron

⁸ El apartado 115 de la Sentencia establece: “*En tal contexto, corresponde por tanto a la Comisión, en su condición de entidad adjudicadora, cumplir estrictamente los criterios que ella misma ha establecido, no solo durante el procedimiento de licitación propiamente dicho, que tiene por objeto la evaluación de las ofertas y la selección del adjudicatario, sino, más en general, hasta la finalización de la fase de ejecución del contrato de que se trata.*”

en el procedimiento en cuestión, aun cuando dicha decisión hubiera sido adoptada con posterioridad por la entidad adjudicadora.

Sin embargo, lo que resulta más interesante desde el punto de vista del intérprete de la norma es la pervivencia de los principios comunitarios más allá de la adjudicación del contrato. Esto significa, claramente, que para determinar el alcance de las normas que rigen la ejecución de los contratos, también deben tenerse presentes estos.

Ahora bien, queda por establecer en qué medida la aplicación de los principios comunitarios más allá de la mera adjudicación debe prevalecer sobre el interés público en caso de conflicto. Con independencia de que la cuestión deba muchas veces resolverse a la luz de las circunstancias de cada caso, lo cierto es que ni la sentencia “Succhi di Frutta” ni la nueva regulación de las modificaciones contractuales dejan duda acerca de la voluntad del Tribunal de Justicia y del legislador de dar preferencia a la aplicación de los principios.

Veamos. La sentencia a que nos venimos refiriendo estableció el criterio de forma contundente al señalar que la entidad adjudicadora no está autorizada legalmente a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente, una vez adjudicado el contrato, alguna de sus condiciones esenciales. Entendiendo que esto es especialmente relevante en relación con cualquier estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.

En definitiva, si la entidad adjudicadora desea que, en determinadas circunstancias, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, debe preverlo expresamente en el anuncio de licitación, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta. Se trata, en consecuencia, de una exigencia derivada directamente del principio de trato igualitario de todos los licitadores.

Para el Tribunal, en el supuesto de que a pesar de no haber previsto expresamente tal posibilidad, si la entidad adjudicadora pretende desvincularse durante la fase posterior a la adjudicación del contrato, de alguna de las condiciones esenciales del procedimiento de licitación, no puede continuar válidamente el proceso contractual. Dicha práctica, a su juicio, supondría inevi-

tablemente la vulneración de los principios de transparencia y de igualdad de trato entre los licitadores.

En consecuencia, si a pesar de todo la Administración contratante considera que debe modificar determinadas condiciones esenciales del contrato, debe convocar una nueva licitación.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho, igualmente, tras la reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible no resulta discutible la prevalencia de los principios. A este respecto interesa destacar que el artículo 210 de la Ley de Contratos del Sector Público, que enuncia las prerrogativas de la Administración, condiciona el ‘ius variandi’ de forma exclusiva al interés público. Sin embargo, ya en la redacción anterior, vimos cómo el artículo 202 exigía que, además, de la concurrencia del mismo, la modificación obedeciera a causas imprevistas y que no afectara a condiciones esenciales del contrato, sin perjuicio de que el desarrollo ulterior de este precepto resultara poco acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹.

Tras la reforma, ha desaparecido el artículo 202 en su redacción primitiva convirtiéndose en el 219 del Texto Refundido de la Ley, que se limita a exigir el requisito del interés público, habiendo quedado reducido en lo demás a una simple norma de remisión.

La verdadera regulación se encuentra en los artículos 105 a 108, ambos inclusive, siendo, en lo que aquí interesa, la norma básica el artículo 105 que consagra el principio ya conocido de que los contratos solo pueden modificarse en los supuestos previstos en ellos o en aquellos en que concurran causas imprevistas que no afecten a las condiciones esenciales del contrato (art. 107 TRLCSP). Fuera de estos supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecute en forma distinta a la pactada inicialmente, deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las nuevas condiciones.

Se trata por tanto de una manifestación clara de la subordinación del interés público que hace necesaria la modificación contractual, al necesario res-

⁹ Así lo entendió la Comisión Europea a través de la Dirección General del Mercado Interior y Servicios en el dictamen motivado que dirigió a las autoridades españolas, con fecha 1 de diciembre de 2008.

peto a las condiciones iniciales de la licitación, en aras, a su vez, al respeto de los principios de trato no discriminatorio y transparencia.

Queda simplemente, a modo de conclusión, señalar que la idea expuesta a lo largo de este estudio tiene efectos determinantes a la hora de interpretar la legislación de contratos y a la de interpretar las cláusulas contractuales. Esto significará el necesario abandono de la preferencia del interés público como principal elemento auxiliar de la interpretación tanto de la norma como de las cláusulas contractuales y su sustitución por una interpretación que permita dar a una y otra un sentido lo más acorde posible con la filosofía que constituye el substrato ideológico de los principios comunitarios de la contratación pública.

VISIÓN CRÍTICA DE LA INCLUSIÓN EN EL ÁMBITO DEL RECURSO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DE LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL

DÑA. ELENA HERNÁEZ SALGUERO

I. PANORÁMICA GENERAL SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

La potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones Públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato *contractus lex inter partes y pacta sunt servanda*.

La jurisprudencia y la doctrina emanada de los órganos consultivos, dictada en relación con la modificación contractual ha venido señalando de forma tradicional y reiterada en el tiempo que el principio de riesgo y ventura (el contratista asume las posibles pérdidas o ganancias que con respecto al presupuesto previsto se deriven de la ejecución del contrato) no significa que el contratista haya de asumir las alteraciones en el precio debidas al ejercicio por la Administración del *ius variandi*, si no que es posible la modificación de las condiciones contractuales basada en el **interés general** (STS 24 de diciembre de 1997 o 1 de febrero de 2000 o de 19 de febrero de 2008) y que el *ius variandi* es una prerrogativa **excepcional**, y que por lo tanto debe interpretarse restrictivamente. (SSTS de 16 de abril de 1999).

También el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid recuerda entre otros en su Dictamen 621/12, de 14 de noviembre de 2012 “*De esta manera, en los dictámenes relativos a consultas sobre modificación de contratos, se ha advertido sobre la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar, los proyectos de obras, de forma que solo excepcionalmente haya de acudir a la ulterior modifica-*

ción objetiva del contrato, pues de lo contrario prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habrían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación”.

Ahora bien, la práctica de la contratación de nuestras Administraciones Públicas nos demuestra cómo las modificaciones de los contratos se han convertido en habituales. Los licitadores presentan con normalidad ofertas por debajo del precio real, convencidos de que tras la adjudicación podrán obtener modificaciones sustanciales en el precio inicialmente previsto. Ello supone vulneraciones de los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad. Así en la práctica de la contratación pública española, y en la normativa que la sustenta tradicionalmente se ha “volcado más energía” en la fase de ejecución de los contratos que en la de preparación pasando por alto o sin atender, más o menos conscientemente, a la consideración de que una buena preparación podría dar lugar a la no necesidad de modificación de los contratos.

Ya en el informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública del Ministerio de Hacienda para el año 2004 se señala que “*Las modificaciones en el contrato pueden desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, en la medida en que el contrato que efectivamente se ejecuta y su precio no son aquellos por los que se compitió*”. En el mismo sentido se pronuncia la Guía sobre contratación pública y competencia de la Comisión Nacional de la Competencia.

Estas prácticas además de suponer una vulneración de las disposiciones presupuestarias y económicas a las que están sujetas las Administraciones Públicas, ya que afectan a los costes de la inversión pública y dificultan el control presupuestario, en ocasiones suponen una clara vulneración de los principios que rigen la contratación pública.

Qué duda cabe que uno de los mayores ámbitos de influencia de las normas emanadas de las instituciones de la Unión Europea, es el referido a la contratación pública, en pro del mercado interior, y en acatamiento de las libertades establecidas en el Tratado de la Unión, y en particular de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, para garantizar el establecimiento del mercado interior, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de recono-

cimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. O dicho de otra forma el Derecho Europeo, desde la primera generación de directivas de coordinación en materia de contratación pública persigue como objetivo básico asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

Como señala la Circular de la Abogacía del Estado 1/2011 no existe en la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004 (así como tampoco en las anteriores Directivas 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992; 92/36/CEE, de 14 de junio de 1993; y 93/37/CEE de 14 de junio de 1993) un precepto o conjunto de preceptos que discipline la modificación de los contratos. En realidad, el régimen jurídico de modificación de los contratos en el Derecho de la Unión Europea es una construcción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con fundamento en los denominados principios estructurales del Tratado y ello, como es lógico, puesto que las Directivas antes citadas coordinan los procedimientos de adjudicación de los contratos del sector público, mientras que la modificación de los contratos, como es obvio, se produce en una fase posterior de ejecución de los mismos.

Aunque la modificación de los contratos afecta a la fase de ejecución de los mismos, deben observarse tales principios que deben influir en todas las fases de la contratación administrativa y alumbrar todos los actos que se dicten en el seno tanto del procedimiento de adjudicación, como de ejecución contractual.

La Sentencia Succhi di Frutta de 29 de abril de 2004 As C-496/199, que contiene la doctrina sobre la materia, señala a la luz del principio de igualdad y transparencia que: *“si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta”*. Además de no hallarse prevista la modificación en la documentación de la licitación, es necesario que la modificación no afecte a ninguna condición esencial del contrato, de manera que de no ser así, lo procedente es resolver el contrato y convocar para ello el correspondiente procedimiento de licitación.

Por su parte la Sentencia de 19 de junio de 2008, Asunto C-454/06 Pressetex achrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund) y otros, mantiene que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de este constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato. 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.

Por último para cerrar el círculo, la Sentencia del Tribunal General de 31 de enero de 2013, As T- 235/11, afirma en su apartado 59 que *“un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 2011, Comisión/Grecia, C 601/10, no publicada en la Recopilación, apartado 41, y la jurisprudencia citada)”*.

A este respecto, el hecho invocado por el Reino de España de que la legislación española permite la modificación de los contratos públicos durante la fase de ejecución de estos, desde una fecha anterior a la adhesión del Reino de España a la Unión, carece de pertinencia, ya que las normas de la Unión en materia de contratación pública se aplican a tales contratos a partir de la fecha de adhesión de dicho Estado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 28, y la jurisprudencia citada). procede recordar que, como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 47 supra (apartados 116, 118 y 125), se prohíbe a la entidad adjudicadora modificar, en cualquier fase del procedimiento, las condiciones de licitación, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato entre todos los licitadores y el principio de transparencia, o alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales. Si la entidad adjudicadora desea que, por determinadas razones, puedan modificarse ciertas condiciones de la licitación tras haber seleccionado al adjudicatario, está obligada a prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como

sus modalidades de aplicación, en el anuncio de licitación elaborado por ella y que establece el marco en el que debe desarrollarse el procedimiento, de forma que todas las empresas interesadas en participar en la licitación tengan conocimiento de ello desde el principio y se hallen así en condiciones de igualdad en el momento de formular su oferta”.

Las distintas leyes reguladoras de la contratación pública habían establecido determinados límites al ejercicio del *ius variandi* de la Administración, sin embargo la legislación española no recogía en la Ley de Contratos del Sector Público, tal y como se había encargado de señalar la Comisión Europea, las exigencias de la Unión Europea que había puesto de manifiesto el incumplimiento del Reino de España en materia de modificación contractual¹:

Con tal objeto de dar cumplimiento a las exigencias de la Unión Europea en la materia, la Disposición Final decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible añade un Título V, al Libro primero de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, bajo la rúbrica modificación de los contratos: (artículos 92 bis a quinquies, actuales artículos 105 a 108 del TRLCSP), y modifica el artículo 202 (Actual artículo 219 del TRLCPS), relativo a la potestad de modificación del contrato y los artículos relativos a la modificación de cada uno de los distintos tipos contractuales y los relacionados que afectan a la resolución contractual.

¹ De hecho, existía un procedimiento de infracción abierto al Reino de España por la Comisión Europea, (carta de emplazamiento de 8 de mayo de 2008) motivado por el incumplimiento en la LCSP 30/2007, de las exigencias de los principios en materia de contratación pública en la regulación que en la misma se hace de la modificación de los contratos, advirtiendo en el Dictamen motivado de 1 de diciembre de 2008 que las Directivas de contratación debían aplicarse también a la fase de ejecución de contratos. Noticia 20 de noviembre de 2009 “*La Comisión considera que el régimen de modificación de los contratos tras su adjudicación, tal y como está regulado en la LCSP, no respeta los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia establecidos en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios) y en los artículos 12, 43 y 49 del Tratado CE.*

La LCSP da a los órganos de contratación amplios poderes para modificar cláusulas fundamentales de los contratos públicos después de su adjudicación, sin que las condiciones de modificación se hayan establecido en los documentos contractuales de manera clara, precisa e inequívoca.

Además, por lo que respecta a la realización de obras, la prestación de servicios o la entrega de suministros adicionales, la Comisión considera también que la LCSP permite que el órgano de contratación recurra a la utilización de procedimientos negociados sin publicación en contra de lo dispuesto en el artículo 31 de la Directiva 2004/18/C”.

Con carácter general el artículo 219 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, en su redacción modificada, señala que:

“1. Los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211.

En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.

2. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156”.

Esta regulación por tanto distingue dos supuestos de modificaciones contractuales:

Las previstas en los pliegos y los anuncios de adjudicación de forma clara precisa e inequívoca, en los términos del artículo 106 TRLCSP, que podríamos denominar convencionales o contractuales.

Las no previstas en los pliegos que obedezcan a las causas del artículo 107, apartado 1 y con los límites del mismo artículo 107 apartado 2, que por contraposición a las anteriores, podríamos denominar legales.

II. RECURSO ESPECIAL Y MODIFICACIÓN CONTRACTUAL. “REFLEXIONES EN VOZ ALTA”

Realizada esta panorámica general de la modificación sin ánimo exhaustivo para no reiterar cuestiones tratadas ya por el ponente, quisiera centrar mi intervención en la **posibilidad de recurrir a través del recurso administrativo especial la modificación de los contratos**, cuestión esta no exenta de interés que el legislador no había contemplado de forma expresa y que, ante la posibilidad de que por la vía interpretativa pudiera insertarse en el ámbito objetivo del recurso tales modificaciones², procede a excluir expresamen-

² De hecho, el artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, es el que da pie para considerar dentro del ámbito

te, mediante la modificación operada en la LCSP, por la ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (DF 1.8) que con una técnica más que discutible, desde la óptica de la seguridad jurídica, señala,³ “*Se añade un párrafo final al apartado 2 del artículo 310 con el siguiente contenido (actual artículo 40 TRLCSP).*”

Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92 bis a 92 quáter, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no, la resolución y la celebración de nueva licitación”.

Esta inclusión se debe a la enmienda 31 del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados con la siguiente motivación⁴: “*La disposición adicional decimosexta de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, ha introducido una serie de cambios en la modificación de los contratos del Sector Público que plantean la cuestión de quién debe conocer de los recursos que puedan plantearse contra los acuerdos adoptados en relación con ellos. Especialmente relevante es el caso en que la controversia jurídica se suscite en relación a si debe o no procederse a la convocatoria de nueva licitación. En tales casos, podría entender algún interesado que la cuestión afecta a las materias sometidas al conocimiento del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales e interponer ante él el correspondiente recurso. Ante la ausencia de una disposición legal expresa sobre la cuestión debería ser el propio Tribunal quien sentara criterio, en primera instancia, sobre ello.*”

Esta simple circunstancia aconseja zanjar la cuestión legalmente, aprovechando la oportunidad que brinda la tramitación del proyecto ley de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad para hacerlo.

del recurso especial la modificación contractual, siendo obvio que es de fecha anterior a la presentación de la enmienda por el Grupo parlamentario que entonces sustentaba al Gobierno.

³ En este punto, estoy de acuerdo con la opinión de la profesora Isabel Gallego Córcoles, en el OCP (5 de septiembre de 2011). La apresurada exclusión de las modificaciones contractuales del ámbito del recurso especial en materia de contratación. “Más allá de reiterar la crítica a la deficiente técnica legislativa empleada...”.

⁴ Diario Oficial 24 de mayo de 2011.—Serie A. Núm. 121-6.

La enmienda se plantea en sentido negativo, es decir, declarando que tales recursos no son de la competencia del Tribunal, por considerar que de esta forma se evita introducir nuevos trámites que puedan retardar la tramitación de los modificados”.

Por lo tanto *de lege lata*, la legislación española excluye expresamente del recurso administrativo especial la modificación de los contratos que hemos denominado legal, esto es la que se hubiera adoptado sin estar prevista en los pliegos en los casos a que se refiere el artículo 107 del TRLCSP.

Esto no obstante cabe plantearse si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) permite que el control de la modificación legal de los contratos no prevista en los pliegos se verifique a través del recurso especial aplicando de forma directa los principios recogidos en la Jurisprudencia emanada del mismo, y por otro lado si cabe el recurso especial contra la modificación de los contratos prevista en los documentos de preparación del contrato (pliegos).

Aunque no existe mucha doctrina sobre la concreta cuestión que se nos plantea cabe destacar la opinión del profesor Pablo Calvo Ruata y el magistrado de la Audiencia Nacional, Jesús Cudero Blas ⁵.

⁵ Pablo Calvo Ruata “La zozobra de la modificación de los contratos públicos”. (Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011 I 03 I 2012.) “A pesar de algunas opiniones a favor, no parece esta tesis muy plausible. Y ello, porque la modificación de los contratos afecta fundamentalmente a lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial está concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en fase de preparación y adjudicación. Pero además, porque la concreción de la modificación cuando esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego conlleva que si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori. También debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 195.4 (211.4 TR) —que conserva su redacción inicial, al no haber sido afectado ni por la Ley 34/2010 que reformó el Recurso Especial, ni por la LES—, por el cual los acuerdos que adopte el órgano de contratación —obviamente en materia de interpretación, modificación y resolución— pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. Y si se descarta la posibilidad de recurso especial respecto de los actos de activación de las modificaciones convencionales, todavía más problemático resulta depurar la introducción de modificaciones imprevistas” del art. 107 TRLCSP a través del recurso especial. En cualquier caso, la discusión parece haber sido zanjada con la adición al art. 310.2 c) de la LCSP por obra del núm. 8 de la Disposición Final de la Ley 24/2011 de 1 de agosto de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la Seguridad (BOE núm. 184 de 2 de agosto de 2011), del siguiente párrafo que hoy luce en el art. 40.2.c) del TRLCSP: Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad

1. Postura de los distintos Tribunales de contratación pública

Con carácter general, los tribunales de contratación pública no se han pronunciado de forma específica en sus resoluciones en relación con la posibilidad de entender dentro del ámbito objetivo del recurso la modificación contractual con la legislación existente, dado que solo en el caso de Aragón se ha presentado un recurso contra una modificación, sin embargo sí se han hecho algunas manifestaciones en distintos documentos:

TRIBUNAL ANDALUZ

Señala en su memoria anual correspondiente al año 2012, al referirse a los actos recurribles que *“También son recurribles los actos de renuncia a la celebración del contrato, y desistimiento del procedimiento de adjudicación dejando fuera los relativos a la ejecución, modificación y extinción de los contratos”*.

TRIBUNAL CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En la memoria correspondiente al año 2012 no recoge entre los actos susceptibles de recurso las modificaciones contractuales.

TRIBUNAL DE ARAGÓN

En su Guía de procedimiento, ya antes de la modificación de la ley que proscribía el recurso contra la modificación legal de los contratos, considera recurribles *“las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal —por ejemplo, los encargos de ejecución a medios propios o los modifica-*

con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación”.

Jesús Cudero Blas “Revista de Jurisprudencia”, número 2, de 10 de mayo de 2012 *“Resulta innecesario, en efecto, señalar que no cabe el recurso especial frente a los actos dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego, pues tales decisiones no se desenvuelven en modo alguno en la fase preparatoria de los contratos, ni guardan relación de ninguna clase con los actos que pueden ser objeto de recurso según el propio art. 40,2 —EDL 2011/252769— (no son, desde luego, anuncios de licitación, pliegos o documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, tampoco constituyen actos de trámite cualificados ni, en fin, pueden calificarse como acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores)”*.

dos que no cumplen los requisitos legales—”, sin distinguir entre modificaciones legales o convencionales.

Además en su Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013, por el que se resuelve un recurso interpuesto contra la modificación del contrato denominado “Servicios de Vigilancia y Seguridad en los edificios administrativos del Gobierno de Aragón gestionados por el Departamento de Política Territorial e Interior”, el TACPA reconoce la admisibilidad de los recursos contra las modificaciones contractuales, recogiendo las conclusiones del Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, al afirmar: *“Debe señalarse a estos efectos, que el objeto del recurso es ajeno al ámbito propio del recurso especial, al ser una actuación que no está cubierta por el régimen del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (introducido por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón).*

Determina este artículo 12 bis, bajo la rúbrica “Publicidad de los modificados”, lo siguiente: *“La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal. Ello no obstante, y sin entrar a analizar si la modificación que se propone estaba o no prevista en el contrato, de lo anteriormente descrito se constata que la posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el “ius variandi” en la medida en que esta en juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de “ius variandi” de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito.*

Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de “su contrato”, cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia “inter partes” sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución”.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

El Tribunal Madrileño, (TACPCM) con carácter general ha venido considerando el carácter precontractual del recurso en relación con diversas cuestiones, (como por ejemplo la procedencia de la inadmisibilidad de los recursos interpuestos contra los actos dictados en procedimientos de contratación en los que el contrato ya se hubiera formalizado), atendiendo a la que considera finalidad de la norma que establece y regula el procedimiento de recurso, (artículo 3 del Código Civil).

Aunque no se ha presentado ningún recurso concreto contra actos dictados en relación con la modificación de contratos, sí que se han dictado dos resoluciones en las que se hace referencia a la cuestión. En la Resolución 17/2011, de 8 de junio, el TACPCM no se pronuncia de manera expresa y específica sobre la posibilidad de recurrir la modificación de los contratos a través del recurso administrativo especial, entre otras cosas, aún no se había adoptado la Ley 24/2011, de 1 de agosto, pero sí que realiza un comentario, que podríamos denominar *obiter dicta*, en la apreciación como recurribles de los actos de renuncia no incluidos expresamente en el elenco de actos recurribles del artículo 40 del TRLCSP, señalando que “*Como consecuencia de la argumentación realizada se puede concluir que de acuerdo con la regulación del artículo 310 de la LCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, en relación a los contratos sujetos al Derecho comunitario, los actos del procedimiento de licitación son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, mientras que cuando se trata de actos de ejecución del contrato (modificación, resolución, desistimiento posterior o cualquier otro) cabe el régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*”.

En el mismo sentido en la Resolución 30/2011, de 29 de junio, con objeto de determinar la competencia del Tribunal para conocer de un recurso relativo a un contrato de gestión de servicios públicos, señala que *“El objetivo del recurso es que los licitadores puedan impugnar las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección hasta la adjudicación”* (...) *“Son susceptibles del recurso especial en materia de contratación aquellos contratos que superan los umbrales establecidos en el anteriormente citado artículo 310.1 y dentro de estos, aquellos actos enumerados en el apartado 2 hasta la fase de adjudicación y no los que comprendan la fase de ejecución del contrato”*.

2. Posibilidad de entender incluida la modificación contractual entre los actos susceptibles de recurso especial

MODIFICACIONES CONVENCIONALES O PREVISTAS EN LOS PLIEGOS

De acuerdo con lo hasta ahora visto, por prohibición expresa de la Ley no son susceptibles de recurso especial las modificaciones legales de los contratos, sin perjuicio de que, al no prohibir la ley el recurso contra las modificaciones convencionales, quepa plantearse si esta omisión permite considerar que cabe recurso contra las mismas en el ámbito de la interpretación auténtica de la Ley.

La modificación de los contratos prevista en los pliegos, puede centrarse en el establecimiento del alcance y requisitos de la misma que deberá verificarse, en su caso, mediante la impugnación de los pliegos, que constituyen uno de los actos susceptibles de recurso en virtud del artículo 40.1.a) del TRLSCP. Mas allá de eso, la aplicación del recurso especial en la modificación que se derive de los pliegos implicaría únicamente el control material del cumplimiento de los mismos, que entiendo que no puede asimilarse a una nueva adjudicación y que debe residenciarse completamente en la fase de ejecución contractual, al tratarse del cumplimiento del contrato, en tanto en cuanto, como es sabido, las cláusulas de los pliegos se consideran parte integrante del contrato, de acuerdo con el 115.3 del TRLCPS; en la que en principio no opera el recurso especial, sino en su caso la cuestión de nulidad por las causas tasadas que se establecen en el artículo 37.

Además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 211 del TRLCSP el Consejo de Estado u órganos consultivos de las Comunidades Autónomas deberán informar preceptivamente en las modificaciones del contrato, cuya

cuantía, aislada o conjuntamente sea superior al 10% del precio primitivo del contrato, cuando este sea igual o superior a 6 millones de euros.

Se previene por tanto en la ley de contratos un control administrativo por un órgano independiente y cualificado de la modificación de los contratos por la vía del dictamen de los órganos consultivos, aunque dicho control no es efectivo en una franja cuantitativa de contratos, efectivamente entre el umbral de 200.000 euros de los contratos de servicios y suministros y los 5.000.000 de euros, para los contratos de obras en que procede el recurso especial y los 6.000.000 de euros para la emisión de informe por los órganos consultivos.

MODIFICACIONES LEGALES O NO PREVISTAS EN LOS PLIEGOS

Por otro lado, respecto de los actos dictados por los órganos de contratación en relación con las modificaciones no previstas en los pliegos —o legales—, que sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos, las mismas no serían recurribles por exclusión expresa establecida en el artículo 40.2 del TRLCSP. En este punto la redacción de la Ley es clara y no deja margen a la interpretación, sin perjuicio de que pueda opinarse que el legislador estatal puede no haber sido respetuoso con la normativa europea y más concretamente con los principios rectores de la contratación pública en la modificación legal efectuada (además en agosto).

Además de plantear si *de lege ferenda* debería incluirse en el ámbito de aplicación del recurso especial las modificaciones contractuales, cabe plantearse si ello es posible con la normativa vigente, al considerar que mediante la modificación contractual se está procediendo a realizar una nueva adjudicación del contrato, lo que justificaría su sumisión al recurso administrativo especial. Y ello por aplicación del derecho nacional a la luz de las Directivas en materia de contratación.

Esta posibilidad ha sido prevista por algunos gobiernos autonómicos. Efectivamente el artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, introducido por Ley 3/2012, de 8 de marzo, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, bajo el título “Publicidad de los modificados”, exige que los actos del órgano de contratación por los que se acuerde la modificación de

un contrato se publiquen, en todo caso, en el Boletín y perfil en que se publicó la adjudicación, con indicación de las circunstancias justificativas, el alcance e importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de la potestad de modificación. Asimismo, dichos acuerdos deberán notificarse a los licitadores que fueron admitidos a la licitación, incluyendo la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales.

En el mismo sentido, el artículo 20 de la recientísima Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, prevé también la notificación de las modificaciones contractuales a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación, de no ajustarse a los requerimientos legales.

Se trata en ambos casos de la introducción de medidas tendentes, en primer lugar, a lograr la transparencia en la modificación como apuntó el informe de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la Contratación Pública, año 2004 *“En línea con la idea de reforzar la transparencia del proceso, también puede resultar oportuno incluir mecanismos de publicidad de las modificaciones del contrato. La misma publicidad que rige para la adjudicación del contrato debería seguirse para las sucesivas modificaciones de este”*, pero que dan un paso más respecto del principio de transparencia al prever junto con la publicación, la notificación de la modificación a los licitadores que fueron admitidos con el objeto de permitir en su caso la interposición de recurso fundado, siendo respetuosas con la legislación vigente en tanto en cuanto se trata de permitir el control a través de su impugnación mediante un posible recurso, sin especificar si se trata del especial o no.

En la línea de dar alguna forma de publicidad a las modificaciones contractuales la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y el buen gobierno de las Illes Balears, dispone en su artículo 19.2 f) la obligación de publicar en el perfil de contratante “las modificaciones del contrato adjudicado que representen un incremento igual o superior al 20% del precio inicial del contrato, si procede” y la Ley 1/2012, de 24 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para 2012, recoge en su artículo 40 la obligación de dar publicidad “en Internet” a los contratos menores, las modificaciones contractuales y contratos complementarios.

Es fundamental destacar en relación con esta cuestión, el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de contratación Administrativa de Aragón que considera que cualquier decisión que esté sujeta a las normas comunitarias y que produzca efectos jurídicos —como sin duda lo es una modificación de las previsiones de un contrato— puede ser recurrida, sin distinguir en función de su contenido o del momento de su adopción (STJUE de 23 de enero de 2003, Macedonio Metro y Michaniki). Entiende por ello la Junta que el recurso especial contra decisiones de modificaciones contractuales es conforme al sistema de recursos comunitarios en materia de contratación pública, por ser esa la opción del legislador estatal, que si bien ha excluido la aplicación del recurso especial para los casos de modificaciones contractuales no previstas en el pliego (artículo 40.2 TRLCSP), no es menos cierto que la práctica de las modificaciones previstas o convencionales (artículo 106 TRLCSP) sí puede ser objeto de recurso especial, en tanto son un elemento propio de la valoración de ofertas. Concluye la Junta que no le corresponde “*contradecir el mandato que con carácter de legislación básica contiene el artículo 40.2 TRLCSP sobre exclusión del objeto del recurso especial de las modificaciones no previstas, pero cabe advertir la posible incongruencia del precepto, que lleva a dar distinto trato a las modificaciones del contrato según sea su presupuesto habilitante, ya que a la vista de la jurisprudencia comunitaria, su aplicación podría resultar desplazada por la eficacia directa del Derecho de la UE, en los supuestos concretos que se sometan a los órganos competentes para conocer del recurso especial*”.

Respecto de la eficacia directa de las normas de derecho comunitario, legitimadora de la tesis que permitiría el recurso especial contra la modificación de los contratos, debe recordarse que las directivas no gozan de efecto directo a diferencia de los reglamentos de acuerdo con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (art. 189), actual artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Sin embargo, las diferencias entre Directiva y Reglamento se han ido difuminando desde el momento en que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia 148/78, de 5 de abril, as. Ratti) declaró el efecto directo de una directiva que no había sido cumplida por el Estado destinatario dentro del plazo establecido.

O en la sentencia Sinmenthal, de 9 de marzo de 1978, en que el Tribunal apreció que “*Todo juez competente en determinada materia tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho Comunitario y proteger los derechos que este*

confiere a los particulares, dejando de aplicar toda disposición de la ley nacional anterior o posterior eventualmente contraria a la regla comunitaria”.

En este caso la norma a aplicar sería la Directiva de recursos⁶, puesto que la Directiva de coordinación de procedimientos de adjudicación, aunque fija las reglas y los principios generales aplicables a la contratación del sector público, no contiene reglas atinentes a la fase de ejecución de los contratos, sin perjuicio de que como hemos indicado los principios en materia de contratación deben aplicarse durante toda la vida del contrato y constituir el escenario en el que se desenvuelve el mismo.

A este respecto el derecho de los ciudadanos que podría en su caso legitimar la aplicación subsidiaria y directa de los principios generales de la Directiva de recursos, sería el derecho al recurso, que sin perjuicio de que no responde a las exigencias de la indicada Directiva, sí que cabe como es obvio en nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo reconducir la adjudicación directa ilegal que constituiría la modificación *contra legem*, a una causa de nulidad de derecho administrativo de las recogidas en el artículo 62 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, por remisión del artículo 32 del TRLCSP, que declara nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido. Ahora bien, tal recurso, como es sabido, no garantiza la suspensión de la adjudicación hasta su resolución, sin

⁶ Artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE DEL CONSEJO, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, modificada por la directiva 2007/66/CEE “En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directiva 2004/18, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa (1).

2. Los Estados miembros velarán para que entre las empresas que deban alegar un perjuicio en el marco de un procedimiento de adjudicación de contrato no se produzcan discriminaciones a causa de la distinción que hace la presente Directiva entre las normas nacionales que transponen el Derecho comunitario y las demás normas nacionales.

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción (...).

perjuicio de que solicitada la misma al amparo del artículo 111 de la LRJ-PAC, debiera ser concedida a la luz de los principios de la Directiva de recursos, que permite en su artículo 1.5 que los Estados miembros exijan a la persona interesada interponga recurso en primer lugar ante el poder adjudicador, en cuyo caso velarán por que la interposición de dicho recurso conlleve la suspensión inmediata de la posibilidad de celebrar el contrato.

3. Dificultades para entender, con la legislación actual, que procede recurso administrativo especial contra las modificaciones contractuales

– La principal dificultad estriba en la existencia de una norma que expresamente prohíbe el recurso especial contra las modificaciones de los contratos no previstas en la ley.

Los órganos encargados de la resolución del recurso especial, aunque tienen una función cuasi jurisdiccional no forman parte, estrictamente hablando, de la misma, por lo que resultaría difícil para ellos poder dejar de aplicar el último inciso del apartado 2 del artículo 40 del TRLCSP, introducido por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, por aplicación directa de las Directivas de recursos y de coordinación de procedimientos de adjudicación, sin el instrumento complementario del planteamiento de una cuestión prejudicial, —ya que no olvidemos se trata de una cuestión interpretativa—. ⁷

⁷ De nuevo podemos traer a colación la sentencia Sinmenthal, de 9 de marzo de 1978, en que el Tribunal apreció que “**Todo juez competente** en determinada materia tiene la obligación de aplicar íntegramente el Derecho Comunitario (...)” y la Sentencia de 2 de junio de 2005 Köppensteiner GMBH. “A este respecto, baste recordar que **los órganos jurisdiccionales nacionales** que conocen del litigio y deben asumir la responsabilidad de la resolución judicial que ha de recaer son los únicos a quienes corresponde apreciar, en lo que respecta a las características especiales de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder pronunciar su sentencia como la procedencia de las cuestiones que plantean al Tribunal de Justicia. En consecuencia, dado que las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, en principio, el Tribunal de Justicia está obligado a pronunciarse (véase, en particular, la sentencia de 27 de febrero de 2003, Adolf Truley, C-373/00, Rec. p. I-1931, apartado 21). (...)” “**Un órgano jurisdiccional nacional** ante el que un licitador solicita la anulación de un acuerdo por el que se cancela una licitación por ser contrario al Derecho comunitario y cuyo Derecho nacional no permite juzgar esta demanda se enfrenta a la cuestión de si está obligado, en virtud del Derecho comunitario, a declarar la admisibilidad de tal recurso de anulación y, de ser así, en qué condiciones.

³³ A este respecto procede señalar que la obligación de los Estados miembros derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cum-

– Encaje con el carácter precontractual, rápido y eficaz del recurso: En el sentido de las Resoluciones 17 y 30/2011 del TACPCM, puede entenderse que no procede entender incluido en el ámbito de aplicación del recurso especial la modificación contractual.

En este punto consideran que el carácter precontractual del recurso impide su extensión a los actos de modificación contractual, tanto el profesor Calvo Ruata, como Jesús Cudero Blas.⁸

El profesor Calvo Ruata considera que las facultades y mecanismos exigidos por las Directivas de recursos para garantizar la limpieza, transparencia, eficacia e igualdad de los licitadores en los procedimientos de adjudicación,

plimiento de dicha obligación, **se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales** (véase, en particular, la sentencia de 4 de marzo de 1999, HI, C-258/97, Rec. p. I-1405, apartado 25).

34 Aunque corresponda al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro designar los organismos de los Estados miembros competentes en materia de procedimientos de contratación pública para dirimir los litigios que afecten a derechos individuales conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 28, y de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros, C-81/98, Rec. p. I-7671, apartado 49), no resulta evidente que en el procedimiento principal se plantee un problema de competencia jurisdiccional de esta índole.

35 En efecto, en el presente asunto consta que, según la normativa nacional aplicable, el Bundesvergabeamt es competente para conocer los recursos relativos a las “decisiones”, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, adoptadas por las entidades adjudicadoras en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios.

36 Además, el órgano jurisdiccional remitente ha indicado (véase el apartado 20 de la presente sentencia) que la legislación nacional aplicable excluye el examen y, en su caso, la anulación, en el marco de un recurso ante el Bundesvergabeamt, de acuerdos consistentes en la cancelación de una licitación después de la apertura de ofertas en un procedimiento de adjudicación abierto.

37 Pues bien, como se ha recordado en el apartado 30 de esta sentencia, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 se oponen a tal exclusión.

38 Dichas disposiciones de la Directiva 89/665 son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que este puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG.

39 En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.”

⁸ Jesús Cudero Blas, Op. citada *ut supra*. Pablo Calvo Ruata, Op. citada *ut supra*.

no son en algún modo trasladables a la fase de ejecución cuando como consecuencia de una modificación contractual se vulneren significativamente las condiciones de la adjudicación originaria.

Señala el último que *“El análisis de los arts. 105 a 108 del Texto Refundido —EDL 2011/252769— pone de manifiesto que las decisiones que pueden ser adoptadas por los poderes adjudicadores sobre las modificaciones de los contratos (estén o no sus causas previstas en la documentación que rige la licitación) resultan ser completamente ajenas a lo que puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación, no solo porque aquellas decisiones se adoptan en un momento distinto del inter contractual (la ejecución y cumplimiento), sino porque no inciden en las finalidades perseguidas por el recurso especial que nos ocupa, que no son otras que las de garantizar que los actos anteriores a la adjudicación del contrato (y la propia adjudicación) puedan ser recurridos de manera eficaz por quien acredite un interés legítimo en la licitación”*.

La normativa comunitaria y, por trasposición, la normativa contractual española han pretendido establecer un recurso en materia de contratación pública de carácter rápido y eficaz, con el objeto de impedir que se consoliden situaciones de ilegalidad, que se verían reparadas únicamente tras la resolución del correspondiente recurso ante los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso administrativo, mediante la satisfacción de una eventual indemnización, tras un proceso largo, costoso y con las vicisitudes procesales propias de los recursos contenciosos administrativos, el recurso tiene carácter precontractual,⁹ esto es que define su ámbito de aplicación respecto de todos aquellos actos relacionados con la licitación administrativa previos a la formalización del contrato.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia puedan haber calificado la modificación ilegal de nueva adjudicación, dicho carácter ilegal exige un examen del acto realizado ya en fase de ejecución contractual, de manera que, en principio, la modificación legal no cabe duda de que responde a la fase de ejecución del contrato. Además, la modificación es equiparada a una nueva adjudicación

⁹ La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley de Contratos del Sector Público introdujo dos mecanismos de control de la legalidad de los procedimientos de contratación pública, el recurso especial de carácter precontractual y la cuestión de nulidad de carácter contractual, para los supuestos descritos en su artículo 37. La Directiva 1989/665/CEE, de 21 de diciembre en su artículo 2 quinquies califica expresamente el recurso de precontractual por oposición a la cuestión de nulidad.

en los casos en que se realice sin respetar los principios de derecho comunitario, y tras la modificación operada por la Ley 2/2011 de economía sostenible, sin dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 219, 105 a 107 del TRLSCP ¹⁰, lo que exigiría un previo examen de la cuestión por el órgano competente para la resolución de recursos antes de saber si se encuentra o no ante una modificación ilegal que determinaría su competencia.

Sin embargo, junto con el recurso especial la Directiva de recursos 66/2007/CEE del Parlamento y del Consejo, establece la denominada cuestión de nulidad cuando señala en su considerando 13 *que con el fin de luchar contra la adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del derecho Comunitario en materia de contratos públicos por parte de un poder adjudicador o entidad contratante, debe preverse una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria. Por tanto todo contrato derivado de una adjudicación directa ilegal debe considerarse en principio, sin efectos, ineficacia que debe ser apreciada por un órgano de recursos independiente o derivar de del resultado de una decisión de dicho órgano.*

Nada ha dicho el legislador estatal respecto de la procedencia de la indicada cuestión de nulidad en el caso de las modificaciones ilegales, que a la postre constituyan una adjudicación directa ilegal, por no respetar los límites y los requisitos establecidos en la ley. Por lo tanto, en principio, de buscar un encaje para el control por parte de los órganos especiales de recurso de dichas modificaciones, quizá el mismo podría incardinarse en la cuestión de nulidad, sin necesidad de posicionarse frente a la prohibición de recurso especial establecida por el legislador. Quizá podría caber la cuestión de nulidad fundada en la causa contemplada en el apartado a) del punto 1, del artículo 37 del

¹⁰ La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de junio de 2008 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH Asunto C-454/06, define de forma negativa los supuestos en que una modificación debe ser considerada, una nueva adjudicación, que según el ponente y gran sector doctrinal justificarían el recurso especial contra la misma señalando los supuestos que no constituyen una modificación ilegal y por ende una nueva adjudicación, para concluir *“En efecto, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de este constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato. 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”.*

TRLCSP, si consideramos que en realidad la modificación ilegal es una nueva adjudicación realizada sin convocatoria de licitación y por tanto no publicada en el DOUE.

– Problema de legitimación: Cabe plantear quién estaría legitimado para interponer el recurso especial en materia de contratación contra las modificaciones.

A este respecto tanto la Legislación en Aragón, como en Navarra (artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón y artículo 20 de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra), señalan que dichos acuerdos deberán notificarse a los licitadores que fueron admitidos a la licitación a efectos de que puedan interponer un recurso fundado. Por lo tanto, residencian la legitimación en todos los licitadores admitidos a la licitación. Siguen así las conclusiones sentadas al respecto en la Sentencia de primera instancia del Asunto *Succhi di Fruta C-191/1996* (FJ 57), *“procede considerar que la demandante resulta individualmente afectada por la Decisión controvertida. Lo es, en primer lugar, en su condición de licitador a quien no se ha adjudicado el contrato, ya que una de las condiciones importantes de la adjudicación —la relativa al modo de pago de los suministros de que se trata— ha sido modificada posteriormente por la Comisión. En efecto, tal licitador no solo está individualmente afectado por la Decisión de la Comisión que determina el resultado, favorable o adverso, de cada una de las proposiciones presentadas como consecuencia del anuncio de licitación [sentencia (de 6 de marzo de 1979) Simmenthal/Comisión, (92/78, Rec. p. 777), apartado 25]. También conserva un interés individual en procurar que se cumplan los requisitos del anuncio de licitación en la propia fase de adjudicación. En efecto, el hecho de que la Comisión no indicara en el anuncio de licitación la posibilidad de que los adjudicatarios obtuvieran otra fruta distinta de la prevista en pago de sus suministros privó a la demandante de la posibilidad de presentar una oferta distinta de la que había presentado y, de esta forma, de disponer de las mismas oportunidades que Trento Frutta”*.

Respecto de esta cuestión, la Sentencia de 29 de abril de 2004, dictada en casación respecto del Asunto *Succhi di Fruta C-496/99* indica: *“Tal interpretación (la realizada por la Comisión considerando que solamente los adjudicatarios están legitimados para impugnar, en su caso, una decisión adoptada en ejecución del contrato) tendría necesariamente como consecuencia que las infrac-*

ciones del Derecho cometidas por la entidad adjudicadora con posterioridad a la adjudicación del contrato, pero que tuvieran por efecto poner en tela de juicio la legalidad del procedimiento de licitación en su conjunto, no podrían ser sancionadas si no afectarían a la situación del adjudicatario o de los adjudicatarios.

Dicha conclusión resultaría incompatible con lo establecido en el artículo 173, párrafo cuarto, del Tratado, que garantiza una vía de recurso a los particulares afectados directa e individualmente por el acto impugnado; también sería incompatible con el principio fundamental según el cual, en una comunidad de Derecho, debe garantizarse debidamente el respeto de la legalidad”.

Ello en principio acercaría el ejercicio de la acción a una suerte de acción pública en defensa de la legalidad, al permitir el ejercicio de la misma a licitadores que en modo alguno hubieran podido ser adjudicatarios, y a los que una eventual anulación de la modificación en nada afectaría o beneficiaría. Todo ello sin dejar de ser consciente de que efectivamente, tal y como señalan las sentencias antes indicadas, el licitador admitido hubiera podido ser el adjudicatario de eventualmente conocer de antemano las circunstancias de la modificación y por ende haber hecho una oferta diferente.

Por otro lado, esta cuestión de la legitimación se incardina con el derecho de defensa y en concreto con la cita del artículo 173. 4 del Tratado CE (actualmente artículo 230CE, tras su modificación) “*Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente*”. Esta mención se refiere únicamente al recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que regula.

Ahora bien, al igual que entendemos que la consideración de todos los licitadores como legitimados puede ser muy amplia, dado que probablemente la mayoría de ellos en ningún caso podría haber sido el adjudicatario del contrato originario en los términos y condiciones inicialmente establecidos, se plantea entonces, teniendo en cuenta que se trata de impedir falseamientos de la libre concurrencia y de la transparencia, que resultarían afectados los intereses de todos aquellos que, de haber sido otras las condiciones afectadas por la modificación, pudieran haber licitado, como ocurre en el caso de que se impugnen los pliegos, con lo que la publicación permitiría la interposición

del recurso a cualquier interesado que hubiera podido licitar con las condiciones objeto de modificación.

En todo caso, correspondería al Tribunal apreciar la legitimación *ad causam* al caso concreto y sin establecer apriorismos que limitaran el acceso al mismo, pero evitando al mismo tiempo convertirlo en una acción pública.

– Problema de plazo: En el caso de que se considere una legitimación amplia, en que el *dies a quo* para el cómputo del plazo fuera el de la publicación de la modificación, al no existir en el procedimiento momento alguno que permita determinar con certeza cuándo se produce el conocimiento del acto, cabrían dos opciones interpretativas, o bien considerar estrictamente que el plazo comienza a computar desde el día de la publicación o bien desde el momento en que el interesado tuvo conocimiento de la misma, que solo puede presumirse desde el momento que realice actos que impliquen su conocimiento, singularmente la propia interposición del recurso, con lo que el plazo quedaría abierto *sine die*.

Lo mismo puede decirse de aquellas Comunidades Autónomas o del Estado que no tienen prevista entre sus normas la notificación de las modificaciones.¹¹ Sin que, por otro lado, la Directiva 2004/18 regule la modificación de los contratos durante su ejecución y lógicamente contenga norma alguna que prevea la obligación de los Estados miembros de publicar o notificar las mismas.

Todo ello sin perjuicio de que la propuesta de la nueva Directiva de contratación pública prevé la obligación de publicar las modificaciones contractuales (artículo 72). Pero hasta el momento, al no existir dicha obligación para todas las Administraciones Públicas, existe un problema no solo de efectividad de la posibilidad de impugnación, sino también del cómputo del plazo, problema que se agrava por la circunstancia de que el TCRC tiene convenios con distintas Comunidades Autónomas, algunas de las cuales sí prevén la

¹¹ Tienen prevista en su legislación la necesidad de publicar la modificación de los contratos: Galicia (Ley 4/2006, de 30 de junio de transparencia y de buenas prácticas de la Administración pública Gallega); Aragón (Ley 3/2011 de Contratos de sector Público de Aragón); Navarra Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra) las Islas Baleares, Ley 4/2011 de 31 de marzo de la buena administración y del Buen Gobierno de las Illes Balears.

obligatoriedad de la publicación, lo que le obligaría a mantener distintos criterios relativos a la admisibilidad en función de la procedencia del contrato.

– Problema de la **efectividad del recurso al no prever la ley la necesidad de suspender la modificación**, puesto que la resolución de modificación constituiría una adjudicación perfeccionada, la Ley no prevé plazo suspensivo alguno en el que pudiera operar el recurso especial. Así el artículo 219 del TRLSCP previene que las modificaciones de los contratos se formalicen conforme al artículo 156, que regula la forma en que se llevará a cabo en el caso de las adjudicaciones. Ahora bien, aunque el último apartado del citado artículo 156 prevé un plazo entre la adjudicación y su formalización, lo cierto es que lo circunscribe únicamente para los contratos susceptibles de recurso especial conforme al artículo 40.1 de lo que resulta complicado inferir que dicha espera deba verificarse también en el caso de las modificaciones, expresamente excluidas del recurso especial por el mismo artículo 40 en su apartado segundo, siendo así que, como más arriba hemos señalado, la finalidad principal del recurso especial es permitir que se revise por un órgano independiente y especializado la adecuación a derecho de la adjudicación con carácter previo a su formalización, para evitar la consolidación de situaciones de ilegalidad. Por otro lado, las normas que prevén la publicación de las modificaciones no especifican si se trata de la Resolución de modificación o su formalización, de manera que podría incluso tratarse de esta con el mismo efecto de imposibilitar el recurso especial.

III. PROPUESTA DE DIRECTIVA (TEXTO DE COMPROMISO DE BRUSELAS, 24 JULIO 2012)

La propuesta de nueva directiva en materia de contratación incluye un capítulo IV que bajo la rúbrica, la ejecución del contrato, comprende la regulación de cuestiones que exceden de la fase de preparación y adjudicación, a que se atiene la actual Directiva 2004/18, regulando en concreto en el artículo 70 las condiciones de ejecución del contrato, en el artículo 71 la subcontratación, en el artículo 72 la modificación de los contratos durante su vigencia, y en el artículo 73 la resolución de contratos.

Aunque aún no ha sido aprobada, ni lógicamente transpuesta, a efectos interpretativos debe señalarse lo dispuesto en el artículo 72.1 “*Una modificación sustancial de las disposiciones de un contrato público durante su período*

do de vigencia se considerará una nueva adjudicación a efectos de la presente Directiva y requerirá un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con ella". De lo que puede inferirse que, cuando la Directiva equipara la modificación sustancial del contrato a una nueva adjudicación, recogiendo la doctrina jurisprudencial que sirve de base para considerar que la modificación constituye el ámbito de aplicación objetivo del recurso especial, lo hace, a mi juicio, a los únicos efectos de establecer una suerte de supuesto de resolución contractual que permitiría, excepcionando el principio *pacta sunt servanda*, proceder a una nueva adjudicación del contrato. Lo que en principio no permite anudar a las modificaciones sustanciales y, en su caso, realizadas sin cumplir el procedimiento establecido para ello, todas y cada una de las normas o principios atinentes a la adjudicación del contrato de forma directa (como sería el caso del recurso especial en materia de contratación).

De ser tal el deseo del legislador europeo, sería más clarificador para todos que expresamente se previera tal posibilidad, sin necesidad de abocar a las autoridades nacionales a incluir o excluir la modificación del contrato del ámbito objetivo del recurso especial vía interpretativa.

IV. CONCLUSIÓN

Considero que cualquier control sobre las modificaciones contractuales, en tanto en cuanto pueden conculcar los principios que rigen la contratación pública y suponen un terreno en el que son posibles las corruptelas es deseable. Debe alumbrarse en todo caso, como señala el profesor Gimeno Feliú, una nueva gestión pública presidida por la transparencia, integridad, y la eficacia que coadyugarán a dignificar y potenciar la contratación pública en beneficio del Común, frenando la corrupción tan desafortunadamente ínsita en la condición humana¹²

El documento Libro Verde de la modernización de la política de contratación pública de la UE "Hacia un mercado europeo de la contratación más eficiente" Bruselas, 27.1.2011.COM (2011) 15 final señala al respecto en su apartado "2.5. *Interrogantes acerca de la ejecución del contrato*" que "*Aparte de exigir transparencia previa para las cláusulas de ejecución del contrato (indicación en el anuncio de licitación o en las especificaciones), las Directi-*

¹² J.M. Gimeno Feliú "La nueva gestión pública" Heraldo de Aragón (7 de enero de 2012).

vas actuales no regulan la ejecución del contrato. Sin embargo, algunos problemas que pueden plantearse durante la fase de ejecución pueden afectar gravemente a la no discriminación entre licitadores y a la solidez de la contratación pública en general. Se plantea la cuestión de si las normas de la UE deben proporcionar instrumentos específicos que permitan a los poderes adjudicadores tratar más eficazmente estos problemas”.

Ahora bien, que con la legislación actual deba considerarse vía interpretativa que ese control corresponda a los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, a través de este último, obviando la prohibición expresa del TRLCSP, no está exento de problemas, además de los puramente organizativos o de medios, coincidiendo en este punto con aquellos autores que consideran que se ha perdido una oportunidad de zanjar la cuestión de las modificaciones ilegales¹³, cerrando el círculo que, junto con la restricción de los supuestos en que esta es posible, supondría el establecimiento de un control específico y expresamente atribuido a través del recurso especial o la utilización de la cuestión de nulidad, en su caso, como más arriba he apuntado.

En todo caso, considero que cualquier decisión a este respecto debe venir de la mano del legislador estatal o cuando menos de una interpretación de la normativa vigente coordinada entre todos los órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación.

¹³ Isabel Gallego Córcoles. Op. citada supra.

DESISTIMIENTO Y MODIFICACIÓN DE CONTRATOS: EL ARTÍCULO 223 g) TRLCSP

DÑA. ROCÍO GUERRERO ANKERSMIT

El interés público que preside toda la contratación administrativa, puede fundamentar la novación modificativa, la novación extintiva y el desistimiento del contrato. Los efectos de estas tres figuras son bien distintos. Esta comunicación tiene por objeto el estudio del desistimiento del contrato, la modificación del mismo y su resolución por imposibilidad de modificación.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades que introdujo la reforma operada a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en relación con el nuevo régimen de modificación de los contratos —mucho más restrictivo que el vigente hasta entonces— fue la introducción de una nueva causa de resolución contractual, la prevista en el artículo 206 g) LCSP, y que se recoge en el actual 223.g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Esta nueva causa de resolución contractual es la imposibilidad de modificación contractual, cuya principal consecuencia, prevista en el artículo 225.5 TRLCSP es el importe de la indemnización que tiene derecho a percibir el contratista, un 3% de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista. Además, y en cuanto la finalidad del precepto consiste en lograr esa modificación del contrato, que no puede realizarse por el procedimiento previsto en el Título V del Libro I, se contempla la posibilidad de iniciar un procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato.

El objetivo de esta comunicación es deslindar esta nueva causa de resolución contractual del desistimiento unilateral de la Administración en fase de ejecución del contrato, como causa de resolución en el contrato de obras [art. 237.c)], en el contrato de suministros [art. 299.b)] y contrato de servicios [308.b)] y en los que se prevé una indemnización del 6% del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial (art. 239.4

TRLCSP), un 6% del precio de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial (art. 300.3 TRLCSP) y de un 10% del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener (art. 309.3 TRLCSP). Hasta la introducción de esta nueva causa de resolución, el desistimiento unilateral de la Administración era el medio empleado en la práctica administrativa para aquellos supuestos en que la modificación del contrato entrañaba una variación de tal trascendencia que se debía acudir a una nueva contratación.

Para ello, procederemos —en primer lugar— a efectuar un estudio del desistimiento unilateral de la Administración en la contratación administrativa, para —una vez perfilados los contornos de esta figura— analizar sus diferencias con esta nueva causa de resolución contractual.

2. EL DESISTIMIENTO UNILATERAL DE LA ADMINISTRACIÓN

El término desistimiento se define en el Diccionario de la Real Academia con dos acepciones. La primera, *“apartarse de una empresa o intento empezado a ejecutar o proyectado”*. La segunda, empleada en el derecho, lo define como *“abdicar o abandonar un derecho o una acción procesal”*. Esta segunda acepción, propia del derecho procesal, se recoge también en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), entre otros, en su artículo 87 que contempla, como una de las formas de terminación del procedimiento administrativo el desistimiento y renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuyo ejercicio y efectos se regulan en los artículos 90 y 91 LRJ-PAC. En ámbito procedimental, no es posible equiparar desistimiento y renuncia. El desistimiento se refiere solo a la instancia administrativa que se hubiere iniciado, renunciando a esta, pero no al derecho que motivó la pretensión, de modo que, al no haber renunciado al derecho material, se podrá reproducir la instancia en otro momento. En la renuncia se abdicar no solo la instancia, sino también al derecho material a que se refiere, de manera que, al haber renunciado al derecho o pretensión de fondo, no se podrá reproducir la instancia ante la Administración.

En el ámbito contractual, como es sabido, el artículo 1594 del Código Civil contempla, como un derecho del dueño de la obra *“... desistir, por su sola*

voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella”.

Por su parte, el artículo 1454 del Código Civil contempla la posibilidad de que en el contrato de compraventa se pacte la existencia de arras penitenciales, que son las únicas que permiten resolver o desistir del contrato mediante la pérdida por el comprador o su restitución doblada, para el caso del vendedor.

Fuera de los casos legalmente previstos, no es posible la resolución del contrato por decisión de uno solo de los contratantes. O existe mutuo acuerdo de las partes o solo podrá resolverse, de acuerdo con el artículo 1.124 del Código Civil, como respuesta al incumplimiento de uno de los obligados.

Frente a esta rigidez del derecho privado, fundamentada en el principio de igualdad de las partes contratantes que se consagra en el artículo 1256 del Código Civil: *“la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*, la normativa administrativa amplía las facultades resolutorias de la Administración posibilitando la resolución sin que medie incumplimiento sobre la base del interés general. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1986 (RJ 1986\3271) declara que la existencia de un contrato firmado por el Ayuntamiento no significa que *“quede privado de la prerrogativa rescisoria o resolutoria del mismo, si existen motivos fundados para adoptar tal actitud, puesto que en la contratación administrativa, siempre sometida a la idea cardinal de satisfacción del interés público, el ejercicio de dicha prerrogativa es más flexible y abierto que la facultad condicionada, otorgada a los otorgantes de contratos privados, en el art. 1124 del Código Civil, como se comprueba comparando su texto con el recogido en el art. 70 y 71 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953”*.

El desistimiento como prerrogativa de la Administración se introdujo en la contratación administrativa, como señalan Punzón Moraleda y Sánchez Rodríguez¹, por el Decreto de 9 de enero de 1953 por el que se aprobó el

¹ El desistimiento de la Administración en el TRLCSP. Actualidad Administrativa. N° 2 Febrero de 2013.

Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (RCCL), cuyo artículo 70 establecía:

“Si la Administración desistiere de llevar a cabo lo que fuere objeto de la obligación contraída o considerase más conveniente asumir su ejecución directa en los casos permitidos en el artículo 311 de la Ley podrá denunciar el contrato con resarcimiento al contratista de los daños e indemnización de los perjuicios que se le causaren”.

Posteriormente, el artículo 162 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, en su párrafo 4º equiparaba el desistimiento con la suspensión definitiva de las obras, al establecer que *“el desistimiento de las obras por la Administración tendrá los mismos efectos que la suspensión definitiva de las mismas”*, y previa que el contratista —al igual que en la suspensión definitiva de las obras— *“tendrá derecho al valor de aquellas efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar”*, entendiéndose por beneficio industrial la cantidad resultante de aplicar el coeficiente del 6 por 100 al presupuesto de ejecución material con deducción de la baja de licitación en su caso.

En la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), la figura del desistimiento se contemplaba como causa de resolución para el contrato de obras [artículo 150 c) LCAP: *“el desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a seis meses acordada por la Administración”*], en el contrato de suministro [artículo 193 b) LCAP: *“el desistimiento o la suspensión del suministro por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”*], y para el contrato de consultoría y asistencia [artículo 214 b) LCAP: *el desistimiento o la suspensión del contrato por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”*]. En todos estos supuestos, los efectos eran idénticos: el contratista —en concepto de beneficio industrial— tenía derecho a un 6% del precio de las obras dejadas de realizar (artículo 152.4 LCAP), un 6% del precio de las entregas dejadas de realizar, en el caso del suministro (artículo 194.3 LCAP) y un 6% del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar, para los contratos de consultoría y asistencia (artículo 215.3 LCAP). Esta misma regulación se recogía en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Por su parte, el artículo 171.2 del R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP) utiliza los mismos términos que los empleados en el artículo 162 RGCE, antes citado, y declara: *“el desistimiento de las obras por la Administración tendrá los mismos efectos que la suspensión definitiva de las mismas”*.

En la ley 30/2007, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público se distingue el desistimiento en dos momentos: antes de la adjudicación del contrato y, una vez adjudicado el mismo, en fase de ejecución. El primero es el desistimiento del procedimiento contractual, el segundo es el, propiamente, desistimiento del contrato.

En la regulación actual, el desistimiento del procedimiento está contemplado en el artículo 155 LCSP (antiguo artículo 139 LCSP), según el cual, *“la renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento solo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración”*.

Además, este desistimiento solo se contempla para las causas previstas en el apartado 4 del artículo 155 LCSP: *“El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”*.

El desistimiento del procedimiento contractual no constituye una forma de extinción del contrato por el motivo fundamental de que el contrato administrativo se perfecciona, según el artículo 27 TRLCSP, con la formalización del mismo. Por ello, y como señala García Trevijano², es indudable que la Administración puede en cualquier momento, durante la tramitación del procedimiento de licitación (y antes de la adjudicación), desistir de su intención de acometer la obra pública de que se trate. Cuestión distinta es la responsabilidad de la Administración por los daños y perjuicios que haya podido irrogar a los licitadores, que se fundamenta en la confianza generada

² La resolución del contrato administrativo de obra. Editorial Montecorvo, S.A. Febrero 1996.

a los mismos, en el sentido de que razonablemente podría esperarse la celebración del contrato.

El artículo 155 TRLCSP distingue entre la renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento, por unos motivos tasados, que no impiden la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación. Así, el desistimiento del procedimiento contractual por la Administración se emplea en su acepción jurídica procesal con su principal consecuencia: El desistimiento de la acción no impide nuevamente el ejercicio del derecho, mientras que la renuncia del derecho, impide su ejercicio de forma definitiva. En cambio, la renuncia a la celebración del contrato solo podrá efectuarse “*por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente*” y “*no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia*” (artículo 155.3 TRCLSP).

Distinto desistimiento del procedimiento contractual, es el desistimiento del contrato, una vez perfeccionado este, pues no cabe olvidar que, conforme al artículo 1092 del Código Civil, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos. El desistimiento del contrato es una excepción al principio “*pacta sunt servanda*”, y en el que no puede olvidarse la figura del contratista titular de unos derechos y obligaciones nacidos en virtud del contrato. Ya no es la responsabilidad de la Administración por los daños y perjuicios que haya podido irrogar a los licitadores, fundamentada en la confianza generada a los mismos, en el sentido de que razonablemente podría esperarse la celebración del contrato, en caso de la renuncia o desistimiento del procedimiento contractual. Es mucho más, en cuanto que supone extinción de un contrato, válidamente celebrado y que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. En este caso, ya no puede distinguirse entre renuncia y desistimiento. Renunciar es, entre otras acepciones del Diccionario de la Real Academia, “*desistir de algún empeño o proyecto*”. Esta renuncia o desistimiento resuelve el contrato.

El desistimiento del contrato se regula en el TRLCSP [artículos 237 c), 299 b) y 308 b)], de forma semejante a la regulada en la LCAP y en el TRLCAP, para el contrato de obras, para el contrato de suministros y para el contrato de servicios, respectivamente.

Es doctrina reiterada del Consejo de Estado que esta posibilidad de desistimiento contractual constituye una de las prerrogativas de la Administra-

ción, que se halla investida de unas facultades excepcionales, que no son manifestación de un derecho subjetivo, sino potestades atribuidas por la Ley para atender a los intereses públicos, produciéndose su ejercicio, no de una manera automática, sino cuando lo exija el mencionado interés público implícito en cada relación contractual, dándose así ejecución al art. 103 de la Constitución, en el sentido de servir con objetividad a los intereses generales, que en el ámbito de la contratación administrativa se manifiesta en el cumplimiento del principio de “buena administración”.

El ejercicio de esta potestad resolutoria, de la que una de sus manifestaciones es el desistimiento de la Administración, se encuentra reglada desde el punto de vista formal y material, de tal forma que solo puede ser ejercida, según dispone el art. 224.1 TRLCSP *“siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”*.

Fuera de esta remisión genérica, la facultad de desistimiento del contrato no aparece regulada en el TRLCSP, al igual que en toda la normativa anterior. Así, a diferencia del resto de los supuestos de resolución, no se establece requisito alguno para su procedencia, ni regula la forma de su ejercicio, habiendo sido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, las que se han encargado de señalar las condiciones que debe revestir su ejercicio, que vienen impuestas por razón del interés público.

En primer lugar, esta facultad de desistimiento, como potestad discrecional de la Administración, está limitada, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual aquella debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones, (Sentencias de 16 abril 1999, RJ 1999\4362 de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006 RJ 2006\6437, entre otras muchas). En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de julio de 2010: *“El desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y en todo caso, la Administración solo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudir cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con*

él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público”.

El interés público que justifica el desistimiento unilateral de la Administración se ha venido apreciando en aquellas relaciones contractuales que, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto. Igualmente, el Consejo de Estado ha admitido, en alguna ocasión, el desistimiento unilateral del contrato de obra por la Administración, sin haber desaparecido su objeto, por el surgimiento de ciertas incidencias en la ejecución contrato que imposibilitan la ejecución de aquel y que, aunque no puedan calificarse como incumplimientos imputables al contratista, aconsejan que sea relevado en aras al buen fin del contrato. Así, en el Dictamen 1949/2007, de 22 de noviembre, es favorable a la resolución por desistimiento unilateral de la Administración, *“al no resultar de interés continuar con el mismo y por contar con los medios propios necesarios para su finalización”*, lo que recuerda a la expresión utilizada en el antiguo artículo 70 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (RCCL) de 1953, que hablaba del desistimiento de lo que fuere objeto de la obligación contraída o *“considerase más conveniente asumir su ejecución directa en los casos permitidos en el artículo 311 de la Ley”*.

Por tanto, en primer lugar, debe verificarse el requisito de que concurren razones de interés público —u otras circunstancias de carácter excepcional— que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. El Consejo de Estado ha venido elaborando una doctrina en este ámbito, oponiéndose a la viabilidad de resoluciones en las que no exista una justificación objetiva suficiente para proceder a la resolución; así, en su Memoria de 1986, recordó que la convicción positiva de la Administración contratante acerca de que el mantenimiento del vínculo contractual resulta innecesario o inconveniente ha de asentarse en una rigurosa valoración del interés público o de las circunstancias excepcionales que puedan concurrir que podrán ser diversas y de diferente intensidad. Así, se ha reconocido en numerosos dictámenes que, para que proceda resolver unilateralmente el contrato el hecho de que se produzca un ahorro económico para la Administración o que la prosecución de su ejecución suponga un mayor gasto para esta.

El segundo requisito consiste en que queden a salvo los derechos económicos que, en tales casos, corresponden al o los contratistas, de manera que no solo habrá que abonar los trabajos realizados hasta la fecha en que se acuerde el desistimiento, sino que habrá que calcular las indemnizaciones que deben percibir las empresas adjudicatarias como consecuencia de los perjuicios sufridos por el desistimiento unilateral de la Administración y tendrá derecho a que le sea devuelta la garantía definitiva constituida.

Finalmente, aunque nada diga la ley sobre la imposibilidad de celebrar un nuevo contrato con el mismo objeto por la Administración, es consecuencia lógica que si la concurrencia de razones de interés público —u otras circunstancias de carácter excepcional— hacen innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, mientras persistan esas razones de interés público o circunstancias excepcionales, no sea posible la celebración de un nuevo contrato. En este sentido, el Consejo Consultivo de Castilla La Mancha en su dictamen 86/2005, de 15 de junio señala que la innecesariedad del servicio contratado, aducida por la Administración como motivo del desistimiento no existe, cuando la propia administración pretende una nueva contratación, y por lo tanto no procede fundar en el desistimiento la resolución del contrato. De manera que, igual que en la renuncia a la celebración del contrato por razones de interés público del artículo 155 TRLCSE, “*no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia*”, parece evidente que la Administración, en caso de desistimiento del contrato por razones de interés público, no podrá promover una nueva licitación de un contrato con el mismo objeto que el resuelto por desistimiento, en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar el desistimiento.

3. DESISTIMIENTO Y MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Junto con la prerrogativa del desistimiento (orientada a la resolución del contrato con carácter previo a su finalización, al existir motivos que hacen innecesaria o inconveniente su permanencia), existe la prerrogativa de modificación de los contratos, cuyo ejercicio está orientado a la continuación del

vínculo contractual, pese a la alteración de los elementos que lo integran. Por razones de interés público, puede procederse a la modificación del contrato³.

La prerrogativa del *ius variandi* no puede entenderse como una potestad sin límites, existiendo un límite derivado de la propia naturaleza del contrato administrativo y que se traduce en que, con la prerrogativa de modificación, no se puede crear un contrato nuevo distinto del contrato primitivo, sino simplemente alteraciones o variaciones en el proyecto originario, pues, en otro caso, se estarían eludiendo los principios de publicidad, concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación pública. Por tanto, si la modificación propuesta, al afectar a los elementos esenciales del contrato, entraña un nuevo contrato, distinto del primitivo, lo procedente será la resolución del contrato vigente y el inicio de un nuevo procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, respetándose los principios de publicidad y concurrencia. Así lo recoge el actual artículo 105.1 al señalar que, fuera de los supuestos previstos en los artículos 106 y 107 TRLCSP de modificación, *“si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III”*.

Hasta la Ley 2/2011, el régimen jurídico de la modificación de los contratos era mucho más flexible. En el TRCLAP, la modificación del contrato en sus elementos, una vez perfeccionado este, solo cabía por el órgano de contratación por razón de interés público, siempre que fueran debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente, de manera que por la vía de la modificación, en ocasiones, se llegaba, en la práctica, a la celebración de nuevos contratos. En la LCSP se suprimió la referencia a las necesidades nuevas y se fijó como límite que no podrían afectar a las condiciones esenciales del contrato. Ahora bien, esta normativa más flexible tenía como propio límite el derivado de la propia institución contractual. Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de abril de 1999 señala, en relación con el *ius variandi* y la posible alteración del objeto de la licitación por la modificación que *“los supuestos legales de tal posibilidad deben entenderse tasados y su interpretación recibir un tratamiento marcadamente res-*

³ Gallego Córcoles, en “Modificación “a la baja” del contrato público” señala que la posibilidad de reducir el objeto del contrato como medida de control del déficit público ha sido considerada una razón de interés general que permite modificar el contrato.

trictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de uno de las partes”.

En aplicación de esta doctrina, son muchos los dictámenes del Consejo de Estado que, ante la modificación propuesta por la Administración, consideran que esta afecta a los elementos esenciales del contrato y que lo procedente es la resolución del contrato por desistimiento. Así, el Dictamen 25 de febrero de 1998 dice:

“Ahora bien, la dificultad sustancial para aceptar la modificación proyectada estriba en la naturaleza misma de la supuesta modificación. No se trata realmente de una modificación que pueda acogerse a cualquiera de los párrafos del artículo 150 del Reglamento General de Contratación, ni por razón de la cuantía podría adjudicarse a ... dicho “modificado” en el artículo 153 del propio texto, como obra accesoria o complementaria, pues siempre que este tipo de obras excedan en su presupuesto del 20% no pueden adjudicarse directamente al contratista principal, sino que debe abrirse el cauce de pública licitación.

En el presente caso, como se deduce del contenido del proyecto, e incluso de los informes que obran en el expediente, se trata en realidad de una variación en la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habían de ejecutarse en la carretera S-492. Pero más que una modificación de contrato se trata en realidad de un proyecto nuevo, lo que habría de dar lugar sin duda a un nuevo expediente de contratación, y en definitiva a un contrato administrativo distinto.

(...)

El Consejo de Estado estima perfectamente admisible, y hasta loable, que varíe el criterio de ejecución de obras de la citada carretera, y que efectivamente se prepare, e incluso se apruebe, un proyecto que dé lugar en su día a un contrato administrativo para ejecución de los trabajos pretendidos. Si para ello es necesario resolver el contrato originario, con las consecuencias económicas a que ello dé lugar, tal es en el presente caso una exigencia de la propia Ley de Contratos del Estado, pues, como se dice, no se aprecia exista en el presente caso una verdadera modificación contractual sino una pretendida adjudicación ex novo de un contrato administrativo de obras.

El desistimiento unilateral por parte de la Administración ha sido en muchas ocasiones admitido como causa resolutoria de los contratos, sin perjuicio de cualquier posible pacto de mutuo disenso, siempre y cuando el contratista no haya incumplido sus obligaciones de acuerdo con lo establecido al respecto por la legislación sobre contratos”.

Nos encontraríamos, por tanto, ante una novación extintiva del contrato. Se pretende una modificación que supone, en realidad, un nuevo objeto. En este sentido, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 405/10, de 24 de noviembre, declara que “... *la modificación del contrato de consultoría y asistencia para la redacción del proyecto básico, proyecto de ejecución, estudio de seguridad y salud y dirección de obra, para la construcción de la Biblioteca de Ciudad Lineal, sería jurídicamente inviable por lesión de los principios de licitación pública y libre, al reducirse el proyecto básico de la obra en más de un 30% del presupuesto primitivo del contrato y constituir de hecho un proyecto nuevo no reconocible, respecto del que fue objeto de desarrollo y planificación por el contrato cuya resolución se pretende”.*

En estos casos, al suponer la modificación un nuevo objeto contractual, lo procedente era acordar la resolución del contrato, bien por mutuo disenso, bien por desistimiento unilateral de la Administración, y el inicio de un nuevo procedimiento de adjudicación para el nuevo contrato con diferente objeto. El interés público que justificaba el desistimiento de la Administración, al sobrevenir circunstancias que determinaban la pérdida del objeto del contrato primitivo contrato, no impedía la celebración de un nuevo contrato, en cuanto que su objeto era diferente.

4. EL ARTÍCULO 223 G) TRLCSP

Tras la Ley de Economía Sostenible de 2011, se introduce una nueva regulación que pretende limitar la práctica de los modificados tipificando los supuestos en los que es posible la modificación con la finalidad de que, en los no previstos, se proceda a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Así, los contratos del sector público únicamente podrán modificarse bien cuando esa posibilidad este contemplada en los pliegos o en el anuncio de licitación o, si no estuviere previsto, en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107, esto es, la

modificación del contrato por la concurrencia de una de las causas objetivas previstas en el apartado 1 del citado precepto, siempre que “*se justifique suficientemente la concurrencia*” de esa circunstancia y con la exigencia de que la modificación del contrato acordada “*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*”.

En el caso de que la modificación pretendida no pudiera efectuarse, bien por exceder del alcance y límites previstos en los pliegos o en el anuncio de licitación, bien cuando, concurriendo una de las causas objetivas previstas en el artículo 107.1, la modificación alterare las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, deberá procederse a la resolución del contrato. Con tal finalidad, la LES introdujo una nueva causa de resolución contractual, que es la recogida en el actual apartado g) del artículo 223 TRLCSP, y que dice:

“Son causas de resolución del contrato:

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la 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”.

Así lo señala el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo (sobre el anteproyecto de la Ley de Economía Sostenible):

“Como complemento de este nuevo régimen, en el que las posibilidades de modificación contractual son mucho más limitadas, el legislador introdujo la causa de resolución analizada, con el objetivo de permitir poner fin al vínculo convencional en aquellos supuestos en los que el contrato no puede ser modificado, pero tampoco ejecutado en los términos inicialmente pactados, motivo por el cual la resolución conlleva, como regla general, el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le sea imputable (apartado 5 del artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible)”.

Efectivamente, los efectos de esta causa de resolución, regulados en el artículo 225 apartados 5 y 6 consisten en que *“el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista”* y que, al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato se pueda iniciar el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, *“si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución”*.

Por tanto, cuando se pretenda la modificación del contrato y esta no pueda realizarse por considerar que esta afecta a sus elementos esenciales, lo procedente será la resolución del contrato por esta causa y no por el desistimiento, como se venía haciendo, con los efectos que ello conlleva.

De manera que, el elemento diferenciador entre una y otra causa de resolución vendrá determinado por este tercer requisito al que se hacía referencia en el desistimiento: la innecesariedad o inconveniencia de la permanencia del contrato, mientras persistan esas razones de interés público que justifican su resolución. Así, si el contrato es innecesario nos encontraremos ante un desistimiento y, lógicamente, no podrá iniciarse un nuevo procedimiento de contratación, mientras persistan esas circunstancias. En cambio, si es necesaria la permanencia del contrato, nos encontraremos ante la causa de resolución por imposibilidad material de modificación del contrato, con los que efectos que, en uno y otro caso, conllevan.

De manera que, frente al supuesto de resolución por desistimiento unilateral de la Administración, en que el importe de la indemnización será de un 6 % del importe de la prestación dejada de realizar (en obras y suministros) y de un 10% en el caso de los contratos de servicios, la resolución por esta causa de imposibilidad de modificar el contrato fija la cuantía de la indemnización de un 3% de la prestación dejada de realizar. La razón de esta diferencia en el importe de la indemnización debida al contratista radica, a mi juicio, en esta innecesariedad de la permanencia del contrato. En el caso del desistimiento, la causa de interés público en que se fundamenta el desistimiento unilateral de la Administración impide que se pueda iniciar un procedimiento contractual con el mismo objeto que el desistido, de manera que el contratista, no solo se ve privado de su derecho a cumplir con la prestación objeto del contrato y, por tanto, a su remuneración en forma, sino a participar en otro procedimiento contractual con el mismo objeto que el contrato desistido. En cambio, en el supuesto de imposibilidad de modificar el contrato, el

interés público que justificaría la modificación, fundamenta también su resolución por esta causa y el inicio de un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato con el mismo objeto que el anterior, si bien con las modificaciones que, por exceder de los límites legales previstos, y vulnerar en consecuencia los principios de publicidad y concurrencia, no pudieron introducirse en el contrato a través del procedimiento de modificación contractual. En este caso, el contratista se ve privado de su derecho a cumplir con el contrato celebrado con el perjuicio que ello supone, pero no impide que pueda participar en el nuevo procedimiento de adjudicación del contrato con las modificaciones introducidas a su objeto. Por ello, parece lógico que el importe de la indemnización que deba percibir sea menor que en el caso del desistimiento.

5. CONCLUSIONES

Tras la introducción por la LES de la causa de resolución del contrato por imposibilidad de su modificación, el desistimiento recupera su auténtica naturaleza como causa de extinción definitiva del contrato. El desistimiento unilateral de la Administración debe estar justificado en una causa de interés público o circunstancia excepcional, que haga innecesaria la permanencia del contrato y, mientras esa causa persista, no será posible iniciar un nuevo procedimiento contractual con el mismo objeto que el anterior.

Cuando sea necesaria la permanencia del contrato y, sin embargo, sea imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o su ejecución en esos términos produzca una lesión grave al interés público, habrá de procederse a su modificación, cuando esa posibilidad este contemplada en los pliegos o en el anuncio de licitación o, si no estuviere previsto, en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107 (novación modificativa). Fuera de estos casos, deberá procederse a realizar la modificación proyectada mediante una novación extintiva del contrato, procediéndose a su resolución por la causa prevista en el artículo 223 g) TRLCSP, y al inicio de un procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato.

BIBLIOGRAFÍA

GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, “Modificación “a la baja” del contrato público. La Ley Contratación Administrativa Práctica, nº 121 Septiembre-Octubre 2012.

GARCÍA TREVIJANO GARNICA, Ernesto, Resolución del contrato administrativo de obra, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996.

PUNZÓN MORALED A, Jesús y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Francisco. El desistimiento de la Administración en el TRLCSP.

LAS GARANTÍAS DE LA CONTRATACIÓN Y LAS RESPONSABILIDADES A LAS QUE ESTÁN AFECTAS: FUNCIÓN E INCAUTACIÓN

D. ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA

I. CONSIDERACIÓN DE CARÁCTER GENERAL

Siguiendo las indicaciones de la organización de la Jornada, mi intervención va a consistir en la exposición exclusivamente de algunos aspectos relativos a las garantías en general, para centrarme finalmente en una cuestión que está siendo últimamente objeto de un intenso debate: si procede o no la incautación de la garantía definitiva (con independencia de que se demuestren o no daños y perjuicios) en caso de resolución del contrato por culpa del contratista. La naturaleza y configuración de la garantía definitiva depende de la respuesta que se dé a esta cuestión.

Voy a referirme específicamente al régimen de las garantías en la contratación administrativa, sin perjuicio de aludir previamente al régimen aplicable a las entidades del sector público que no son “Administraciones Públicas”. Y, como digo, solo voy a tratar algunos aspectos concretos sobre estas materias.

II. RÉGIMEN APLICABLE A LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SON “ADMINISTRACIONES PÚBLICAS”

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSP) constituye una norma compleja en su lectura y comprensión, como ya ocurriera con su predecesora de 2007. En cuanto ahora interesa, no siempre es fácil delimitar los aspectos incluidos en el TRLCSP que resultan aplicables a todas las entidades del sector público o solo a parte de ellas, de manera que el operador jurídico debe en ocasiones realizar un importante esfuerzo, no ya en las fases de interpretación y aplicación de la norma, sino también y especialmente en la fase de la búsqueda de la norma aplicable.

En este sentido, el TRLCSP se aplica con plenitud a las “Administraciones Públicas” (en el sentido de su artículo 3.2), mientras que a los “poderes adjudicadores” distintos de las Administraciones Públicas y al *resto* de entidades del sector público se les aplicarán solo algunos de sus preceptos. Esto exige que la lectura de cualquier precepto, Sección, Capítulo, Título o Libro del TRLCSP, deba hacerse necesariamente teniendo siempre presente la distinción entre los tres grupos de sujetos a los que, con un alcance diverso, les resulta de aplicación el TRLCSP:

Grupo I: las Administraciones Públicas definidas a los efectos de dicha Ley en su artículo 3.2 (hay numerosas entidades públicas que nos son Administración Pública a los efectos del TRLCSP).

Grupo II: poderes adjudicadores distintos de las Administraciones públicas (artículo 3.3).

Grupo III: el “resto” de entidades del sector público enumeradas en el artículo 3.1 y que no forman parte de ninguno de los dos Grupos I y II anteriores.

Sobre esta base, deberá estarse atento a la utilización de expresiones como “contratos del sector público” (expresión omnicomprendiva que afecta a los tres grupos citados), “contratos administrativos” (solo los celebrados por las Administraciones Públicas), etc.

Pues bien, nos referimos ahora al régimen de las garantías aplicables a las entidades de los Grupos II y III. Abordaré más adelante el régimen que resulta de aplicación a las “Administraciones Públicas” (Grupo I).

Dispone el artículo 104 del TRLCSP que “1. *En los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.* 2. *El importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 96, así como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato*”.

De este precepto se desprenden, a mi juicio, las siguientes conclusiones:

- Se trata de un precepto que resulta de aplicación tanto a las entidades del sector público que conforman el Grupo II (se trate o no de contratos “sujetos a una regulación armonizada”), como el Grupo III (a los que no resulta de aplicación el concepto de contrato “sujetos a una regulación armonizada”). Quedan fuera exclusivamente, pues, las “Administraciones Públicas” (Grupo I).
- Se otorga un amplio margen para decidir si se exigen o no garantías, tanto provisionales como definitivas. Es más, frente a lo que acontece con el régimen de las garantías de las “Administraciones Públicas”, el TRLCSP no impone, al menos explícitamente, que se justifique la decisión que se adopte al respecto, ello sin perjuicio de que al menos cuando se trate de entidades jurídico-públicas, deban justificar su decisiones por aplicación del principio de adherencia al fin público.
- Si optan por exigir la garantía provisional o definitiva, gozarán de una amplia libertad para configurarlas, lo cual es lógico ya que si tienen la posibilidad de exigir las o no, parece razonable que también gocen de un amplio margen para configurarlas cuando deciden exigir las. Y aunque el artículo 104 del TRLCSP se refiere explícitamente solo a que el órgano de contratación establecerá el *importe* de la garantía, así como el régimen de su *devolución y cancelación* atendidas las circunstancias y características del contrato, la capacidad de configuración abarca más allá que el importe, devolución y cancelación, y solo se encuentra limitada por las *formas* de constitución de las garantías.
- En efecto, la capacidad de configuración de las garantías no es absoluta, puesto que se encuentra limitada —a mi juicio exclusivamente— por las *formas* de constitución de las garantías. Si se opta por exigir la garantía provisional o definitiva, deberá constituirse a través necesariamente de alguna de las formas previstas en el artículo 96 del TRLCSP, lo que debe entenderse, en mi opinión, en una doble dirección: por un lado, el licitador tiene derecho a utilizar cualquiera de las formas previstas en el citado precepto legal; por otro, el órgano de contratación no puede restringirlas o incluir otras distintas, pues la utilización de las formas de constitución de las garantías constituye derecho necesario, no meramente dispositivo.

III. RÉGIMEN APLICABLE A LAS “ADMINISTRACIONES PÚBLICAS”

III.1. Sobre el alcance de la regulación prevista en el TRLCSP

Me refiero ahora al régimen de las garantías aplicable a las “Administraciones Públicas” (Grupo I). Su regulación se contiene en los artículos 95 a 103 del TRLCSP y en otros preceptos dispersos (artículos 156, 225, 271, 310). Todos estos preceptos tienen la consideración de “legislación básica” del Estado, lo que implica (i) que resultan aplicables a todas las Administraciones Públicas y (ii) que su contenido no puede ser modificado (sí desarrollado) por las Comunidades Autónomas.

Existe, no obstante, una excepción: no se califica como “legislación básica” el artículo 156 del TRLCSP, en el que se regula la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que en su caso se hubiera exigido en caso de falta de formalización del contrato por causas imputables al adjudicatario. Pero con independencia de que a nadie se le escapa que en muchas ocasiones es difícil de entender el criterio seguido para seleccionar los preceptos que son finalmente calificados como “legislación básica”, quiero ahora destacar que previsiones como la contenida en el citado artículo 156 del TRLCSP podrán ser aplicadas de manera supletoria en las Comunidades Autónoma, pero con un matiz. Me explico.

Observo que en la práctica a veces se hace un uso indebido de la cláusula de supletoriedad del derecho del Estado prevista en el inciso final del artículo 149.3 de la Constitución (“*el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas*”), provocando incluso una renuncia implícita a campos de actuación que corresponden a las Comunidades Autónoma. Cuando una Comunidad Autónoma no quiere regular una materia o no quiere hacerlo de manera tan exhaustiva como lo ha hecho del Estado para sí, no puede ello provocar el efecto perverso de que por la aplicación supletoria del derecho estatal se neutralice el objetivo pretendido por la Comunidad Autónoma en el ámbito de sus competencias propias, como es no regular la materia o hacerlo de manera menos exhaustiva. Menos aún sería razonable exigir que la Comunidad Autónoma que no quiera verse pillada en esta trampa, deba aprobar una Ley meramente declarativa en la que expresamente se manifieste que se niega la aplicación supletoria de determinado precepto o preceptos estatales.

Este es un debate que se mantuvo hace tiempo sobre el que existe ya una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, y a pesar de ello en ocasiones, en el seno de la propias Comunidades Autónomas, se desconoce u olvida tal doctrina, y se impone internamente una improcedente aplicación supletoria del derecho estatal, con el citado efecto indeseado. Es decir, se renuncia de facto al margen que ofrece la citada doctrina.

Baste recordar en este aspecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1991, de 4 de julio, en que se señaló la improcedencia de una interpretación de la cláusula de supletoriedad que suponga considerar toda normativa estatal como un mínimo regulatorio de aplicación directa a materias atribuidas a la competencia de las Comunidades Autónomas, pues ello exigiría a las Comunidades Autónomas realizar un desarrollo legislativo de todas las materias de su competencia al menos tan reglamentista como el que exista respecto de la correlativa competencia estatal. Tal interpretación —según sostiene el Tribunal Constitucional— supondría la conversión de toda la normativa estatal en normativa básica, sin que exista título competencial para ello, así como una restricción a la potestad legislativa autonómica respecto de las materias de su competencia, potestad que incluye realizar un desarrollo normativo reglamentista o no, dejando mayor flexibilidad a la actuación administrativa como opción legislativa. Y ello porque como destacó la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 de junio, *“reiteradamente hemos venido afirmando que la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho”* (en la misma línea se expresan las Sentencias 61/1997, de 20 de marzo, y 139/2011, de 14 de septiembre).

III.2. La garantía provisional

Sinceramente no comparto la animadversión declarada hacia la garantía provisional. Si atendemos a la evolución en el tratamiento de la garantía provisional, se observa que en la legislación del siglo XIX y gran parte del siglo XX, la exigencia de la garantía provisional ha sido una constante como instrumento disuasorio útil para el mantenimiento de la seriedad de las ofertas. La regla general fue exigir su constitución (con excepciones). Posteriormente, la Ley 13/1995 (tras su modificación operada por la Ley 53/1999) solo exigía la garantía provisional para contratos administrativos de cuantía superior a la señalada (artículo 36.1), confi-

gurándola como potestativa para los contratos administrativos de cuantía inferior, los contratos administrativos especiales y los contratos privados. El paso final en esta evolución ha sido el de invertir el planteamiento: la regla general es que no se exija la constitución de garantía provisional, y solo de manera justificada podrá imponerse (artículo 103.1 TRLCSP).

Considerar que la exigencia de la garantía provisional constituye un obstáculo que limita improcedentemente la concurrencia en las licitaciones y con ello perjudica el interés público, supone, en mi opinión, una afirmación desproporcionada en cuanto a los efectos que pretenden asociarse a la exigencia de la garantía provisional. Es evidente que si no se exige la garantía provisional, se facilitará el acceso a la licitación y con ello en principio puede haber una mayor competencia en las ofertas.

Ahora bien, no puede perderse de vista que también por razones de interés público, habrá que tener en cuenta que lo importante no es fomentar sin más la participación en la licitación, sino fomentarla entre personas que estén verdaderamente interesadas en resultar adjudicatarias, sin que pierdan ese interés, si lo tuvieron en origen, durante la tramitación de la licitación. La Administración no está para perder el tiempo en examinar ofertas de licitadores que pueden retirarlas sin más en cualquier momento (antes de la perfección del contrato), sin perjuicio para ellos.

Se me replicará que ya existe un efecto disuasorio para quienes no estén verdaderamente interesados en la adjudicación: el coste de elaborar la oferta. Sin embargo, este argumento serviría para aquellos casos de licitación de contratos complejos en los que la formación de la oferta exija un relevante esfuerzo económico, pero no puede perderse de vista que el TRLCSP se aplica a contratos complejos y a contratos sencillos, en los que el coste de elaboración de la oferta puede ser muy reducido o incluso inapreciable. Además, si realmente se considera que la exigencia de la garantía provisional puede tener un efecto negativo en la concurrencia a la licitación, bastaría simplemente con reducir su importe o excluirla cuando se considere inconveniente, pero lo que se ha hecho es dificultar su utilización, desde el momento en el que se impone, si quiere exigirse la garantía provisional, que se justifique suficientemente. Y lo cierto es que —insisto— el riesgo a perder una cantidad de dinero, aunque esta sea escasa, constituye un instrumento útil para que se presenten los que verdaderamente tienen interés.

En definitiva, sigo reivindicando la importancia práctica de la garantía provisional como instrumento para mantener la seriedad de las ofertas.

Las características fundamentales de la garantía provisional son las siguientes:

- Existe un amplio margen para exigir o no en el Pliego la constitución de la garantía provisional. No obstante, como ya se ha destacado, “*deberá justificarse suficientemente en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato*”. Aunque se pretende con ello que se motive por relación a las peculiaridades específicas del concreto contrato de que se trate, lo cierto es que no existirán normalmente particulares dificultades para alcanzar una adecuada motivación (lo cual no está reñido con la crítica antes expuesta a la configuración actual de la garantía provisional).
- Si se opta por exigir la garantía provisional, resultará imperativo que el importe no exceda del 3 por 100 del presupuesto del contrato (excluido el IVA). Es decir, se deja margen para que, hasta dicho límite, el órgano de contratación establezca su importe.
- Las formas de constitución de la garantía provisional son las previstas en el artículo 96 del TRLCSP para las garantías definitivas.
- En cuanto a las responsabilidades a las que está afecta la garantía provisional, conviene distinguir tres situaciones:
 - La retirada injustificada de la proposición antes de la adjudicación. En este caso, será incautada la garantía provisional, sin necesidad de que la Administración demuestre la existencia de daños y perjuicios. Ahora bien, el artículo 103.4 del TRLCSP no prevé que adicionalmente pueda la Administración —en lo que exceda del importe de la garantía provisional incautada— exigir daños y perjuicios, si existieran. Por tanto, se incauta la garantía provisional sin necesidad de demostrar la existencia de daños y perjuicios, pero no se pueden exigir cantidades adicionales aun en el caso de que se demostrara la existencia de daños y perjuicios que excedan del importe de la garantía provisional incautada.
 - Incumplimiento por quien resultó propuesto como adjudicatario de su obligación de constituir la garantía definitiva y aportar la documentación exigida. En realidad se trataría de una situación materialmente equivalente a la retirada injustificada antes de la adjudicación, con los efectos ya señalados.

- La falta de formalización del contrato por causa imputable al contratista no constituye un supuesto formal de incautación de la garantía provisional, porque esta para entonces ya no existe como tal al estar ya constituida la garantía definitiva, aunque desde un punto de vista material sea equivalente a la incautación de la garantía provisional. El artículo 156.4 del TRLCSP contempla para estos casos la incautación parcial de la garantía definitiva en el importe equivalente a la garantía provisional que se hubiera exigido.

La incautación no exigirá la previa demostración de daños y perjuicios, pero la Administración no podrá exigir que se le indemnice por los daños y perjuicios causados en lo que exceda del importe de la garantía incautada, dado que el TRLCSP, frente a regulaciones anteriores, no prevé tal posibilidad, lo que provoca que la garantía provisional se configure como una especie de arras de arrepentimiento.

Por otro lado, considero injustificado que en estos casos de no formalización por causa imputable al adjudicatario, la Administración “pueda” incautar la garantía provisional. La discrecionalidad es peligrosa y fuente segura de agravios comparativos.

III.3. La garantía definitiva

La regla general es que debe constituirse la garantía definitiva, si bien puede eximirse de su constitución a quien resulte adjudicatario, salvo en los contratos de obras y de concesión de obras públicas, en los que no cabe dicha exención. En todo caso, debe quedar claro que, como es obvio, no se trata de una exención subjetiva, pues tiene que estar prevista en el Pliego, es decir, resultará de aplicación cualquiera que sea el adjudicatario.

El importe de la garantía definitiva es del 5 por 100 (no “hasta” un 5 por 100) del importe de adjudicación (no del presupuesto base de licitación, como se preveía en legislaciones anteriores, salvo en el caso de contratos cuya cuantía se establezca en función de precios unitarios).

Puede exigirse la constitución garantía complementaria de “hasta” un 5 por 100 del importe de adjudicación. Solo puede imponerse en “casos especiales”, que deberán justificarse en el expediente. Deberá contemplarse en el Pliego, es decir, se exige de manera objetiva atendiendo a las peculiaridades

del contrato, y no por razones subjetivas en función de la oferta formulada o de quien la formula. La garantía complementaria es garantía definitiva a todos los efectos (incautación, responsabilidad, reposición, etc.).

En los contratos de concesión de obras públicas, es posible prever en el Pliego la reducción de la cuantía de la garantía definitiva hasta un 2 por 100 cuando se entra en fase de explotación de la obra pública ejecutada, en los términos previstos en el artículo 95.4 segundo párrafo del TRLCSP (“*El órgano de contratación, atendidas las características y la duración del contrato, podrá prever en los pliegos, justificándolo adecuadamente, la posibilidad de reducir el importe de la garantía definitiva, una vez ejecutada la obra y durante el período previsto para su explotación. Sin perjuicio de otros criterios que puedan establecerse en los pliegos, esta reducción será progresiva e inversamente proporcional al tiempo que reste de vigencia del contrato, sin que pueda suponer una minoración del importe de la garantía por debajo del 2 por 100 del valor estimado del contrato*”).

III.4. Garantía global

Se contempla la posibilidad de constituir garantías globales. Se configura como un medio de constitución de la garantía. Es decir, la garantía global es jurídicamente una garantía definitiva.

Cabría preguntarse si la garantía global puede utilizarse para la constitución de garantías provisionales. La regulación actual, frente a la anterior, no se refiere explícitamente a las garantías provisionales, lo que podría llevar a la conclusión de que ha querido excluirse tal posibilidad. Sin embargo, mientras la Administración tenga a su disposición la garantía correspondiente en los términos legalmente previstos, no veo razón que impida su constitución bajo el formato de la garantía global.

En cualquier caso, se trata de una opción para el licitador. La Administración no puede imponer la garantía global o prohibirla (“*Alternativamente... el empresario podrá constituir una garantía global...*”).

Por otro lado, del artículo 98 del TRLCSP parece desprenderse que si se opta por la garantía global, afecta a *todos* los contratos que se celebren con una Administración o con uno o varios órganos de contratación. No obstante, no veo objeción a una interpretación flexible que permita la constitución

de una garantía definitiva separada, pues no se perjudicaría el interés público dado que la Administración dispondría de la garantía correspondiente, que es lo verdaderamente relevante.

La garantía global solo admite los medios previstos en las letras b) y c) del artículo 96.1 (aval y seguro de caución). Responde de manera genérica y permanente del cumplimiento por el contratista de todos los contratos suscritos con esa Administración u órgano de contratación bajo la cobertura de la garantía global, hasta el porcentaje garantizado. Es decir, opera igual que la garantía definitiva constituida de forma ordinaria, pero con una ventaja: el resto de la garantía global responde de los daños y perjuicios en lo que exceda del importe de la garantía (del porcentaje) incautada. Se establece un sistema de afectación de la garantía global a cada contrato concreto mediante un sistema de inmovilización, que se libera cuando se cancela la garantía.

III.5. Afectación de la garantía definitiva

La garantía definitiva responde de las penalidades impuestas al contratista por cumplimiento defectuoso o demora, en los términos previstos en el correspondiente Pliego.

Igualmente, responde de la correcta ejecución del contrato, gastos originados a la Administración por la demora y los daños y perjuicios causados con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento (cuando no proceda su resolución). Se pretende con ello cubrir un doble frente: (i) las consecuencias derivadas del cumplimiento *normal* del contrato (sin mediar incumplimiento del contratista), pero de las que deba responder el contratista; y (ii) las consecuencias derivadas del incumplimiento *en los términos pactados* por el contratista (cumplimiento *anormal*). Incluye los supuestos de “mera tolerancia” (en los que no hay prórroga, ni resolución del contrato ni imposición de penalidades, pero cumplimiento tardío) y del incumplimiento *en los términos pactados* (el contratista finalmente cumple —de ahí que no haya resolución del contrato—, pero no *en los términos pactados*).

Por otro lado, ha surgido un intenso debate acerca de si, a luz de lo dispuesto en la Ley 30/2007 y en el actual TRLCSP, procede o no la incautación de la garantía definitiva en caso de resolución del contrato por culpa del contratista. ¿Goza la Administración de margen de discrecionalidad?; en caso de respuesta afirmativa, ¿en qué casos podría acordarse la no incautación de

la garantía cuando media un incumplimiento culpable del contratista? ¿Existe una conexión necesaria entre daños y perjuicios por un lado, y pérdida (total o parcial) de la garantía por otro? ¿Se ha querido configurar la garantía con carácter exclusivamente resarcitorio, en el sentido de que su función responde exclusivamente a asegurar el cobro de los daños y perjuicios que efectivamente hubieran podido causarse?

Aunque la redacción del artículo 225.3 del TRLCSP podría interpretarse de diversas maneras, en mi opinión la Administración, si media incumplimiento culpable del contratista (generador de la extinción anticipada del contrato), debe incautar la garantía definitiva, independientemente del montante de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento hubiera ocasionado.

La posición contraria a la que sostengo podría fundamentarse sustancialmente en alguna de las dos concepciones siguientes:

- Considerar que se ha otorgado un amplio margen de discrecionalidad a la Administración para decidir al respecto, con base fundamentalmente en lo dispuesto en el artículo 225.4 del TRLCSP, cuando señala que *“En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*. Es decir, frente a regulaciones anteriores, ahora no se establecería automatismo alguno.
- Entender que la garantía cubre los daños y perjuicios que puedan ocasionarse, de manera que si no se demuestra la existencia de estos, procedería la devolución de la garantía. Y si los daños y perjuicios fueran de cuantía inferior, procederá la devolución del importe sobrante de la garantía tras cubrir tales daños y perjuicios. Ello con fundamento en lo dispuesto en el artículo 225.3 del TRLCSP (*“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”*). Esta postura es la defendida por Rosa Collado Martínez, Ponente también en esta Jornada, al apoyar la posición sustentada por el Consejo de Estado en diversos dictámenes.

Como he adelantado, en mi opinión la actual regulación no debería interpretarse como un cambio respecto de la regulación anterior prevista en la Ley 13/1995 y en el Real Decreto Legislativo 2/2000, según la cual en caso de resolución del contrato por incumplimiento del contratista, procede la incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de la obligación del contratista de indemnizar por los daños y perjuicios causados en lo que exceda del importe de la garantía incautada. Considero que existen argumentos de peso para así sostenerlo.

Sin perjuicio de ello, es realmente necesario clarificar esta cuestión de manera definitiva, puesto que no es admisible que un aspecto tan relevante para la contratación administrativa reciba respuestas radicalmente distintas según la Administración contratante. Carlos Yáñez Díaz ha puesto de manifiesto en su ponencia presentada en esta misma Jornada que el Consejo de Estado y los distintos Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas mantienen posiciones discrepantes sobre el particular, sembrando con ello incertidumbre e inseguridad para los contratistas, que carecen de certeza sobre las consecuencias derivadas de la resolución del contrato por causas a ellos imputables.

En tanto se clarifica esta cuestión (y sería deseable que se hiciera modificando la redacción del TRLCSP), a continuación expongo diversos argumentos en favor de la postura que sostengo:

1.- No puede apelarse a razones históricas para defender el carácter resarcitorio de la garantía. Y ello porque la regulación no ha sido uniforme. Así, en el siglo XIX se aprobaron también normas que preveían la incautación de la garantía en caso de resolución del contrato por culpa del contratista, al margen de la existencia o no de daños y perjuicios demostrados. Por ejemplo, el artículo 59 del Pliego de Condiciones Generales para las Contratas de Obras Públicas aprobado por Real Decreto de 10 de julio de 1861, disponía que “*si el contratista dejase de cumplir en el tiempo estipulado su contrata, quedará esta de hecho rescindida, con pérdida de la fianza, sin que se le admita ninguna reclamación...*”. Por su parte, en el artículo 55 último párrafo de Pliego de Condiciones Generales para las Contratas de Obras Públicas aprobado por Real Decreto de 11 de junio de 1866, se señalaba que “*...si a pesar de esto llegase el término del algún plazo sin que hubiese construido el contratista las obras correspondientes, procede la rescisión del contrato*”. Y en el artículo 56 se establecía en los mismos términos que “*en el caso prescrito en el artículo ante-*

rior, y una vez dictada la rescisión del contrato, se entenderá esta con pérdida de la fianza, sin que se admita al contratista reclamación alguna ni otro derecho que el abono de la cantidad de obra construida y de recibo...". En similares términos se expresa el artículo 54 del Pliego aprobado por Real Decreto de 7 de diciembre 1900.

2.- La “incautación” propiamente dicha de la garantía es una figura que opera al margen de la existencia o no de daños y perjuicios. Significa pérdida de la garantía, haya o no daños y perjuicios demostrados. O si se quiere, la incautación constituye una forma de indemnización de carácter mínimo y cuantía objetivada.

La incautación podrá o no ser compatible con la exigencia además de daños y perjuicios, conforme a lo que establezca la normativa aplicable. Pero si lo que se pretende es configurar la garantía como un instrumento para asegurar el cobro de los daños y perjuicios que hubieran podido causarse, no debería hablarse propiamente de “incautación” de la garantía.

Pues bien, el artículo 100.c) del TRLCSP se refiere a la “incautación” que puede decretarse en casos de resolución del contrato; no se refiere a que con cargo a la garantía puede hacerse frente a los daños y perjuicios. Y un sentido similar debe darse a la expresión “pérdida” de la garantía. Otros preceptos del TRLCSP se refieren también a la incautación o pérdida de la garantía (artículos 156.4, 225.3, 225.4, 271.4 y 310.3).

Por ejemplo, el artículo 225.4 señala que *“solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”*, lo que pone claramente de manifiesto que se está ligando la incautación de la garantía a la existencia de culpa del contratista. No se exige demostrar la existencia de daños y perjuicios, sino que la incautación procede sin más en el caso de que se resuelva el contrato por insolvencia del contratista cuando dicha insolvencia haya sido declarada culpable, precisamente porque esta situación equivale a la resolución del contrato por culpa del contratista. Si, en cambio, el contrato se resuelve por insolvencia del contratista sin que el concurso se declare culpable, no procederá la incautación. Es decir, no se configura la garantía como un instrumento meramente resarcitorio para cubrir los daños y perjuicios que hubieran podido causarse, devolviéndose al contratista el sobrante del importe de la garantía una vez cubiertos tales daños y perjuicios.

Y es difícil aceptar que haya querido introducirse un cambio tan trascendental en la configuración de la garantía definitiva sin haber dejado rastro de ello durante la discusión parlamentaria de la Ley 30/2007 y, a su vez, manteniendo en dicha Ley y en el TRLCSP, como se ve, numerosas referencias a la incautación de la garantía.

3.- No constituiría argumento suficiente en contra de la automaticidad de la incautación de la garantía, apelar a la rigidez de esta configuración, puesto que durante la vigencia de la regulación anterior también se reconocía en ocasiones moderación en la incautación (excluyéndola o reduciendo su alcance) en función de las circunstancias del caso. Al amparo de principios como el de proporcionalidad, se ha admitido en ocasiones, aunque con un marcado carácter excepcional, la moderación en la incautación.

4.- Cuando el artículo 225.4 del TRLCSP señala que *“En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, no está prejuzgando nada, puesto que se refiere a todos los supuestos de resolución del contrato, y no solo los que estén provocados por incumplimiento culpable del contratista. Lo que el legislador ha pretendido es que exista claridad sobre la situación en la que queda la garantía (pérdida, devolución o cancelación), que dependerá de la causa que motive la resolución del contrato, y no simplemente de lo que la Administración considere oportuno en cada caso.

5.- Por la misma razón, cuando el artículo 100.c) del TRLCSP se refiere a la *“incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido”*, hay que ponerlo en conexión, no con que la Administración goce de discrecionalidad para incautar o no, sino con el hecho de que concurra uno de los supuestos que permiten dicha incautación. Y es difícil admitir que la Administración goce de discrecionalidad para decidir si incauta o no la garantía en casos demostrados de resolución del contrato por culpa del contratista, pues sin duda sería una fuente potencial de tratamiento dispar ante situaciones similares cuando no idénticas.

6.- Del TRLCSP no se desprende que se ligue la pérdida (total o parcial) de la garantía a la existencia demostrada de daños y perjuicios. El artículo 225.4 alude a la procedencia o no de la “pérdida” de la garantía, y no lo enla-

za con la existencia o no de daños y perjuicios. Otro tanto ocurre, como ya se ha dicho, con el artículo 100.c) cuando se refiere a la “incautación” de la garantía, y el artículo 103.4 cuando dispone la incautación de la garantía provisional en caso de retirada injustificada.

Por su parte, una lectura atenta del artículo 225.3 lleva, en mi opinión, a la misma conclusión, pues, superadas disputas de antaño, su contenido responde a la compatibilidad aceptada entre incautación de la garantía y la exigencia de daños y perjuicios, sin que se produzca duplicidad en el importe equivalente de la garantía incautada. El precepto (i) garantiza que no se producirá dicha duplicidad y (ii) que subsistirá la responsabilidad del contratista por el importe de los daños y perjuicios en lo que exceda de la cuantía de la garantía incautada.

7.- En el caso del contrato de concesión de obras públicas, el artículo 271.4 prevé la incautación de la garantía y la indemnización de daños y perjuicios en lo que exceda de la garantía incautada. Y otro tanto ocurre con el contrato de elaboración de proyecto de obras (artículo 310), en el que se dispone la pérdida o incautación de la garantía junto con el abono de daños y perjuicios. ¿Qué sentido tendría modificar completamente la configuración de la garantía definitiva y, a su vez, mantener el régimen anterior para los contratos de concesión de obras públicas y los contratos de elaboración del proyectos de obras? ¿qué poderosa razón —desconocida por cierto— justifica dispensar a estos contratos un tratamiento radicalmente distinto al resto de los contratos?; si se hubiera querido diferenciar el régimen aplicable a estos contratos en lo que al tratamiento de la garantía se refiere, ¿no hubiera sido lógico que hubiera rastro de ello en la discusión parlamentaria o en la Exposición de Motivos?

Todas estas preguntas tienen, a mi juicio, una clara respuesta: sencillamente no se ha querido cambiar nada. La redacción del artículo 225 podrá ser ciertamente mejorable, pero su objetivo no ha sido el de cambiar nada a este respecto.

8.- Desde un punto de vista práctico, negar la automaticidad en la incautación de la garantía en caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, supondría que en muchos casos dicha resolución no tendría efectos negativos directos sustanciales (aparte de cesar en la ejecución del contrato) para el contratista, especialmente ante la dificultad de probar los daños y perjuicios por la Administración. Obviamente, la Administración deberá incoar el oportuno expediente contradictorio para determinar los daños y perjuicios causados, pues la Administración no puede “perdonar” sin

más los importes que le corresponden. Pero ello no obsta para que se asegure a la Administración, existan o no daños y perjuicios, pueda o no demostrarlos, la percepción de un mínimo, que se traduce en la pérdida de la garantía. No quiero decir con ello que esta sea la única regulación admisible, puesto que nada impediría excluir de la garantía definitiva cualquier aspecto sancionatorio, pero insisto en que una modificación de este calado requeriría una modificación normativa clara en este aspecto, lo que no existe en el TRLCSP.

En fin, se está reviviendo una discusión doctrinal a la que se quiso poner fin con motivo de la aprobación de la Ley 13/1995, sin que, en mi opinión, se haya querido realmente variar el régimen aplicable en este aspecto a las garantías.

9.- No puede desconocerse la utilidad práctica del efecto disuasorio que supone el riesgo para el contratista de que se le incaute la garantía definitiva si no cumple con sus obligaciones y ello motiva la resolución del contrato por su culpa, lo que nada tiene que ver con un supuesto afán recaudatorio de la Administración, que no debe existir.

En definitiva, a mi juicio el TRLCSP permite una interpretación que lleve a mantener la misma configuración de la garantía definitiva contenida en la Ley 13/1995 y en el Real Decreto Legislativo 2/2000, en el sentido de que, en caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, proceda la incautación de la garantía, se demuestren o no daños y perjuicios. Y solo se podrá reclamar por estos, en lo que excedan del importe de la garantía definitiva incautada.

TERCERA MESA REDONDA

Antes de todo quiero mostrar mi agradecimiento al ponente, D. Ernesto García Trevijano, y a los dos participantes de la mesa, Dña. Rosa Collado y D. Carlos Yáñez Díaz, quienes con su esfuerzo, consiguieron que esta mesa redonda resultara interesante y enriquecedora para todos los asistentes.

Cuando el Consejo Consultivo diseñó la organización de las Jornadas, tuvo claro que uno de los temas a tratar tenía que ser el del régimen de las garantías en la contratación administrativa, y muy en concreto la polémica suscitada a raíz de la promulgación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, en orden a determinar si era procedente o no la incautación de la garantía definitiva en caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

El debate, en torno a la naturaleza o finalidad que ha de cumplir la garantía definitiva, con la nueva regulación y en concreto, si ha pasado de tener una finalidad punitiva a meramente resarcitoria, ha alcanzado no solo los sectores doctrinales y jurisprudenciales, sino también ha experimentado discusión en el seno del Consejo de Estado y en los distintos órganos consultivos de las Comunidades Autónomas que han optado por una u otra posición y muy especialmente en el seno del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, donde se ha seguido la posición del Consejo de Estado, pero sin unanimidad entre sus miembros. De ahí se desprende el interés de nuestro órgano consultivo por esta materia.

Es por ello por lo que a la hora de elegir a nuestros participantes, tratamos de buscar a aquellos, que desde el inicio de este debate, han mantenido una postura decidida y defensiva de una u otra posición. Evidentemente como quedó demostrado “la polémica estaba servida”.

Así el ponente, D. Ernesto García Trevijano, letrado excedente del Consejo de Estado, tras examinar algunos aspectos relativos a las garantías en ge-

neral, se mostró partidario de entender que la actual regulación no debería interpretarse como una modificación con respecto a la regulación prevista en la Ley 13/95 y en el Real Decreto Legislativo 2/2000 y que, en consecuencia, en el caso de incumplimiento culpable por parte del contratista, procedería la incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de la obligación del contratista de indemnizar por los daños y perjuicios causados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

Se basó para ello en razones históricas, al estimar que, aun cuando la regulación sobre la garantía definitiva no haya sido uniforme, su regulación no ha tenido un mero carácter resarcitorio, sino que a lo largo del siglo XIX se aprobaron normas que preveían la incautación de la garantía en caso de resolución del contrato por culpa del contratista, al margen de la existencia de daños y perjuicios demostrados.

Asimismo mantuvo que de haberse querido dar un cambio en la configuración de la garantía, el legislador no hubiera mantenido el término de “incautación” o el de “pérdida de garantía” que a su juicio opera al margen de la existencia o no de daños o perjuicios demostrados. En este sentido puso de manifiesto como dicha expresión se mantiene en la redacción de los artículos 100.C), 156.4, 225.3, 225.4, 271.4 y 310.3, todos ellos de TRLCSP. Especial interés tienen estos dos últimos artículos que mantienen expresamente la incautación de la garantía y la indemnización de daños y perjuicios en los que exceda de la garantía incautada tanto para el contrato de concesión de obras públicas como para el contrato de elaboración de proyecto de obras, lo que en su opinión refrenda que se ha querido mantener el régimen anterior pues no tendría sentido que el legislador hubiese querido mantener una regulación diferente para cada tipo de contrato.

Igualmente apeló a razones de utilidad práctica al entender que negar la automaticidad en la incautación de la garantía en caso de resolución por incumplimiento culpable supondría que dicha resolución, en muchos casos, no tendría efectos negativos para el contratista, además de eliminarse el efecto disuasorio que supone para dicho contratista el riesgo de perder la garantía, caso de no cumplir con sus obligaciones de forma culpable. En cualquier caso, a su juicio, dicha automaticidad no impediría la moderación de la incautación atendiendo a las circunstancias del caso, al amparo de los principios de proporcionalidad, admitidos en muchos casos por la jurisprudencia.

Finalmente, y a favor del mantenimiento de su tesis, se refirió a la “intención del legislador”, dado que a su juicio, de haberse querido introducir, con la actual regulación, un cambio tan fundamental en la configuración de la garantía, necesariamente hubiera requerido una modificación normativa clara que a su vez hubiera exigido alguna referencia concreta en la discusión parlamentaria de la Ley o en la Exposición de Motivos y en consecuencia, ante dicho silencio, se desprende que lo que ha querido es mantenerse la configuración de la garantía definitiva contenida en la Ley 13/1995 y en el Real Decreto Legislativo 2/2000.

La siguiente intervención corrió a cargo de la letrada del Consejo de Estado, Dña. Rosa María Collado Martínez, quien por el contrario, mantuvo la tesis de negar la automaticidad de la incautación de la garantía definitiva en el caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, defendiendo la doctrina mantenida por el Consejo de Estado en orden a la naturaleza de la garantía. A su juicio y tras la nueva regulación no se puede negar que se ha producido un cambio en la naturaleza y finalidad de la garantía, que ha pasado a tener una dimensión claramente indemnizatoria circunscribiendo las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados que deberá hacerse efectiva sobre la garantía constituida, si bien la responsabilidad contractual subsiste en lo que exceda de su importe, lo que a su vez supone, que si los daños son inferiores procederá la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización. Solo procederá la incautación automática de la garantía cuando así esté previsto expresamente en los Pliegos de Cláusulas Administrativas del contrato.

En apoyo de su tesis destacó que, de conformidad con el artículo 3.1 del Código Civil, las normas deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras, y que tras la nueva regulación, el tenor literal del artículo 225 apartados 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al tratar los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista no tiene nada que ver con el contenido del anterior artículo 113 apartados 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, al que sustituye por cuanto si en este se mantiene que “al contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”, en la nueva regulación se establece que “cuando el contrato se resuelva por incum-

plimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados”. A la vista del tenor literal parece que el régimen correspondiente a la incautación de la garantía ha cambiado.

Asimismo apeló a los antecedentes históricos y legislativos que demuestran que el tema de las garantías siempre fue un asunto polémico y falto de uniformidad en su regulación, surgiendo como medio de asegurar la indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados, hasta llegar a tener un carácter netamente sancionador en la LCE de 1965, que desaparecerá para dar de nuevo paso a una finalidad indemnizatoria tras el Real Decreto Legislativo 2/2000 por el que se aprueba el TRCAP. A ello añadió que tanto la jurisprudencia como la doctrina del Consejo de Estado tampoco han mantenido una línea definida en orden a la incautación automática de la garantía en el caso del incumplimiento culpable habiendo modulado dicha incautación atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

Por último se refirió a la necesidad de interpretar las normas de acuerdo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, la cual ha variado de una forma radical, estando inmersos en un contexto de crisis económica que impide en muchas ocasiones llevar adelante las relaciones contractuales. Destacó como el ordenamiento administrativo ha reaccionado con un paquete de medidas que pretenden favorecer la actividad empresarial recogidas en el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril. Es por ello, por lo que según su opinión, ante un contexto de crisis en el que debe de primar llevar a buen término las relaciones contractuales satisfaciendo el interés general, no parece necesario declarar la pérdida total de la fianza, entendida como una medida punitiva, obligando a los contratistas a pagar una indemnización, con independencia de que se hayan acreditado o no daños para evitar con ello que las Administraciones tengan que llevar a cabo la determinación de los daños realmente sufridos. En definitiva los intereses generales quedaran satisfechos cuando resuelto un contrato por incumplimiento culpable del contratista, la Administración demuestre la existencia de daños mediante un expediente contradictorio, los cuales deberán ser satisfechos con cargo a la garantía. De no quedar acreditados procederá la devolución de la fianza.

Este último punto suscitó diversas intervenciones por parte de los asistentes y en especial por parte de los representantes de los Ayuntamientos quienes mostraron su cautela respecto de la realización de dichos expedientes ante la dificultad con la que cuentan las Administraciones en muchas ocasio-

nes para acreditar los daños, lo que supondría, en definitiva, primar al contratista culpable y que generaría, a juicio de algunos discrecionalidad, inseguridad y litigiosidad.

Finalmente la última intervención corrió a cargo de D. Carlos Yáñez Díaz, letrado de la Comunidad de Madrid, quien realizó un profundo estudio sobre la materia, resumiendo las razones en pro y en contra de ambas posiciones desde un punto de vista legislativo y de razones históricas, resaltando que a pesar de la literalidad del artículo 225 del TRLCSP que inclinaría a pensar en una naturaleza de la garantía exclusivamente indemnizatoria, lo cierto es que esa interpretación solo tendría apoyo en la nueva regulación de los efectos de la resolución, no habiéndose introducido ningún cambio en los preceptos dedicados al régimen de garantías en general, lo que a su juicio solo supondría una mala redacción del artículo 225 sin que el legislador hubiera tenido intención de variar el régimen anterior, lo que queda demostrado también ante el hecho de que en la tramitación parlamentaria de la Ley no exista referencia alguna ante un cambio tan sustancial en el régimen de garantía definitiva. Ello contrasta con la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, de la Comunidad Foral de Navarra, en cuyos preceptos se recoge con rotundidad una finalidad claramente resarcitoria de la garantía, que además fue puesta de manifiesto en la tramitación parlamentaria de la Ley.

Asimismo destacó la falta de uniformidad de la materia tanto en el ámbito de la jurisprudencia, enumerando sentencias contrapuestas en orden a la naturaleza de la garantía, oscilando entre aquellas que consideran que tiene una función meramente resarcitoria de aquellas otras que la otorgan una función claramente punitiva. En el mismo sentido examinó el problema desde el punto de vista de la doctrina científica que igualmente mantiene posiciones claramente contrapuestas.

Finalizó su intervención con un magnífico estudio comparado de la doctrina del Consejo de Estado y de los distintos órganos consultivos autonómicos destacando los que se encuentran a favor de la incautación automática de la garantía como el Consejo Consultivo de Andalucía, Aragón, Canarias, Cataluña, Extremadura, Galicia, Murcia y País Vasco y los que por el contrario niegan dicha automaticidad destacando una función meramente resarcitoria, doctrina recogida por el Consejo de Estado y los órganos consultivos de Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, La Rioja, con especial referencia al Consejo Consultivo de la Comuni-

M^a. José Campos Bucé

dad de Madrid, quien también ha acogido recientemente esta última doctrina a partir del Dictamen 656/12, de 12 diciembre, aunque como dijimos al inicio, sin unanimidad entre sus miembros.

Tras las distintas intervenciones se abrió un turno de debate que no hizo más que reforzar las posiciones contrapuestas entre los ponentes, destacando las ventajas y los inconvenientes de cada una de sus tesis, del que se extrajo como conclusión definitiva la urgente necesidad de que, o bien a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o bien a través del propio legislador, se clarifique de una vez por todas esta materia a fin de evitar que un mismo contratista sea tratado de forma distinta según la Administración con la que contrate, lo que genera consecuencias injustas, además de crear inseguridad e incertidumbre entre los licitadores y entre la propia Administración pública.

Dña. M^a. José Campos Bucé
Consejera electiva del Consejo Consultivo

LA BRUJA POR LA CHIMENEA Y LA INCAUTACIÓN DE LA FIANZA EN CASO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA

DÑA. ROSA MARÍA COLLADO MARTÍNEZ

En esta Jornada sobre contratación pública, organizada por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, el tema al que se dedica la última de las mesas redondas responde a una preocupación de la máxima actualidad: son muchos los supuestos de resolución de contratos administrativos que se someten en los últimos tiempos al Consejo de Estado y los Consejos Consultivos Autonómicos, y muchos, por no decir todos, los contratistas que pretenden no ver incautada la garantía definitiva que prestaron, alegando variadas causas, en su mayor parte relacionadas con la crisis económica.

El asunto resulta polémico ya que la interpretación de los preceptos que se dedican a la materia en el 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, no es pacífica. Parte de la doctrina sostiene que cabe una interpretación según la cual no existen cambios significativos entre las normas anteriormente vigentes y las actuales. Esta interpretación no coincide con aquella que se ha convertido en doctrina del Consejo de Estado y del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, bien que en este caso con votos particulares.

La doctrina del Consejo de Estado es ya firme, a través de una labor de aplicación del derecho vigente. No corresponde a esta intervención su defensa ya que el Consejo de Estado no necesita paladines: sus dictámenes se sobran. Sin embargo, puede ser oportuna la cita de algunos de los argumentos expuestos y refutados que contribuirán a aclarar la naturaleza y función de las garantías.

Se permitirá, por tanto, que esta intervención recuerde las palabras de quien fue Consejero en la Casa, también Letrado y Secretario General, don Antonio Pérez-Tenessa Hernández, que ante los cambios legislativos decía:

“Los juristas son como niños, y hay que contarles el cuento siempre de la misma manera. Si cambias algo te dicen: No, eso no es así, la bruja no entra por la ventana sino por la chimenea.”

Creo que en este caso el Consejero Pérez-Tenessa diría lo mismo y esta intervención tratará, dentro de los límites y la extensión que tiene fijados, de justificar esta afirmación.

1. LA LEY Y SU TEXTO: EL SENTIDO PROPIO DE LAS PALABRAS

El Código Civil dispone en su artículo 3.1:

“3.1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.”

Se habrá de empezar, por tanto, con la comparación de la literalidad de los dos preceptos.

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dedicaba al tema de la resolución de los contratos los artículos 111 y siguientes. En particular, procede la cita del artículo 113, dedicado a los efectos de la resolución, que se expresa así:

“Artículo 113. Efectos de la resolución.

1 (...).

4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

5. En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.”

En el momento actual este precepto ha sido sustituido, derogado, por el artículo 225 del 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, y así se expresa:

“Artículo 225. Efectos de la resolución.

1. (...)

3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

5. (...).”

Interesa destacar que el tenor literal de este precepto, el hoy apartado 3 del artículo 225, ha permanecido invariado desde el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público¹ y supone que la garantía definitiva tiene como finalidad el aseguramiento de la indemnización por los daños que eventualmente pudiera sufrir la Administración ante el incumplimiento del contratista². Se produjo, sin embargo una relevante modificación en el apartado 4, ya que se introdujo en su último inciso la referencia al tratamiento de la garantía en caso de concurso del contratista, mediante el Real Decreto-ley 6/2010,

¹ Era entonces el artículo 208.

² Esta función de la garantía como modo de asegurar la indemnización de daños que pudieran causarse a la Administración era la consagrada en el primer Pliego de Condiciones Generales para la contratación de Obras Públicas, aprobado por Real Orden de 18 de marzo de 1846.

de 9 de abril, cuyo título es tan significativo como el que sigue: de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.

Así las cosas, se habrá de coincidir que atendiendo al primero de los criterios previstos por el Código Civil parece que el régimen previsto para la incautación o pérdida de la fianza no es el mismo. La bruja ya no entra por la chimenea: el muy gráfico término de incautación ya no consta en el texto legal vigente, salvo para el caso en que subsista responsabilidad del contratista.

Esta modificación tan evidente en el tenor literal de los preceptos ha sido quizá la causa de que el Consejo de Estado no dedicara su tiempo a elucubrar sobre el texto de la norma. Tampoco es tarea propia del Consejo de Estado la de incorporar criterios interpretativos o debates doctrinales a sus Dictámenes, asunto más habitual en la Universidad o la docencia. La tarea propia de la Administración consultiva es más la aplicación del ordenamiento, entendida como actividad orientada a la resolución de un problema jurídico, que la interpretación de las normas.

Ya desde el primer dictamen en que se plantea la primera resolución amparada por la Ley de Contratos del Sector Público la conclusión se desprende con naturalidad de este tenor literal. Hubo, por supuesto, en el despacho de estos primeros asuntos, un debate que puede calificarse de reflexivo, pero lo cierto es que tras los argumentos expuestos y la adopción de un criterio, este se mantiene hasta hoy, desde el Dictamen 318/2012, de 19 de abril de 2010 hasta el muy reciente Dictamen 270/2013, de 11 de abril de 2013.

Así se expresa el Dictamen 318/2012, de 19 de abril de 2012, sobre la resolución del contrato de obras relativo al proyecto de adecuación de la depuradora en un determinado Acuartelamiento:

“En cuanto a las consecuencias de dicha resolución por incumplimiento culpable de la contratista, el artículo 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dispone lo siguiente:

Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

Interesa resaltar que el apartado transcrito no prevé la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista. Esta previsión contrasta con la contenida en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”), precepto con arreglo al cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía (automatismo en la incautación que ha sido matizado en la doctrina del Consejo de Estado, al entenderse que, dada la función punitiva a la que atiende, tal incautación debía modularse a la vista del comportamiento de las partes en la vida contractual —dictamen 41/2011, de 24 de febrero—).

Frente a lo dispuesto en el artículo 113.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, la cual ha de hacerse efectiva sobre la garantía constituida, si bien la responsabilidad contractual subsiste en lo que exceda de su importe. Ello supone que, de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización.”

En estos momentos la doctrina expuesta es pacífica en el Consejo de Estado, es decir, no cabe a la vista del tenor literal del artículo 225 del 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, una incautación automática de la garantía definitiva en los todos los casos en que el contrato se resuelve por causa imputable al contratista. Esta incautación automática y completa solo es posible si así fue previsto expresamente en los Pliegos de Cláusulas Administrativas, como ocurre con algunos de los expedientes que llegan al Consejo de Estado. Valgan como ejemplos los Dictámenes 418/2012, de 7 de junio de 2012, y 519/2012 y 652/2012, de 28 de junio de 2012, relati-

vos a las resoluciones de los contratos administrativos especiales para el aprovechamiento de madera verde de pino silvestre procedente de cortas en Valsaín, Segovia. A la conveniencia de incluir una cláusula semejante en los Pliegos se hará mención en un momento posterior.

Se ha de añadir que en el último de los Dictámenes despachados por el Consejo de Estado en la materia se extraen las últimas consecuencias de la conclusión. Así se expresa el Dictamen 270/2013, de 11 de abril de 2013:

“En el asunto sometido a consulta, por tanto, habiéndose alegado la existencia de daños y perjuicios por la Administración, resulta procedente incautar a efectos indemnizatorios la garantía definitiva constituida por la contratista por importe de 12.680,28 euros. Tramitado el correspondiente expediente contradictorio para la determinación de la cuantía de dichos daños y perjuicios, la responsabilidad contractual de la empresa subsistirá respecto al exceso, de existir este; en caso contrario, deberá procederse a la devolución de la suma remanente a la contratista.”

2. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS

Descartando por el momento un análisis de la interpretación sistemática de los preceptos objeto de esta intervención, conviene prestar atención a los antecedentes históricos y legislativos de la materia, aun cuando lo cierto es que no arrojan demasiada luz sobre el asunto: este tema de las garantías o las fianzas fue siempre asunto polémico.

Fue el propio ponente en esta mesa redonda, Ernesto García-Trevijano, quien señaló que las tres notas más características de nuestro derecho positivo desde el siglo XIX son *“la falta de uniformidad en la regulación según los sectores y ámbito de que se tratara, la presencia del régimen relativo a las fianzas en las distintas normas sobre contratación administrativa y, finalmente, la no predeterminación siempre por la norma del porcentaje concreto de las fianzas”*³. A estas tres características añade la profesora Barrero Rodríguez⁴,

³ García-Trevijano Garnica, Ernesto, *El régimen de las garantías en la contratación administrativa*, Cívitas, Madrid, 1997.

⁴ Barrero Rodríguez, Concepción, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

en un profundo estudio sobre la materia, una cuarta *“la adscripción de las entonces llamadas fianzas a finalidades de muy diversa naturaleza. Las fianzas sirven para compeler al contratista a la correcta ejecución del contrato, responden de la efectividad de las multas que pudieran imponérseles, son, también, una cláusula de salvaguardia de la Administración frente a deficiencias en la ejecución del contrato que se manifiestan con posterioridad a su terminación, y son igualmente un mecanismo de defensa de la Administración ante las incidencias de muy diversa naturaleza que pueden producirse antes de la adjudicación del contrato o, lo que es más común, durante su desarrollo ya sea mediante o no culpa del contratista, ya sea con el resultado o no de una extinción anticipada del vínculo contractual”*.

No corresponde a los estrechos límites de esta ponencia analizar con detalle estos aspectos. Otros lo han hecho con éxito. La misma autora citada adelante como conclusión de su estudio histórico que *“la incautación de la fianza definitiva en los casos de resolución de contratos imputables al contratista surge en nuestro Derecho como garantía al servicio de la efectiva indemnización a la Administración de los daños y perjuicios derivados de la ruptura contractual; en un proceso lento, pero progresivo, irá perdiendo dicho valor para adquirir, en su lugar, un carácter netamente sancionador como el que se consagra en el artículo 53 de la LCE de 1965. El valor punitivo de la pérdida de la garantía se oscurece, paradójicamente sin embargo, en la aplicación de esta norma, para emerger, de nuevo, su dimensión indemnizatoria que es, como veremos, la que prepondera en el artículo 113.4 del TRCAP”*.

Una buena síntesis de la doctrina inmediatamente anterior al momento actual se encuentra en la Memoria que el Consejo de Estado elevó al Gobierno en el año 2002, que señala⁵:

“Esta previsión legal, recogida ya en su literalidad en el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, quiso poner fin a la intensa polémica suscitada durante la vigencia de la Ley de Contratos de 1965 acerca de la compatibilidad o no (y su alcance) entre la incautación de la garantía (entonces denominada

⁵ Consejo de Estado, Memoria del año 2002, que el Consejo de Estado en Pleno eleva al Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20. 2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 23 de abril, Madrid, 2003. Esta Memoria y todas las demás citadas pueden consultarse en www.consejo-estado.es

impropiamente como “fianza”) y la indemnización de daños y perjuicios, en supuestos de resolución del contrato por culpa del contratista.

Sin embargo, se observa que todavía se suscitan dudas, en el seno de algunos expedientes, acerca de la citada cuestión y, en definitiva, sobre la procedencia o no de exigir —con independencia de la incautación de la garantía— la correspondiente indemnización del contratista por los daños y perjuicios que su incumplimiento culpable hubiera podido irrogar a la Administración. Por ello, se estima oportuno recordar cuál era la situación antes de la Ley 13/1995 y qué es precisamente lo que el artículo 114.4 de esta (actual artículo 113.4 del texto aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000) quiso atajar.

En efecto, durante la vigencia de la Ley de Contratos de 1965 se produjo una intensa polémica doctrinal sobre la interpretación del artículo 53, párrafo 1º, de la citada Ley. Disponía este precepto que, “cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios”. Las posiciones que entonces se sustentaron sobre el particular fueron sustancialmente las siguientes:

- La que consideraba la procedencia de acumular, sin limitación, la incautación de la garantía y la indemnización de daños y perjuicios. Se consideraba la incautación como una consecuencia automática derivada de la resolución del contrato por culpa del contratista (a modo de cláusula penal o como pérdida-sanción), pero, a la vez, la Administración tenía derecho a ser resarcida por el total de los daños y perjuicios que le hubiera producido dicho incumplimiento, sin descontar, por tanto, el importe de la garantía ya incautada.

- Se sostuvo también que la incautación de la garantía debía considerarse como un mecanismo dirigido a asegurar el cobro por parte de la Administración de los perjuicios reales que le hubieran sido irrogados, de forma que procedía devolver el exceso cuando el importe de la garantía fuera superior a los perjuicios reales.

- Finalmente, otro sector opinaba —y es el que finalmente se ha reflejado primero en la Ley 13/1995 y después en el vigente texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000— que la indemnización de da-

ños y perjuicios únicamente procedía por el exceso del importe de la garantía incautada.

Así se recoge actualmente, en efecto, en el artículo 113.4 del vigente texto refundido, cuyo objetivo, como se ha destacado, ha sido disipar cualquier duda al respecto. A la luz del citado precepto, el esquema, en caso de resolución del contrato por culpa del contratista, queda de la siguiente manera:

a) Procederá en todo caso la incautación de la garantía definitiva, cualquiera que haya sido el importe de los daños y perjuicios irrogados a la Administración. Dicha incautación procede por tanto también en aquellos casos —bastante habituales— en los que la Administración contratante no despliega actividad probatoria alguna dirigida a demostrar la efectiva producción de daños y perjuicios. La incautación de la garantía opera de esta manera como un mínimo (subsistencia de su función como cláusula penal), quedando su importe en favor de la Administración.

b) A su vez, es posible que la resolución culpable del contrato le haya producido daños y perjuicios a la Administración contratante, en cuyo caso podrá reclamarlos del contratista con el alcance siguiente:

- Si el importe de los daños y perjuicios fuera inferior o igual al de la garantía incautada, no procederá reclamar cantidad alguna del contratista por tal concepto.

- Si fueran superiores los daños y perjuicios al importe de la garantía incautada, la Administración podrá reclamar del contratista, a través de la vía procedente, únicamente la diferencia entre el importe de los daños y perjuicios derivados para la Administración del incumplimiento culpable del contrato por el contratista y el importe de la garantía incautada⁶.”

Una de las razones de la polémica a la que se refiere el Consejo de Estado en su memoria era la configuración de la cláusula penal en el derecho administrativo. Como señaló Villar Palasí⁷, la fianza definitiva no tiene la mis-

⁶ En la Memoria citada el Consejo se cuida de precisar que la incautación de la garantía definitiva solo procede cuando concurren las dos circunstancias, es decir, resolución del contrato e incumplimiento culpable del contratista. Aclara también que la incautación lo es de la garantía definitiva, tanto la ordinaria como las complementarias que en su caso se hubieran exigido. Cabe también la incautación de la garantía especial de haberse constituido, de acuerdo con el artículo 36.4 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000.

⁷ Villar Palasí, José Luís, *Concesiones Administrativas*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo IV, Editorial Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1981.

ma naturaleza que tiene la cláusula penal, entendida en el sentido del artículo 1153 del Código Civil⁸. En efecto, la sustitución de la prestación debida por el pago de la cantidad fijada como cláusula penal no satisface al interés público, de modo que el contratista no puede desligarse de sus compromisos con la administración aceptando la pérdida de la fianza. Por otra parte, señala el mismo autor: *“la misma naturaleza de la sanción —predeterminación de unos daños inestimables— excluye la sanción cuando se demuestra de modo fehaciente que no ha existido ningún perjuicio para la Administración”*⁹.

En su análisis sobre la cláusula penal Domínguez-Berrueta de Juan¹⁰ dedicó una reflexión a las funciones que la cláusula cumple en el derecho civil distinguiendo las siguientes: una función de garantía, que es función primigenia, una función sustitutiva-liquidatoria, es decir, en sustitución de la indemnización de daños y perjuicios, una función liberatoria, si obra como obligación sustitutoria del cumplimiento, y finalmente una *“función auténtica y específicamente sancionadora, en el caso de que pueda exigirse de forma conjunta, con alguna de las otras funciones por haberse pactado así de forma expresa”*. En estos términos, la exigencia de la totalidad de la cláusula penal, su incautación automática por parte de la Administración, sumada a la exigencia de la indemnización de daños y perjuicios aparece como una auténtica sanción impuesta al contratista incumplidor.

⁸ Código Civil. De las obligaciones con cláusula penal.

Artículo 1152. En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.

Solo podrá hacerse efectiva la pena cuando esta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.

Artículo 1153. El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.

Artículo 1154. El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.

Artículo 1155. La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

⁹ Villar Palasí, José Luis, op.cit.

¹⁰ Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel, *Garantías en el cumplimiento contractual: penalidades y “estipulatio poenae”*, Revista de Administración Pública número 104, mayo-agosto 1984.

En este sentido se expresó la doctrina del Consejo de Estado en algunos de sus dictámenes sosteniendo expresamente que: *“la doctrina de que la fianza definitiva no puede ser equiparada a una cláusula penal, de tal manera que el incumplimiento de de las obligaciones contractuales lleve aparejada, como efecto jurídico necesario y a modo de sanción, la pérdida de la fianza”*¹¹.

Y esta interpretación fue rechazada por la jurisprudencia en términos tajantes, como muestra la cita de la Sentencia de 23 de mayo de 1981, que afirma, resumiendo un criterio sostenido por el Tribunal Supremo¹²:

“Estamos ante la manifiesta ilegalidad de una sanción que se impone retroactivamente desoyendo un elemental principio de todo derecho sancionador, y es así, que cuando en las llamadas normas internas de penalización conformadas documentalmente y expresiva su propia definición de unos criterios internos y, por tanto, carentes, asimismo, del principio de publicidad que permita conocer a los supuestos interesados el contenido de una regulación que tanto afecta a los intereses de los contratantes con la Administración señala la cantidad de la ‘penalización a aplicar’, lo hace en cumplimiento de normas posteriores a la fecha del contrato, produciéndose un abierto rechazo a esa pretendida aplicabilidad dejando, por consiguiente, al descubierto la ilegalidad de ese concepto primitivo”.

Rechazada, por tanto, esa interpretación solo quedaba la tercera postura a la que el Consejo de Estado se refiere, es decir, la incautación de la garantía opera como un mínimo. Pero esta solución, como señala con acierto la profesora Barrero Rodríguez¹³ resulta, en muchas ocasiones, materialmente injusta, ya que la función de la garantía dependerá de la magnitud de los daños sufridos por la Administración contratante. En el caso de que el comportamiento del contratista hubiera causado daños a la Administración la garantía resulta ser la forma de asegurar la satisfacción de esos daños causados. Si el incumplimiento culpable del contratista no hubiera determinado la existencia de daños para la Administración la garantía incautada opera como cláusula-

¹¹ Véanse los Dictámenes de 27 de febrero de 1954 (expediente 14.143), de 24 de mayo de 1956 (expediente 19.356), de 28 de junio de 1956 (19.576) y de 12 de julio de 1956 (19.629), entre muchos otros.

¹² Domínguez-Berrueta de Juan, Miguel, op. cit.

¹³ Barrero Rodríguez, Concepción, op. cit.

la penal. En resumen, cuanto menor sea el daño que la Administración ha sufrido más grave será la pena que sufre el contratista¹⁴.

No es de extrañar a la vista de estas consideraciones que tanto la jurisprudencia como la doctrina del Consejo de Estado no presenten una línea definida en los casos de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista, ni anuden a este incumplimiento una incautación automática. Por el contrario, son muchos casos en que constatado este incumplimiento se entiende que no procede la incautación de la fianza. Valga como ejemplo la cita del muy reciente Dictamen del Consejo de Estado 1377/2012, de 24 de enero de 2012, en expediente tramitado para resolución del contrato de obras adjudicado por la Guardia Civil, bajo el amparo del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en que se señala:

“Ha quedado acreditado en el expediente que el incumplimiento es imputable al contratista y buena parte de los informes que sobre este asunto se han presentado estiman que este incumplimiento puede calificarse además como culpable. De esta calificación se desprendería necesariamente la aplicación del apartado 4 del artículo 113, es decir, tendría como consecuencia la incautación de la fianza. En estos términos la incautación tendría una finalidad punitiva, en el sentido en que se expresa el dictamen 41/2011, de 24 de febrero de 2011.

Sin embargo, es doctrina constante en el Consejo de Estado que es necesario dejar a salvo la buena fe contractual, principio general de la contratación pública, como ha señalado este Consejo de Estado en su dictamen 1.704/2006, de 26 de noviembre de 2006, entre muchos otros y el principio de confianza legítima, que debe inspirar la actuación de las Administraciones públicas también en materia de contratación, como se señala en los dictámenes 888/2001, de 19 de julio de 2001, y 1.914/2010, de 28 de octubre de 2010.

En aplicación de estos principios generales se ha entendido que cabe modular las consecuencias de la resolución por incumplimiento imputable al

¹⁴ En 1995 el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) presentó una enmienda al Proyecto de la que se convertiría en Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, proponiendo que en la resolución del contrato por incumplimiento culpable le fuera reconocido al contratista el derecho a la devolución de la garantía prestada en la medida que no fuese necesaria para hacer frente a la responsabilidad por los daños que su incumplimiento hubiese podido causar a la Administración. La enmienda fue rechazada.

contratista en atención a las circunstancias concurrentes. Y entre estas circunstancias se han tenido en cuenta la voluntad del adjudicatario de cumplir con el contrato y su disposición a colaborar con la Administración (dictámenes 3.437/1999, de 10 de febrero de 2000, y 717/91, de 20 de junio de 1991), el cumplimiento estricto por parte de la Administración de las obligaciones que legalmente le corresponden como parte del contrato (dictámenes 1.090/2010, de 22 de julio de 2010, y 3.273/2001, de 22 de noviembre de 2001), la incidencia en el volumen total de la obra o servicio de la parte que no se ha ejecutado a satisfacción de la Administración (dictámenes 1.358/2009, de 12 de noviembre de 2009, 1.065/2002, de 18 de julio de 2002, y 41/2011, de 24 de febrero de 2011) y los daños que a los intereses públicos puede haber causado el incumplimiento (dictámenes 654/2004, de 27 de mayo de 2004, y 646/2012, de 5 de julio de 2012). Estos factores permiten modular los efectos de la aplicación de las normas que establecen a favor de la Administración una serie de potestades o privilegios exorbitantes.

Así las cosas, se han de considerar los siguientes datos: la obra no se ha entregado en las condiciones necesarias en tiempo y forma, el adjudicatario ha tratado de cumplir con el contrato y ha requerido a sus subcontratistas y suministradores para que llevaran a cabo las prestaciones que les correspondían sin conseguirlo, la Administración ha retenido el importe de la última certificación e incurrido en demora en su pago y del volumen total de la obra (cuyo precio alcanzaba 6.870.968,11 euros) queda por ejecutar únicamente la conexión de las instalaciones de climatización, aire comprimido y calefacción a las redes de suministros.

En estas circunstancias concretas la aplicación de los criterios que se desprenden de los dictámenes citados lleva a la conclusión de que no procede la incautación de la fianza, conclusión en la que el Consejo de Estado coincide con la propuesta de resolución. Se habrá de liquidar el contrato, teniendo en cuenta el precio de las partidas no ejecutadas y el importe de la certificación que aún no se ha pagado. Y en este expediente de liquidación se habrán de fijar los saldos pendientes a favor o en contra de las partes”.

Se habrá de coincidir, por tanto, en que la afirmación constante de la doctrina tradicional no ha impedido ni al Consejo de Estado ni al Tribunal Supremo modular las consecuencias del incumplimiento imputable al contratista. Y se podría sostener, quizá, aunque esta afirmación no está exenta de riesgos, que la línea divisoria se encuentra en aquella que separa el incumpli-

miento imputable del incumplimiento culpable, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso.

Son muchas las razones que justifican esta postura inicial, partidaria de la incautación automática de la garantía, algunas de ellas expuestas con acierto por el ponente de esta mesa redonda en un reciente trabajo¹⁵. Entre ellas se cita la dificultad de la cuantificación de los daños sufridos por los intereses públicos, asunto al que recientemente se ha referido también el Consejo de Estado. En estos términos, la incautación de la fianza, fijada en relación con un porcentaje, supone para la Administración la posibilidad de hacer efectiva la indemnización de daños sin necesidad de esforzarse en justificar o demostrar los perjuicios sufridos.

Es cierto que la finalidad del sistema de contratación pública es la consecución del interés general pero quizá sea oportuno preguntarse si es posible exigir al contratista, en todos los casos, que satisfaga una indemnización para evitar que las Administraciones tengan que llevar a cabo la determinación de los daños efectivamente sufridos. No me atrevere a calificar esta conclusión de injusta pero puede parecer, en ocasiones, un premio a la pereza de los servidores públicos, sobre todo en aquellos casos en que no existe en el comportamiento del contratista el más mínimo atisbo de responsabilidad, intencionalidad o culpabilidad. Como señalaba Villar Palasí: “*La pérdida de fianza y la penalidad general al incumplimiento tienen siempre como fundamento la lesión del servicio público que le sirve, a la vez, de límite y frontera de la acción de la Administración*”¹⁶.

Esta argumentación late en el razonamiento del Dictamen 646/2012, de 5 de julio de 2012, en estos términos:

“Entiende el Consejo de Estado que de los datos que obran en el expediente se desprende que el incumplimiento culpable del contratista ha causado da-

¹⁵ García-Trevijano Garnica, Ernesto, *La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, Revista Española de la Función Consultiva, número 14, 2010. Defendieron prontamente la postura contraria Baño Riquelme, Tomás y Morales Illán, Rafael, *La incautación de la garantía definitiva en la resolución del contrato administrativo por culpa del contratista: cuestiones derivadas de la nueva ley de contratos del sector público*, Revista Española de la Función Consultiva, número 12, 2009.

¹⁶ Villar Palasí, José Luis, op. cit.

ños y perjuicios a la Administración. La razón por la que se acomete la obra no era otra que la solicitud del Ayuntamiento para recuperar los terrenos en los que se instaló en su momento el Centro de Exámenes, lo que no ha sido posible hasta la fecha. Entre la fecha prevista para la puesta en marcha de las nuevas instalaciones, que hubieran debido estar disponibles el 19 de noviembre de 2011, hasta hoy, los solicitantes se han examinado en condiciones distintas a las del resto de los candidatos de otras provincias. La Administración ha abonado al contratista 9.999,99 euros en la segunda certificación, girada el 30 de diciembre de 2010, sin que el desembroce pagado tenga utilidad alguna en estos momentos. Y a todo ello se ha de sumar el dato de que la Administración se ve obligada a convocar una nueva licitación.

Sin embargo, el Consejo de Estado no puede coincidir con la propuesta en lo que se refiere a la valoración que de estos daños ha hecho la Administración. Esta valoración pretende imputar al contratista el precio de la instalación de los equipos informáticos en el nuevo edificio, instalación que se habrá de hacer en todo caso y que no guarda relación con el objeto del contrato. No cabe duda de que el incumplimiento culpable del contratista supone un daño a los intereses públicos pero la cuantificación y valoración de los perjuicios debe hacerse mediante expediente contradictorio, excluyendo de ellos, en todo caso, el precio de instalación de los equipos informáticos en el nuevo edificio.

Por otra parte, en el caso presente, no está previsto en el pliego que el incumplimiento culpable del contratista comporte automáticamente la pérdida de la garantía ni es posible deducir tal consecuencia de la regulación legal aplicable al contrato.

No obstante, la garantía prestada por el contratista queda afecta al pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración. Y en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos. Procede, por tanto, declarar resuelto el contrato sin pérdida de la garantía constituida y tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados a la Administración pública, reteniendo hasta la terminación de este dicha garantía toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo en primer término con cargo a ella”.

Así las cosas, ya cabe encarar el siguiente aspecto: la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

3. LA REALIDAD SOCIAL DEL TIEMPO EN QUE HAN DE SER APLICADAS LAS NORMAS

Estamos en crisis. Esta realidad que a nadie se le escapa tiene también sus reflejos en el ordenamiento administrativo. Se puede, como se ha hecho en esta ponencia, investigar el origen histórico de las reglas que rigen la pérdida de la garantía definitiva en el contrato administrativo pero lo cierto es que el ordenamiento actual apenas deja un momento para la reflexión. Baste un dato: en esta legislatura, desde el primero de ellos, el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, hasta hoy se han dictado un total de 36 Decretos-leyes. No son muchos los análisis que sobre esta materia se pueden encontrar en la doctrina¹⁷, aun cuando sobre la influencia de esta crisis en el derecho administrativo ya se han apuntado interesantes reflexiones¹⁸.

En la materia que nos ocupa, la contratación administrativa, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicada las normas, ha cambiado de forma radical desde el 15 de septiembre de 2008, fecha en que quebró Lehman and Brothers y que se toma convencionalmente como punto de partida del estallido de la crisis. Las inversiones públicas se han reducido, la morosidad ha aumentado, las partidas presupuestarias para obras públicas casi han desaparecido¹⁹ y

¹⁷ El IV Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en 2011, se dedicó a esta materia, bajo el título *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo*. Véase también Colás Tenas, Jesús, *Anotaciones sobre las reformas de la legislación de contratos del sector público durante el año 2010*, Revista El Derecho, 1 de diciembre de 2010, y Amoedo Souto, Carlos, *Crisis y cambio de modelo en las Universidades Públicas. Reflexiones de urgencia*, El Cronista, IUSTEL, 22 de abril de 2013.

¹⁸ Embid Irujo Antonio, *El derecho público de la crisis económica*, en *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

¹⁹ Un buen ejemplo puede encontrarse en el Dictamen del Consejo de Estado 1.914/2010, de 28 de noviembre de 2010, en el que se analiza la influencia sobre un contrato de las restric-

muchos de los contratistas se han visto inmersos en procesos concursales, con el consiguiente daño para los intereses tanto públicos como privados²⁰.

Algunos de estos males ya fueron conocidos en tiempos pasados y así la Memoria del Consejo de Estado del año 2004 dedicaba parte de su atención a “*El contrato administrativo, entre legalidad y eficacia*”, señalando:

“El Consejo de Estado ha conocido en épocas de crisis económica, singularmente en los primeros años noventa del pasado siglo, situaciones frecuentes de suspensiones de pagos de contratistas e, incluso, finalmente de quiebra porque la Administración no les paga el dinero que les debe y no pueden pagar a los suministradores, subcontratistas, trabajadores, y tienen que paralizar obras, lo que puede implicar para el contratista, salvo que haya solicitado la suspensión, o, en su caso, la resolución del contrato, un incumplimiento por abandono de las obras, con incautación de la garantía definitiva e indemnización de daños y perjuicios. Ello no resulta equitativo para el contratista y para la Administración supone la frustración del objeto del contrato, teniendo que iniciar un nuevo expediente de contratación, que puede estar interferido, además, por la situación litigiosa que plantee el contratista”.

Otros, por el contrario, son más propios de esta época, como es el fracaso de muchos de los proyectos de colaboración público privada, diseñados para una época en la que la financiación era fácil de conseguir²¹ o las dificultades de muchas de las Administraciones públicas en mantener el estándar de los servicios públicos²², con la consiguiente pérdida para los contratistas de oportunidades de licitación.

ciones presupuestarias en una inversión plurianual que el Estado no pudo llevar a cabo en sus sucesivos ejercicios presupuestarios.

²⁰ El Consejo de Estado ha dedicado parte de su memoria del año 2010 a un aspecto en particular de estas consecuencias, cual es la derivación de responsabilidad a la Administración por impago de las deudas salariales y con la Seguridad Social por parte de sus contratistas. Consejo de Estado, Memoria del año 2010, que el Consejo de Estado en Pleno eleva al Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 23 de abril, Madrid, 2011.

²¹ Collado Martínez, Rosa María, *El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, Revista Española de la Función Consultiva, número 8, 2007.

²² A este problema responde, entre otros, el Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las Entidades Locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos.

El ordenamiento administrativo ha tratado de reaccionar con un cúmulo de medidas de entre las cuales se habrá de prestar especial atención a las recogidas en el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril²³, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, que dedica su capítulo II a las medidas que pretenden favorecer la actividad empresarial²⁴. Con esta finalidad, se expresa, se trata de *“facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que este haya adquirido eficacia en un convenio; además, como novedad, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, si este hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario”*.

De este modo, en su nueva redacción, el artículo 225.4 se expresa de la siguiente manera:

“En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.”

Como ha señalado del Guayo Castiella: *“debe destacarse el acierto en el empleo de la palabra “solo”, ya que de este modo “la pérdida de la garantía acontece solo si la insolvencia es punible, es decir, que la resolución por causa del concurso de acreedores no culpable, no conlleva la pérdida de la garantía”*²⁵.

²³ El Real Decreto-ley tiene su origen en el llamado Pacto de Zurbano.

²⁴ Mir Puigpelat, Oriol, *Contratación administrativa en tiempos de crisis*, Revista Española de la Función Consultiva, número 12, 2009.

²⁵ Del Guayo Castiella, Iñigo, *Algunas respuestas a la crisis desde la legislación de contratos del sector público*, en *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011.

Esta modificación legislativa tiene el mismo sentido que la interpretación que en esta intervención se propugna y es coherente con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. La pérdida de la fianza no es consecuencia necesaria del incumplimiento del contratista sino del incumplimiento culpable del contratista, calificación que dependerá de aquella que recaiga en el concurso. Se evita de este modo que la incautación de la garantía tenga carácter punitivo en casos en que el contratista, el concursado, se ve abocado a esta situación por causas ajenas a su comportamiento.

En este sentido procede una consideración adicional. Son muchos los dictámenes del Consejo de Estado en que se ha excluido que la crisis económica pueda ser considerada como causa de fuerza mayor en relación con la extinción anticipada, el retraso en el cumplimiento o la resolución de un contrato administrativo. Esta era, en sustancia, la alegación de los contratistas, en los Dictámenes 2.502/2003, de 30 de octubre de 2003 y 1.509/2009, de 15 de octubre de 2009, por citar algunos ejemplos, alegación que fue rechazada. Ahora bien, descartado este argumento, se habrá de reconocer que la crisis puede determinar que hasta los contratistas más diligentes se vean incapacitados para cumplir con las prestaciones previstas²⁶. La incautación del total de la garantía parece una consecuencia poco proporcionada en estos casos, sobre todo si ha existido un comportamiento poco leal por parte de la Administración²⁷.

²⁶ Véase Mir Puigpelat, Oriol, op. cit.

²⁷ Este es el caso al que se refiere el Dictamen 41/2011, de 24 de febrero de 2011, sobre la resolución del contrato adjudicado para la redacción del proyecto de construcción de una determinada carretera, que se expresa en estos términos: “*Ahora bien, la incautación de la fianza, dada la función punitiva a que atiende en este caso, es una medida que debe modularse a la vista del comportamiento de las partes en el iter contractual. Aquí resulta acreditado que ese incumplimiento del contrato, al excederse el plazo, ha sido debido especialmente a necesidades de la propia Administración (para la ampliación y modificación del contrato, y la atención a necesidades de planificación y planeamiento de otras Administraciones públicas), y en último orden, ha sido ocasionado por la demora del órgano administrativo medioambiental en la emisión de su preceptivo informe. Habida cuenta de ello, de la buena fe acreditada por la contrata (que ha intentado minorar las consecuencias desfavorables para la Administración del incumplimiento contractual), y de la ínfima porción pendiente para ejecutar del contrato (el 6,34%), no ha de procederse a dicha incautación.*”

4. CONCLUSIONES

A lo largo de esta ponencia se ha sostenido que el texto literal del artículo 225 del 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, es lo suficientemente expresivo como para determinar un cambio sustancial en la naturaleza y función de la garantía definitiva en los casos de incumplimiento imputable al contratista que provoque una resolución del contrato administrativo.

No se le oculta a la ponente que existen argumentos para sostener que este cambio legislativo no debe suponer modificación de la doctrina tradicional, la mayor parte de ellos relacionados con una interpretación sistemática del texto refundido²⁸. Sin embargo, si a la interpretación basada en el sentido propio de las palabras se suman los argumentos expuestos sobre los antecedentes históricos, la voluntad del legislador y las circunstancias del tiempo en que se han de aplicar los preceptos parece oportuno concluir que no cabe declarar la pérdida total de la fianza, entendida como medida punitiva²⁹, a consecuencia de cualquier incumplimiento con efecto resolutorio del contratista. Es decir, no basta con la interpretación de la norma: es preciso aplicar el ordenamiento jurídico.

Por otra parte cabe preguntarse si al amplio andamiaje con que cuenta la Administración para asegurarse el cumplimiento del contratista es preciso su-

²⁸ Estos argumentos han sido expuestos con solvencia por García-Trevijano Garnica, Ernesto, *La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*, Revista Española de la Función Consultiva, núm. 14, 2010, y Barrero Rodríguez, Concepción, *La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público*, Revista de Administración Pública, n.º 176, mayo-agosto 2008. En concreto, la autora señala: “*Si el legislador de 2007, al no disponer en el artículo 208.4 la incautación de la garantía como efecto necesario de la resolución del contrato, ha querido consagrar el derecho del contratista a su reintegro en la medida en que no sea necesaria para la indemnización de los daños causados a la Administración por la ruptura del contrato, tendría que haber reformado también el precepto relativo al destino de la garantía, toda vez que el artículo 90, de idéntico contenido al 44 del TRCAP, no plantea dudas sobre su incautación en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista.*”

²⁹ En algunas Sentencias el Tribunal Supremo entiende que la pérdida o incautación de la garantía nada tiene que ver con una medida sancionadora o punitiva. Lo mismo sostuvo, en tiempos, con respecto a los recargos tributarios y a las multas coercitivas que resultaron finalmente no ser tales, sino verdaderas sanciones.

mar una medida de carácter general como la citada. La Administración cuenta entre sus prerrogativas con las facultades necesarias para seleccionar adecuadamente al contratista, con la potestad de interpretar unilateralmente el contrato, con la capacidad de modificarlo y con la potestad de resolverlo. Todos estos medios se ponen a disposición del poder público para asegurar que se conseguirá la satisfacción del interés general y parecen suficientes para compeler al adjudicatario del contrato a cumplirlo en tiempo y forma, sin necesidad de verse sujeto a la aplicación adicional de una cláusula penal genérica. La inserción de esta cláusula general entre las del contrato, por otra parte, no se olvide, no se sujeta a la autonomía de las partes, como ocurre con su paralela en el derecho civil, sino que, por el contrario, se impone en razón de la supremacía de la Administración.

Como ha señalado el Consejo de Estado en el Dictamen número 55.563, de 31 de enero de 1991: *“La posición de privilegio de la Administración en la contratación pública exige una especial diligencia en el uso de sus prerrogativas”*. En estos términos, la incautación automática de la fianza estaría justificada en razón de la efectiva defensa de los intereses generales pero no en supuestos en que sirve como cobertura a la falta de diligencia de la Administración en llevar a cabo una evaluación de los daños y perjuicios sufridos por los servicios u obras públicas³⁰. Como señalaba el Consejo de Estado en su Memoria del año 2004: *“En la autonomía privada, los valores éticos (buena fe, abuso del derecho) son un límite; para la Administración contratante los valores éticos son un presupuesto de legitimidad de su propia actuación”*. Se ha de tener en cuenta, finalmente, que en aquellos casos en que la Administración pueda temer una extraordinaria dificultad en la valoración de los daños sufridos por el interés público basta con prever, razonadamente, la incautación de la fianza en los Pliegos de Cláusulas Generales.

En resumen cabe sostener que la bruja, en este cuento, ya no entra por la chimenea. Entra por la ventana.

³⁰ En muchos de los dictámenes citados a lo largo de esta intervención el Consejo de Estado ha sugerido a la Administración instructora una serie de criterios para acometer esta evaluación de daños y perjuicios, teniendo en cuenta aspectos como el retraso en la puesta en marcha de una determinada obra o servicio, el precio de los informes técnicos y el resto del material probatorio o el coste de convocar una nueva licitación. Véanse, a modo de ejemplo, los Dictámenes 1.052/2012, de 31 de octubre de 2012, y 668/2012, de 12 de julio de 2012.

LA GARANTÍA DEFINITIVA EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. SU PROBLEMÁTICA INCAUTACIÓN EN LA DOCTRINA DE LOS CONSEJOS CONSULTIVOS

D. CARLOS YÁÑEZ DÍAZ

I. LA GARANTÍA DEFINITIVA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

a) La necesidad del contrato administrativo y sus peculiaridades respecto de la contratación civil

Las garantías en la contratación pública aparecen como consustanciales al propio concepto de contrato administrativo. Desde que en el siglo XIX surge la existencia de un derecho propio para los contratos celebrados por la Administración, aparece la figura de las garantías¹.

Así aparecen en el Real Decreto de 10 de octubre de 1845, que aprueba la Instrucción de Obras Públicas y el primer Pliego de Condiciones Generales para la Contratación de Obras Públicas aprobado por Real Orden de 18 de marzo de 1846 significativamente comienza afirmando en su artículo 1 que *“Ninguno será admitido en la subasta sin reunir las cualidades necesarias para ejecutar por su cuentas las obras y afianzar la seguridad de su buena construcción”*, añadiendo el artículo 2: *“Terminada la subasta, la persona a cuyo favor haya sido adjudicada la ejecución de las obras, presentará por vía de fianza un veinteavo de su importe, cuya suma se presentará antes de otorgar la escritura (...)”*.

Las garantías (o como se llamaban entonces, fianzas) aparecen igualmente en el famoso Real Decreto de 27 de febrero de 1852, obra de Bravo Murillo (artículos 2,5, 7, 9, 10, 11).

¹ Para la evolución histórica de la contratación pública, véase: Colás Tenas, Jesús *“El itinerario de la contratación pública: De Cádiz a nuestros días”*, Diario del Derecho Municipal, 1 de marzo de 2013, Iustel, Madrid.

Señala García-Trevijano Garnica² que en la existencia de estas garantías puede apreciarse una doble justificación. De un lado la imposición a la Administración de unas normas específicas a la hora de celebrar contratos limitando su autonomía de la voluntad justifica el que adopte determinados mecanismos para asegurar la eficacia de los contratos que celebra y, de otro, la vinculación de los contratos al interés público exige mayores garantías para lograr el cumplimiento de esa finalidad.

Ese interés general, superior a los meros intereses particulares, es el que va a justificar la existencia de las garantías en la contratación administrativa, consecuencia lógica de la propia existencia de los contratos administrativos como especie distinta de los contratos privados.

Recuerda Ariño³ que en la génesis del contrato administrativo en el derecho español estaba la imperiosa necesidad para el legislador del XIX de evitar que determinados contratos se viesan sometidos a las rigideces del derecho común en materias vitales para la Administración de la época, tales como los contratos de enajenación de bienes nacionales procedentes de la Desamortización, suministros al ejército (en medio de las Guerras Carlistas) así como las obras públicas y, en general, los servicios públicos.

Así pues, esa necesidad de asegurar la eficacia en la contratación administrativa que justificó el surgimiento del contrato administrativo como categoría específica⁴, es la que, igualmente, establece la necesidad de las garantías en la contratación, ya que como indica Fernández Farreres⁵ “(...) *el contrato administrativo presenta un conjunto de especificidades que, más allá incluso de que alteren o no la identidad de la institución contractual, marcan unas diferencias muy importantes respecto del contrato civil o privado*”.

² García-Trevijano Garnica, Ernesto, “*El régimen de las garantías en la contratación administrativa*”, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2002, págs.15-16.

³ Ariño Ortiz, Gaspar, “*Lecciones de Administración (y Políticas Públicas)*”, Iustel, Madrid, 2011, pág. 492.

⁴ Utilizando esta expresión únicamente para poner de manifiesto la existencia de un régimen específico para los contratos administrativos, sin entrar en la polémica sobre su sustantividad respecto de los contratos civiles.

⁵ Fernández Farreres, Germán, “*Sistema de derecho administrativo*”, Civitas, Madrid, 2012, pág. 436.

Diferencias importantes, ciertamente, tales como la revisión de precios, la distinta aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, las prerrogativas administrativas de interpretación, modificación y resolución y, lo que constituye el objeto de este trabajo, las garantías administrativas.

b) La garantía definitiva como medio de asegurar el interés público perseguido por el contrato

Como acabamos de indicar, la razón de ser de los contratos administrativos estriba en el fin público que persiguen. De ahí la necesidad de adoptar medidas para asegurar su correcta ejecución tales como la exigencia de una solvencia técnica y profesional que asegure, al menos en principio, que el contratista puede llevar a buen término el contrato, la posibilidad de imponer penalidades en los pliegos y también las garantías que, como indica Fernández Farreres⁶ son “*una de las características tradicionales de la contratación pública*”.

En el caso de la garantía definitiva el artículo 95 TRLCSP establece la obligación del licitador que presenta la oferta más ventajosa de poner a disposición de la Administración una garantía del 5% del importe de licitación, IVA excluido, con reglas especiales de cómputo en los contratos con precios provisionales y en las concesiones de obra pública.

El precepto permite que los pliegos eximan la obligación de constituir la garantía, especialmente en los contratos de suministro con entrega de los bienes antes del precio pero en ningún caso en los contratos de obras y concesión de obras públicas.

No obstante la naturaleza de la garantía definitiva dista de ser clara.

Cierta doctrina, así Villar Palasí⁷ y alguna jurisprudencia, como es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1984 (RJ 1984\4660) consideran que la garantía no puede considerarse una cláusula penal en el sentido del artículo 1153 CC ya que el deudor no puede eximirse del cumplimiento de la obligación mediante el pago de la pena.

⁶ Op. cit. pág. 476.

⁷ Villar Palasí, J.L., “*Lecciones sobre contratación administrativa*”, Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1969, pág. 146.

Ahora bien, el que en la garantía definitiva no pueda pactarse esa facultad del deudor no implica que no se trate de una cláusula penal. Como reconoce el propio Villar Palasí⁸ estaríamos ante una pena convencional, concepto que la doctrina civilista⁹ identifica con el de cláusula penal.

En este sentido, la cita del artículo 1153 CC a la hora de analizar la naturaleza de la garantía definitiva, a mi juicio no solo no aclara nada sino que solamente introduce confusión y así en 1983 el propio Villar Palasí en sus Principios de Derecho Administrativo¹⁰ evita la mención del citado precepto, limitándose a señalar que “*La fianza definitiva no tiene naturaleza de arras penitenciales ya que ello implicaría reconocer al contratista la facultad de desligarse de su compromiso sin más perjuicio que la pérdida de la misma*” e incidiendo en su naturaleza de pena convencional.

De igual modo Rodríguez-Arana y Álvarez Barbeito¹¹, consideran que su configuración como una cláusula penal del artículo 1152 CC conllevaría el que su incautación liberaría al contratista del deber de indemnizar los daños y perjuicios, posibilidad que, como destacan, ha rechazado el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo.

En cualquier caso, el artículo 1152 CC no prohíbe el que se pueda exigir conjuntamente la pena y los daños y perjuicios sino que exige su pacto expreso al igual que hace el artículo 1153 CC en cuanto a la posibilidad de exigir la pena y el cumplimiento de la obligación. Resulta evidente que si los particulares pueden pactar esa posibilidad también puede establecerlo el propio legislador.

Como destaca Cabanillas Sanchez¹², las garantías en la contratación administrativa son cláusulas penales citando como supuestos de cláusulas penales

⁸ Op. cit. págs. 146-147.

⁹ Castán Tobeñas, J., “*Derecho Civil Español Común y Foral*”, 15ª Edición, Reus, Madrid, 1988, Tomo III, págs. 180-188 y Díez Picazo, L., “*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”, 5ª Edición, Civitas, Madrid, 1996, Volumen II, pág. 398

¹⁰ Villar Palasí, J.L., Villar Ezcurra J.L., “*Principios de Derecho Administrativo*”, Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1983, pág. 217.

¹¹ Rodríguez-Arana Muñoz, J. y Álvarez Barbeito, F.J., “*El régimen de las garantías para contratar con las Administración Pública*”, Actualidad Administrativa, n° 32, septiembre 1997, pág. 693.

¹² Cabanillas Sánchez, A., “*Comentario del Código Civil*”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, Tomo II, pág. 158.

establecidas por la Ley, tanto el artículo 45 (115) de la Ley de Contratos del Estado (LCE) como el artículo 148 del Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, que dispone que los contratos de los planes individuales de mejora “(...) *quedarán sujetos al ordenamiento jurídico-administrativo, siéndoles de aplicación lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado, y concordantes de su Reglamento, y en ellos se incluirá una cláusula penal, aplicable en los supuestos de incumplimiento cuya cuantía no podrá ser superior al coste de las obras, mejoras y trabajos que hayan dejado de realizarse y que como sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios se exigirá en función de la entidad del incumplimiento de que se trate*”.

La regulación que efectúa el Código Civil en los artículos 1153-1155 permite configurar la clausula penal de diversas formas. El artículo 1152 establece que, en defecto de pacto, la pena sustituirá a la indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses (función liquidadora del daño) pero también puede pactarse que se exijan los daños en lo que excedan de la garantía e, igualmente, es posible pactar que el acreedor en caso de incumplimiento pueda exigir el abono de la pena y el cumplimiento de la obligación (función estrictamente penal o pena cumulativa).

A nuestro juicio, el acudir a la regulación del Código Civil a la hora de analizar la naturaleza de las garantías en la contratación obedece a factores como la tradicional aplicación supletoria de la normativa civil (prevista con carácter general en el artículo 4.3 del Código Civil y de forma específica en la legislación de contratos públicos, actual artículo 19 TRLCSP), la tradicional tendencia en la práctica jurídica a utilizar instituciones ya conocidas para explicar otras y la facultad que otorgaba el artículo 1154 CC a los tribunales y, por extensión, al Consejo de Estado para moderar la aplicación de la incautación de la garantía. Ciertamente, acudir a instituciones civiles es más cómodo para los operadores jurídicos pero, como vemos, también aporta problemas derivados de la discordancia entre las instituciones civiles (clausula penal, arras) y las administrativas (garantías) derivados de los fines y características especiales de estas últimas.

Para Castillo Blanco¹³, las sentencias oscilan entre considerar la garantía definitiva con una finalidad puramente de garantía (resarcimiento de daños) y no penitencial, así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 24 de febrero de 2012 (recurso 172/2010) considera que “(...) *la finalidad es puramente de garantía y no penitencial por cuanto el importe de la fianza incautada se aplica a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, pues esa obligación de indemnizar solo surge cuando los perjuicios excedan del importe de la garantía incautada.*”

Esta interpretación es la que se desprende del texto analizado y es además coherente con el régimen de exigencia de responsabilidad por incumplimiento contractual contenido en el Código civil. Desde una perspectiva práctica, la interpretación que propone la Administración llevaría a la consecuencia de que la incautación de la fianza aprovecharía al gran incumplidor puesto que siempre beneficiaría que los perjuicios superaran el importe de la fianza ya que, así, la fianza se entendería perdida a cuenta de la indemnización, mientras que el contratista más cumplidor vería desvanecerse la totalidad de la fianza aunque los perjuicios producidos por su incumplimiento no alcanzasen el valor afianzado. Esto, obviamente, no es sostenible.

En correspondencia con la mecánica del artículo y el destino de la fianza, la Administración debe en todo caso proceder a liquidar los perjuicios producidos a fin de decidir si el contratista ha de indemnizar en mayor importe que el correspondiente a la fianza o si debe reintegrar a aquel el exceso de fianza incautado”.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 6 de octubre de 2011 (recurso 1999/2008) considera que “*Es incontestable que la incautación constituye un efecto derivado del incumplimiento culpable del contratista. Se constata, pues, el carácter punitivo de la incautación de la fianza por incumplimiento culpable del contratista que ha sido objeto de modulación si ha concurrido culpa de la Administración u otras circunstancias ajenas. El mismo criterio ha mantenido la doctrina legal del Consejo de Estado al informar sobre resoluciones contractuales distintas a la aquí controvertida más que evidencian que la posición mantenida en el caso de autos no constituye un supuesto aislado”.*

¹³ Castillo Blanco, Federico A., “*Las garantías en la contratación administrativa y las responsabilidades a que están afectas*”, Diario del Derecho Municipal, 2-1-2013, Iustel.

Ahora bien, lo cierto es que la citada sentencia recoge, además, que *“La reiterada incautación tiene además el carácter de pena convencional en el sentido que recogen las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo y 15 Julio, ambas de 1988. Expresa la primera de ellas que “la incautación de la fianza constituye en nuestro Derecho una pena convencional cuya imposición no libera al contratista de la indemnización de los daños y perjuicios concretos que su incumplimiento haya podido producir —artículos 53 de la Ley de Contratos y 160 del Reglamento General—: la indemnización se produce “además” de la pérdida de la fianza, siendo así viable la exigencia de responsabilidades “ultra vires cautionis”. Y la de 15 de julio dice que “ esta Sala, en su sentencia de 17 de junio de 1986, en trance de armonizar doctrinas contradictorias en aras del principio de unidad, ha afirmado que tanto la pérdida de la garantía definitiva como la inhabilitación del contratista, previstas en los artículos 97. 1.1 y 67 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, son accesorias y adicionales a la resolución y tienen carácter sancionador y punitivo derivado del incumplimiento del contratista, y ambas se han de aplicar en principio conforme al automatismo del Reglamento, y solo excepcionalmente pueden eliminarse en función de una apreciación global de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en cada caso”.*

La sentencia de este mismo Tribunal de 22 de noviembre de 2011 (recurso 156/2011) reitera que *“La acreditación de la existencia de daños y perjuicios es indiferente al objeto de hacer efectiva la garantía prestada, pues el art. 113.4 del TRLCAP es claro cuando señala que “cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”. Es decir, la pérdida de la garantía deviene como consecuencia del incumplimiento contractual imputable al contratista, sin perjuicio de la existencia de otros daños y perjuicios que, si son acreditados, puedan exigirse”.*

Basta un pequeño recorrido por las resoluciones judiciales para comprobar la falta de uniformidad en cuanto a la consideración de la garantía y la posibilidad de su incautación en relación con los daños y perjuicios ocasionados.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2002 (recurso 946/1997) con cita de la de 14 de mayo de 1988 considera que la incautación de la fianza constituye en nuestro Derecho (LCE) una pena convencional cuya imposición no libera al contratista de la indemnización de los da-

ños y perjuicios concretables en el incumplimiento que haya podido producir. La indemnización se produce “además” de la pérdida de la fianza, siendo así viable la vigencia de responsabilidades “*ultra vires cautiones*”, pero no excluyen el carácter restrictivo que impone la cláusula de garantía que responde en los términos de los artículos 15.2 LCE y 358.2 RGCE y no puede configurarse como cláusula penal en los términos del artículo 1153 del Código Civil.

Resulta interesante la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2012 (recurso 6586/2010). En ella, el motivo del recurso de casación postulaba que no se incautase la garantía o al menos no en su totalidad ya que, tratándose de una UTE, el incumplimiento era parcial, no se ocasionaron daños y perjuicios; y no existió dolo sino solo culpa o negligencia. Por ello considera que, en todo caso, solo se puede imputar a la empresa de la UTE culpable del incumplimiento.

Frente a ello el Tribunal Supremo desestima el motivo ya que *“lo primero que debe decirse es que, no tratándose aquí de ninguna actuación sancionadora sino de la responsabilidad indemnizatoria derivada de un incumplimiento contractual, resultan aquí inaplicables las garantías de presunción de inocencia y culpabilidad reconocidas en los artículos 24 y 25 de la Constitución cuya vulneración es denunciada.*

Y, aparte de lo anterior, ha de decirse que el régimen de responsabilidad solidaria de la unión temporal de empresas legalmente establecido, en los términos que antes se detallaron, determina que, existiendo un incumplimiento contractual imputable a la unión temporal (algo aquí no cuestionado), la exigencia de la responsabilidad resulte procedente frente a cualquiera de los componentes o participantes en dicha unión”.

Frente a la anterior, la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2012 (recurso 554/2010), tras citar jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la incautación de la garantía definitiva de los años 1977 a 1988 considera que *“Así pues, a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta, la incautación de la garantía al contratista solo puede acordarse por el órgano de contratación en el caso de resolución del contrato, pero no por cualquier causa, sino exclusivamente en caso de incumplimiento culpable de aquel, es decir, se exige un incumplimiento total y doloso y no simplemente parcial por culpa o negligencia”.*

En la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2012 (recurso 3637/2011) se distingue entre la garantía provisional y la definitiva al afirmar que “ *La garantía provisional es la otorgada por el licitador para participar en el procedimiento de contratación y tiene por finalidad asegurar la seriedad y viabilidad de las ofertas y su mantenimiento hasta la formalización del contrato, así como el cumplimiento de las obligaciones exigibles al adjudicatario antes de dicha formalización, entre ellas, obviamente, la constitución de la fianza definitiva. Esta última asegura el cumplimiento de las obligaciones que resultan de la concesión, y responde de las penalidades impuestas al contratista y de los daños y perjuicios irrogados a la Administración por su incumplimiento.*”

La función de la garantía provisional es semejante a la de las arras penitenciales del Derecho privado (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1995, RA 4705/1991, con cita de las Sentencias de 19 de junio de 1980, RA 35060/1979, y 18 de diciembre de 1981, RCA 306010/1980) o de la cláusula penal (Sentencia de 21 de mayo de 2002, RC 946/1997, que, a su vez, se apoya en las Sentencias de 14 de mayo de 1988 y 1 de diciembre de 1988). Por tanto, su incautación constituye una sanción por la falta de formalización del contrato.

El fracaso del procedimiento de adjudicación por la falta de formalización del contrato también provoca daños a la Administración, como los producidos por el examen, aprobación y modificación del proyecto del adjudicatario y los que supone una nueva adjudicación. Asimismo, da lugar a la frustración, al menos temporal, del interés público perseguido por la concesión. Así pues, la garantía provisional cumple las típicas funciones asignadas a las cláusulas penales de los contratos: de mera garantía o coercitiva, sancionadora y resarcitoria (artículo 1152 del Código Civil). La condición de penalidad que ostenta la fianza o garantía provisional permite moderarla en aplicación de lo previsto en el artículo 1154 del Código Civil, como ocurre con la fianza definitiva en seno de la contratación administrativa (Sentencias de 19 de junio de 1980, 23 de febrero de 1980, 6 de abril de 1981, 28 abril 1982, 29 de abril de 1988 y 5 de diciembre de 1990, RA 2438/1989)”

La citada sentencia incurre en contradicciones como es el entender que las fianzas provisionales son “*arras penitenciales*” y al mismo tiempo “*cláusula penal*”, cuando en realidad son dos instituciones distintas. Como hemos indicado la clausula penal no permite apartarse del contrato si esa facultad no

ha sido expresamente pactada en tanto que las arras penitenciales sí permiten esa desvinculación.

En este sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 25 de febrero de 2013 (recurso 487/2010) recuerda que, tanto la doctrina como la jurisprudencia “(...) han admitido en nuestro Derecho la existencia de tres diferentes clases de arras: confirmatorias, penales y penitenciales. Las primeras son prueba de la perfección del contrato porque se ha convenido el precio, su entrega es a cuenta de este, y no autorizan a desistir, en caso de incumplimiento, su existencia nada prejuzga sobre la cuantía de la indemnización, ni sobre la acción resolutoria ex art. 1124 CC, ni sobre la posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso. Las penales cumplen la función de aseguramiento del contrato mediante la amenaza que representa para el incumplidor su pérdida, si se niega a cumplir: suponen una indemnización de daños y perjuicios, pero no impiden la exigibilidad de la obligación, ni, en el marco de esta, el cumplimiento forzoso en forma específica, si ello es posible (STS 7-7-78). La jurisprudencia ha señalado la equivalente función de estas arras con la cláusula penal (SSTS 15-6-45, 5-7-56). Por último, las penitenciales son aquellas que autorizan a desligarse lícitamente del cumplimiento del contrato a cualquiera de las dos partes perdiéndolas el “tradens”, si es el que se arrepiente, o restituyéndolas el accipiens, si fue él el que desistió del cumplimiento”.

Partiendo de esta distinción, puede admitirse la calificación de la garantía provisional como unas arras penitenciales, ya que el licitador que resultaba adjudicatario podía desvincularse del contrato perdiendo la garantía, toda vez que la adjudicación determinaba, hasta la Ley 34/2010, de 5 de agosto, la perfección del contrato. En la actualidad, el artículo 103.4 TRLCSP se limita a establecer que la garantía provisional será incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación. Parece razonable mantener su calificación como unas arras penitenciales toda vez que permiten desvincularse a las empresas del procedimiento de licitación perdiendo únicamente la garantía provisional.

Cuestión distinta es la garantía definitiva que responde en los supuestos del artículo 100 TRLCSP ante diversos incumplimientos del contratista pero sin que el contratista pueda desligarse libremente del contrato por la mera pérdida de la garantía ya que, incluso en los casos de resolución, responderá por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía.

Por ello es un error calificar la garantía provisional como una cláusula penal para así aplicar la posibilidad de moderación que establece el artículo 1154 CC sobre la base de los daños y perjuicios causados. En este sentido no puede compartirse la doctrina de la mencionada sentencia de 27 de junio de 2012 que, además, cita la sentencia de 21 de mayo de 2002 en apoyo de la calificación de la garantía provisional como cláusula penal cuando, en realidad, dicha sentencia trataba de una garantía definitiva.

Por último, indicar que la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2012 (recurso 51/2011) desvincula la incautación de la garantía de la acreditación de los daños y perjuicios al indicar que “(...) *era la conducta del contratista la que estaba impulsando dicha resolución, entendida como incumplimiento culpable, y en consecuencia, artículo 113. 4, En estos casos debía serle incautada la garantía, sin perjuicio de que la Administración no haya acordado la liquidación de daños y perjuicios complementarios en lo que excediese del importe de la garantía incautada*”.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 3ª) de 18 de mayo de 2012 (recurso 165/2011) considera que si no hay resolución por culpa del contratista no es posible incautar la garantía al amparo del artículo 43 b) TRLCAP si no se han determinado los daños y perjuicios. La misma Sala y Sección en la sentencia de 3 de octubre de 2012 (recurso 539/2010) recuerda, al hilo del TRLCAP, que la incautación es una consecuencia legal del incumplimiento del contratista.

En suma, se puede establecer que nos hallamos ante una pena convencional que, en el caso de la incautación por resolución contractual, ha tenido una finalidad de predeterminación de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contratista¹⁴.

La necesidad de la garantía como mecanismo de predeterminación de los daños ya fue destacada por García de Enterría si bien criticaba el que se con-

¹⁴ Díez Picazo, *Op. cit.*, pág. 401, “*La jurisprudencia ha señalado, respondiendo a alegaciones realizadas por los recurrentes, que la pena se debe aún en el caso de que el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso no hayan causado daños. Lo cual es perfectamente lógico y es consecuencia del carácter penal que la multa convencional tiene, con independencia de que actúe en función de liquidación de los daños*”.

figurase como un mero anticipo, pudiendo reclamarse los daños en los que excediesen de la garantía¹⁵.

Esa predeterminación en cualquier caso no impedía el que se pudiera reclamar el importe de esos daños en lo que excedía del importe de la garantía y el que, en casos de incumplimientos recíprocos¹⁶ se pudiese moderar la incautación.

El problema surge con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y la nueva redacción del artículo 208.4 en cuanto a los efectos de la resolución contractual, hoy artículo 225 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

II. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. ¿UN CAMBIO EN LA INCAUTACION DE LA GARANTIA DEFINITIVA EN CASO DE INCUMPLIMIENTO?

a) La nueva regulación sobre la incautación de la garantía definitiva en la resolución por incumplimiento culpable del contratista

El sistema establecido en el TRLCAP era claro. El artículo 113.4 establecía que, cuando el contrato se resolviese por incumplimiento culpable del contratista, se le incautaría la garantía y, “*además*” debería indemnizar a la Administración los daños y perjuicios en lo que “excedan del importe de la garantía incautada.

Se recogía así la reiterada jurisprudencia que venía considerando que la garantía definitiva suponía una cuantificación anticipada de los daños¹⁷, con frecuencia difícilmente objetivables, pero que no excluía reclamar del contratista todos los daños acreditados que superasen el importe de la garantía.

¹⁵ García de Enterría, Eduardo, “*Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*”, Revista de Administración Pública, n° 10, Enero-Abril, 1953, págs. 280-281.

¹⁶ De Vicente, Ricardo, “*Los incumplimientos recíprocos en el contrato administrativo como causa de su resolución y de la indemnización de daños y perjuicios*”, Revista General de Derecho Administrativo, n° 18, 2008, pág. 35.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1987.

Por el contrario, el artículo 225 apartados 3 y 4 TRLCSP establece que:
“3. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.

La lectura del precepto parece establecer que la garantía esta afecta al pago de los daños y perjuicios, subsistiendo la responsabilidad del contratista por los daños que no resulten cubiertos por su importe.

En principio puede pensarse que recoge el mismo sistema que el TRLCAP en el que los daños y perjuicios ya que a priori establece la afectación de la garantía al pago de los daños y la subsistencia de estos en lo que excedan de aquella. El problema radica en la supresión en el apartado 3º de la referencia del TRCLAP a la incautación de la garantía y la supresión del adverbio “*además*” en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios.

Ello podría llevar a pensar que se ha eliminado la incautación automática y solo procede aplicar la garantía definitiva a la compensación de los daños y perjuicios, perdiendo así toda naturaleza punitiva y teniendo así una mera finalidad resarcitoria, en línea con algunas de las sentencias que hemos expuesto.

Ahora bien, lo cierto es que esa interpretación solo tiene como apoyo los cambios introducidos en la nueva regulación de los efectos de la resolución contractual ya que los preceptos dedicados al régimen de las garantías no contienen ninguna referencia.

Así, el artículo 100 TRLCSP al establecer las responsabilidades a que están afectas las garantías contiene (dejando a salvo meras cuestiones de estilo en la redacción) la misma regulación que el anterior artículo 43 TRLCAP. Es decir, la garantía definitiva responde, en lo que nos interesa, de la indem-

nización por daños y perjuicios ocasionados a la Administración en caso de incumplimiento del contrato si no procede la resolución y de la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en la Ley esté establecido.

A su vez el artículo 102 TRLCSP¹⁸ al contemplar la devolución de la garantía establece que *“La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de este sin culpa del contratista”*.

Así pues, los preceptos del TRLCSP sobre las garantías mantienen la misma regulación que el anterior TRLCAP. Especialmente parecería chocante con la nueva redacción del artículo 225 TRLCSP el que el artículo 100 TRLCSP establezca que la garantía responde de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento *“cuando no proceda su resolución”* y, en el caso de resolución establezca taxativamente que procede su *“incautación”*

El problema se complica aún más, por cuanto otros preceptos del TRLCSP mantienen el sistema tradicional de incautación y exigencia de indemnización de daños y perjuicios en cuanto excedan del importe de la garantía incautada.

En concreto el artículo 271.4 TRLCSP al tratar los efectos de la resolución por incumplimiento del contratista en el contrato de concesión de obra pública recoge literalmente la solución del artículo 113 TRLCAP, incautación de la garantía y, además, indemnización de los daños y perjuicios en lo que excedan de su importe.

Igualmente, el artículo 310 TRLCSP al contemplar la subsanación de errores y corrección de deficiencias en el contrato de servicios para la elaboración de proyectos de obras establece que tanto la resolución del contrato por deficiencias del contratista como la renuncia de este a realizar el proyecto conllevan en todo caso la pérdida de la garantía y, además, el deber de indemnizar los daños que en este caso la propia ley cuantifica¹⁹.

¹⁸ El artículo 102 TRLCSP fusiona los artículos 44 y 47 TRLCAP.

¹⁹ Si el proyecto presenta deficiencias la Administración otorgará un plazo para su corrección. Si no se subsanan transcurrido el plazo, podrá resolver el contrato con incautación de la garantía imponiendo una penalidad del 25% del precio del contrato o bien conceder nuevo plazo con imposición de la misma penalidad.

Así pues, cabe preguntarse si el artículo 225 TRLCSP adolece simplemente de una mala redacción o si, en efecto, elimina la incautación automática, limitándola al importe de los daños y perjuicios que se acrediten por parte de la Administración.

Ello nos lleva a preguntarnos, de un lado, cuales son los antecedentes del artículo 225 TRLCSP y, de otro, la interpretación que del mismo han hecho, a falta de jurisprudencia, los órganos consultivos de la Administración y la doctrina científica.

b) Los antecedentes del artículo 225 TRLCSP. La tramitación parlamentaria del precepto y la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra

No existe ningún precedente legislativo que permita establecer de una manera clara que el legislador de contratos quiso, en el año 2007, cambiar el sistema tradicional de incautación de la garantía definitiva y exigencia de los daños y perjuicios en lo que excedan del valor de esta.

El Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública creada por Resolución conjunta de la Secretaría de Estado de Hacienda y la Subsecretaría del Departamento de 10 de junio de 2003 al recoger diversas sugerencias en materia de garantías, en ningún momento alude a un posible cambio en la regulación de la incautación en casos de incumplimiento, limitándose a recomendar el estudio de la conveniencia de aplicar las garantías provisionales del adjudicatario a la garantía definitiva, así como la posibilidad de utilizar procesos electrónicos en la presentación y gestión de las garantías provisionales y definitivas²⁰.

El Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo, recogía como única observación en materia de garantías la relativa a la conveniencia de incluir la necesidad de dictamen del Consejo o del órgano consultivo au-

Si transcurre el nuevo plazo sin subsanar las deficiencias se resolverá el contrato con pérdida de la garantía e imposición de una penalidad equivalente al precio pactado.

Si el contratista renuncia se incautará la garantía y se impondrá una penalidad del 50% del precio del contrato.

²⁰ Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública, Ministerio de Hacienda, 2004, Madrid, págs., 103-104, 157.

tonómico en los supuestos de resolución del contrato²¹ por no formalización del contrato por causas imputables al contratista, lo que conllevaba la incautación de la garantía provisional.

En la tramitación parlamentaria de la LCSP, el actual artículo 225 TRLCSP permaneció inalterado sin que se formularan enmiendas sobre el mismo. Tampoco en las comparecencias de diversos expertos ante la Comisión de Administraciones Públicas se planteó ninguna referencia a una posible alteración de la garantía definitiva.

La memoria justificativa del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público presentada ante el Congreso de los Diputados en cumplimiento del artículo 22 de la Ley del Gobierno tampoco contemplaba un cambio tan sustancial en el régimen de la garantía definitiva, limitándose a señalar respecto de la garantía definitiva que: *“se permite que el órgano de contratación exima al adjudicatario de su prestación en contratos distintos a los de obras y concesión de obras públicas; se eleva su cuantía básica de un 4% a un 5%; y, en general se simplifica su régimen jurídico”*.

Al analizar la memoria el Libro V del proyecto de Ley, tampoco alude a un cambio en la función de las garantías en las resoluciones de contratos por culpa del contratista.

De igual forma, la memoria económica tan solo alude a los cambios en el régimen de la garantía provisional.

Todo lo contrario ocurre en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, de la Comunidad Foral de Navarra²², cuyo artículo 125.3 establece: *“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del con-*

²¹ Ha de recordarse que con anterioridad a la reforma operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, los contratos administrativos se perfeccionaban por la adjudicación, a diferencia de lo que acontece en el actual artículo 27 TRLCSP.

²² Norma dictada al amparo del artículo 49. 1 d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral que atribuye a la Comunidad Foral competencia exclusiva en materia de contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado. Sobre el alcance de esta competencia, desde una perspectiva foralista, véase: Razquin Lizárraga, J.A., *“La competencia histórica y exclusiva de Navarra en materia de contratación administrativa”*, Revista Jurídica de Navarra, n.º 38, 2004, págs. 91-112.

tratista, este deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, lo que se determinará en resolución motivada atendiendo a la existencia, entre otros factores, de un retraso en la inversión proyectada o en la prestación del servicio a terceros o al público en general y los mayores gastos que se imputen a los fondos públicos. Cuando se hayan constituido garantías para el cumplimiento de obligaciones, estas serán incautadas en la cuantía necesaria para cubrir los daños y perjuicios que se hayan acreditado. Si estas resultasen insuficientes la Administración podrá resarcirse a través de los mecanismos establecidos para los ingresos de Derecho público”.

Previamente, el artículo 95, al contemplar las garantías, establece que “*Dichas garantías quedarán afectas al cumplimiento de las obligaciones del contratista hasta el momento de la finalización del plazo de garantía y, en particular, al pago de las penalidades por demora así como a la reparación de los posibles daños y perjuicios ocasionados por el contratista durante la ejecución del contrato.*

Las garantías podrán ser objeto de incautación en los casos de resolución por incumplimiento con culpa del contratista conforme a lo previsto en el artículo 125.3.

Como puede comprobarse, estos preceptos sí establecen con rotundidad la finalidad meramente resarcitoria de los daños de la garantía, excluyendo cualquier carácter punitivo.

A diferencia de la legislación estatal, no cabe duda que el legislador navarro era plenamente consciente del cambio que estaba realizando ya que, si bien no recoge ninguna referencia en la exposición de motivos de la Ley 6/2006, en la tramitación parlamentaria se plantearon diversas enmiendas²³ que pretendían un sistema idéntico al que recogía el entonces vigente TRL-CAP, si bien no llegaron a prosperar, aprobándose la Ley en este aspectos en los términos contenidos en el proyecto.

En este sentido, el Dictamen 45/12, de 27 de diciembre, del Consejo de Navarra, considera que no todas las normas básicas estatales en materia de contratación rigen en Navarra.

²³ Enmienda nº 111 del Grupo Parlamentario Socialista y con mayor rotundidad las enmiendas nº 112 del Grupo Parlamentario Mixto y 114 del Grupo Parlamentario Eusko Alkartasuna para quienes la incautación de la garantía no podía ser potestativa, ya que su finalidad era responder de los incumplimientos. Todas ellas en el Boletín Oficial del Parlamento de Navarra, nº 17, de 28 de febrero de 2006.

c) La aparición del problema en la doctrina científica

Cuando en junio de 2007 se estaba tramitando el proyecto de ley de contratos del sector público, la profesora Barrero Domínguez²⁴ planteó si el proyecto alteraba la regla vigente en cuanto a la incautación de la garantía.

Entendía la citada autora que el artículo 208.4 del proyecto de ley no establecía claramente que ocurría en los supuestos en los que la garantía no era necesaria o no en toda su extensión para indemnizar los daños y perjuicios a diferencia de lo que hacía el TRLCAP que establecía expresamente su incautación.

Consideraba que “*de prosperar el proyecto de ley en sus actuales términos, quizá podría defenderse la procedencia de la devolución al contratista de la garantía en la parte que no sea precisa para compensar a la Administración los daños que se le hayan infligido*”, partiendo de una interpretación literal del precepto sin que del artículo 88 (responsabilidades a que están afectas las garantías) pudiera deducirse la incautación automática de la garantía.

Entendía que procedía “*exigir al legislador*” que aclarase este aspecto ya que, de prosperar esa interpretación, la garantía perdería todo valor punitivo y tendría un mero carácter liquidador del daño, solución parecida a la inicial del Pliego de condiciones generales para la contratación de 18 de marzo de 1846.

Obviamente, el legislador, con frecuencia remiso a seguir las indicaciones de los órganos consultivos de la Administración, no siguió las sugerencias de la citada autora, planteándose el problema tras la promulgación de la LCSP.

En el año 2008, De Vicente²⁵ afirmó que la nueva regulación había eliminado el automatismo en la garantía si bien todavía sería posible incautar la garantía por incumplimiento culpable “*atendidas las circunstancias del caso. Lo cual exigirá una mayor motivación*”.

²⁴ Barrero Domínguez, Concepción, “*La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*”, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 198-199.

²⁵ Op. cit., págs. 35-36.

Tiempo después, Baño Riquelme y Morales Illán²⁶, letrados del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, se pronuncian sobre la cuestión destacando el precedente de la Ley navarra.

Consideran que la LCSP no permite, “*con carácter general*”, plantearse la función punitiva de la garantía si bien reseñan las excepciones de los contratos de servicios para la redacción de proyectos de obras y del contrato de concesión de obras públicas, entendiéndose que, en este último caso, estaríamos ante un “*lapsus del legislador*”.

Opinan, no obstante, que la dificultad que genera la determinación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y la inseguridad jurídica que ello genera, podría evitarse estableciendo en los pliegos, al amparo de la libertad de pactos, la incautación automática para indemnizar los daños y perjuicios.

Entienden, por último, que cabría retener provisionalmente, como medida cautelar ex artículo 72 LRJ-PAC, el importe de la garantía, hasta que se determinaran los daños si bien ello podría generar responsabilidad ulterior si la Administración no determina esos daños en los plazos legales.

En la misma revista, dos años después, García-Trevijano Garnica²⁷ considera que, si bien la literalidad de la ley permite entender que la resolución del contrato por culpa del contratista no conlleva la pérdida de la garantía, existen argumentos para defender la continuidad del sistema anterior:

- La no incautación automática de la fianza conduciría a que en la mayoría de los casos el contratista incumplidor no tendría que hacer frente a consecuencias económicas desfavorables.
- La redacción poco clara de la nueva Ley.

²⁶ Baño Riquelme, T, y Morales Illán, R., “*La incautación de la garantía definitiva en la resolución del contrato administrativo por culpa del contratista. Cuestiones derivadas de la nueva Ley de Contratos del Sector Público*”, Revista Española de la Función Consultiva, nº 12, julio-diciembre 2009, págs. 115 y ss.

²⁷ García-Trevijano Garnica, E., “*La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público*”, Revista Española de la Función Consultiva, nº 14, julio-diciembre 2010, págs. 158-161.

- El artículo 88. 4 LCSP (actual TRLCSP) alude expresamente a la incautación y lo mismo ocurre en otros preceptos de la ley, ya sea la garantía provisional o la definitiva.

En todo caso considera que se trata de una cuestión “*discutible*” pero definiendo que ha de realizarse una interpretación que mantenga el mismo régimen que se venía aplicando.

Castillo Blanco²⁸ afirma que, a la vista de los preceptos legales, “*la polémica está servida*”, tal y como se ve en las resoluciones de los consejos consultivos. Entiende este autor que debe mantenerse la tradicional incautación ya que “*la resolución de un contrato siempre implica perjuicios*”, en ocasiones difícilmente cuantificables, y es a ellos a los que ha de aplicarse la garantía definitiva, sin perjuicio de aplicar soluciones de equidad en función de la actuación de la Administración.

En la segunda edición de su libro, Barrero Rodríguez²⁹ retoma *in extenso* el problema.

Tras analizar la evolución de las garantías, tanto en la legislación como en la jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado, a menudo contradictorias, considera que la interpretación del artículo 225 TRLCSP ha de ser, a falta de mayor claridad del legislador, la tradicional relativa a la incautación de la garantía³⁰.

Al examinar la doctrina de los órganos consultivos destaca, no obstante, que pese a la existencia de posturas encontradas, la postura predominante es la que considera que no procede la incautación automática.

²⁸ Op. cit.

²⁹ Barrero Domínguez, Concepción, “*La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*”, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 144-209. Las tesis recogidas en el libro fueron anticipadas por la autora en su artículo “*La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público*”, Revista de Administración Pública, nº 176, mayo-agosto 2008, págs. 89-113.

³⁰ Op. cit., pág. 200 “*(...) puede concluirse que la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista lleva, en todo caso, aparejada la incautación de la garantía, existan o no daños que indemnizar a la Administración*”.

Sin embargo, afirma igualmente³¹ que la solución tradicional puede resultar injusta ya que cuanto menor sea el daño imputable al contratista, más alta es la cantidad incautada en concepto de pena, para acabar concluyendo que³²: *“En estos momentos no cabe sino insistir en la importancia de estar atentos a la interpretación y aplicación que hagan de los artículos 208.3 de la LCSP y 225.3 del TRLCSP las propias Administraciones Públicas y, sobre todo, los Tribunales”*.

d) El problema en la práctica administrativa. La doctrina de los órganos consultivos de la Administración

1. El Consejo de Estado

El Consejo de Estado se ha posicionado a favor de la interpretación literal del artículo 225 TRLCSP, de tal forma que la garantía solo se puede incautar en la medida en que sea necesario para cubrir los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento culpable del contratista.

Así resulta con claridad del reciente Dictamen 1121/2012, de 8 de noviembre: *“ En cuanto a los efectos de la resolución, el artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la redacción resultante de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, dispone que “cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados”. Por lo demás, “la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”*.

Del expediente se desprende con claridad que el incumplimiento culpable de (...) ha causado daños y perjuicios a la Administración, (...) incurriendo en costes mayores que los que se hubieran derivado de la correcta ejecución del contrato.

Así las cosas, no puede el Consejo de Estado considerar adecuada la sugerencia contenida en la propuesta de resolución conforme a la cual “procede la

³¹ Op. cit. pág. 207.

³² Op. cit. pág. 208.

cancelación de la fianza constituida, dado que los daños y perjuicios habidos, sin duda existentes, resultan difíciles de precisar por la imposibilidad de acreditar la cuantía de los mismos”. Más bien se diría que los daños de que se trata responden a una descripción lo suficientemente precisa como para permitir una cuantificación, que debería hacerse mediante un expediente contradictorio, hasta cuya terminación deberá retenerse la garantía, toda vez que el importe de los referidos daños habrá de hacerse efectivo en primer término con cargo a ella (ver, en este sentido, el dictamen n° 646/2012, de 5 de julio de 2012)”.

En el citado Dictamen 646/2012, de 5 de julio de 2012, se recoge que: *“Por otra parte, en el caso presente, no está previsto en el pliego que el incumplimiento culpable del contratista comporte automáticamente la pérdida de la garantía ni es posible deducir tal consecuencia de la regulación legal aplicable al contrato. No obstante, la garantía prestada por el contratista queda afectada al pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración. Y en tal sentido, aun cuando con ocasión de la resolución del contrato no proceda declarar su pérdida, debe acordarse su retención hasta que se cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos”.*

En el Dictamen 408/10, de 25 de marzo ya recogía que *“Nada que objetar a la pérdida de garantía constituida, en el bien entendido de que esa pérdida ha de referirse al resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración. En relación con la indemnización de los daños y perjuicios que pudieran exceder de la cantidad cubierta por la garantía constituida, este Consejo de Estado considera que solo en el momento de la liquidación definitiva, y a la vista de las circunstancias del caso, y de la valoración de las respectivas conductas de ambas partes del contrato, podrá determinarse el alcance de esos daños y perjuicios en el correspondiente expediente contradictorio.*

De igual forma el Dictamen 1530/2011, de 29 de septiembre, consideraba que: *“ El art. 208 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que, cuando el contrato se resuelve por incumplimiento del contratista, además de liquidar el contrato, el contratista deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados, y añade que la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada.*

Nada hay, pues, que objetar a la pérdida de garantía constituida, que ha de destinarse al resarcimiento de los daños y perjuicios que para la Administración deriven del incumplimiento del contrato. Este Consejo de Estado considera que, solo en el momento de la liquidación definitiva, y a la vista de las circunstancias del caso, y la valoración de las respectivas conductas de ambas partes del contrato, podrá determinarse el alcance de esos daños y perjuicios en el correspondiente expediente contradictorio”.

En estos dos dictámenes queda un tanto en el aire si la incautación es automática y por la totalidad de su importe o si, de existir remanente, una vez cubiertos los daños y perjuicios debería devolverse ese sobrante al contratista pero en el Dictamen 1530/2011 se recoge expresamente que la Administración consultante proponía la resolución por incumplimiento culpable con incautación de fianza, y en el caso de que esta no fuera suficiente para cubrir las responsabilidades, la indemnización de daños y perjuicios no cubiertos por la garantía definitiva. El Consejo de Estado no contradice la propuesta sino que señala que “*Nada hay, pues, que objetar a la pérdida de la garantía constituida*”, por lo que se plantea la duda de por qué se apartó de esa tesis posteriormente.

No puede obviarse que sería deseable que los órganos consultivos de la Administración motivasen especialmente sus dictámenes en aquellos casos que suponen un cambio sustancial en la doctrina mantenida con anterioridad, ya sea consecuencia de nueva normativa aplicable o de un cambio de opinión del órgano³³.

³³ El Tribunal Constitucional en la sentencia 200/1989, de 30 de noviembre, estableció que “(...) la exigencia de la aplicación igual o uniforme por los Jueces y Tribunales, en aras del principio de igualdad, no tiene un carácter material, en el sentido de que hayan de resolver siempre en los mismos términos sobre supuestos pretendidamente iguales, puesto que las peculiaridades del caso pueden postular un tratamiento distinto y esta apreciación singularizada es competencia propia del Juez, no de este Tribunal, sino más propiamente un carácter formal (SSTC 49/1985, 58/1986 y 30/1987); es decir, que aquella exigencia se cumplirá siempre que, dentro del ámbito de la independencia de los Tribunales en su función específica, se exteriorice y razone la aplicación del Derecho que en cada caso se efectúe y que, supuesta la no sujeción al propio precedente *stare decisis*, se explicité en la decisión innovadora, o se deduzca con claridad, la razón del distinto fallo, bien porque los hechos y sus circunstancias no sean parejos, bien porque sea otra la “realidad social del tiempo en que se apliquen las normas” (art. 3.1 C.C.), bien, en fin, porque se considere preciso corregir interpretaciones erróneas de los precedentes. Carácter formal, por tanto, que tiene mucho que ver con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), traducido en la confianza de los ciudadanos de que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual para todos, sin discriminaciones injustificadas, por el Juez,

2. Los órganos consultivos autonómicos

En primer lugar analizaremos, separadamente de los demás, el Consejo de Navarra que obviamente sigue lo dispuesto en su Ley Foral. Así el Dictamen 38/12, de 22 de octubre, establece que “*De conformidad con lo dispuesto por el artículo 125 de la LFCP, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. Además, cuando se hayan constituido garantías para el cumplimiento de obligaciones, estas serán incautadas en la cuantía necesaria para cubrir los daños y perjuicios que se hayan acreditado y, si resultasen insuficientes, la Administración podrá resarcirse a través de los mecanismos establecidos para los ingresos de Derecho público*”, por lo que concluye que procede la resolución “*(...) con incautación de la fianza para aplicarla, en la medida necesaria, a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento*”.

Respecto de los demás órganos consultivos autonómicos, podemos distinguir los que optan por la incautación automática y los que consideran que solo se puede incautar en lo necesario para cubrir la indemnización de daños y perjuicios.

En el primer grupo se pueden citar los siguientes.

- Andalucía

Dictamen 159/2013, de 6 de marzo

“En orden a los efectos de la resolución, atendiendo a la causa de resolución que opera, de acuerdo con los artículos 239.1 y 225.3 del TRLCSP procede la comprobación, medición y liquidación de la obra realizada así como la indemnización por parte del contratista de los daños y perjuicios que se hará efectiva, en primer lugar, sobre la garantía constituida, cuya pérdida se declara expresamente, tal y como se realiza en la propuesta de resolución”.

Memoria del año 2011³⁴

salvo que “por este se fundamente la imposibilidad de atender tal expectativa” (SSTC 30/1987 y 27/1988), como antes se ha indicado”.

³⁴ Págs. 102-103.

“La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es cláusula penal en el sentido del artículo 1.152, párrafo primero del Código Civil, sino que responde a cubrir solo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio; esta es la solución adoptada por el artículo 208.4 de la Ley 30/2007; y este es el sentido en el que ha de interpretarse la frase de este ‘... sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía’. Ni que decir tiene que la prueba de la existencia de estos otros daños está rigurosamente a cargo de la Administración, habida cuenta de que los posiblemente más importantes ya vienen cubiertos a priori por la fianza definitiva; y sin más carga procesal que declarar que el incumplimiento del contratista es culpable, y procediendo a la incautación de la fianza como una manifestación más de su privilegio de la decisión ejecutoria, facilitado porque la caución está en su poder. (...)

Aplicada esta doctrina a la resolución del contrato administrativo significa que la Administración, si ha efectuado prestaciones a cambio de las cuales nada ha recibido, puede reclamarlas, y ello con independencia de la incautación de la fianza, y la eventual exigencia de daños y perjuicios por encima de la cuantía de esta”.

- Aragón

Dictamen 163/2012, de 16 de octubre

“En relación con los efectos de la resolución, el artículo 208.3 de la LCSP señala que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”. Por tanto, además de la incautación de la garantía definitiva, debe indemnizarse por parte de la concesionaria los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento, siempre que estos resulten acreditados”.

- Canarias

Dictamen 447/2012, de 8 de octubre

“A este respecto procede señalar, como ya mantuvimos en nuestro anterior Dictamen 232/2012, que no puede confundirse sin más la eventual ausencia de daños y perjuicios, a los efectos correspondientes tras la resolución y la fase de liquidación del contrato, con la incautación de la fianza al existir culpa del contratista, que procede por esta sola razón (art. 208.3 LCSP) y que es lo que aquí acontece, teniendo en cuenta la causa de resolución alegada”.

No obstante el Dictamen 77/2013, de 15 de marzo se muestra conforme con la devolución de la garantía definitiva toda vez que, según la Administración, la resolución del contrato no ocasiona daños y perjuicios “destacables”.

- Cataluña

Dictamen 149/11, de 30 de junio

“Por eso, la Comisión concluye que se trata de un incumplimiento del contratista que se debe calificar de culpable (artículo 208.3 de la LCSP y artículo 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de diciembre), lo cual determina la existencia de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios (artículo 208.3 de la LCSP). Respecto de la incautación de la garantía pedida por el Acuerdo de resolución, la Comisión considera que procede dado el carácter culpable del incumplimiento (artículo 208.4 de la LCSP)”.

- Extremadura

Dictamen 85/11, de 17 de febrero

“Nada se establece en la propuesta de resolución acerca de la indemnización de daños y perjuicios causados a la Administración, por lo que debemos entender que no se han producido. Sin embargo, sí se propone la incautación de la garantía, decisión que cuenta con el amparo del artículo 208.4 de la LCSP antecitado”.

- Galicia

Dictamen 575/2012, de 17 de octubre

“Atendiendo a todo lo expuesto, y dándose los requisitos ya examinados, procede, al amparo del artículo 206 h) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, la resolución del contrato de razón por el incumplimiento de las obligaciones salariales por parte de la adjudicataria, tal y como refiere la cláusula 28^a c) del Pliego de cláusulas administrativas particulares, así como la incautación de la garantía definitiva prevista en el artículo 208.3 de la LCSP (actual artículo 225.3 del texto refundido) con el fin de responder ante la administración municipal de las posibles responsabilidades que para ella puedan derivarse.

Asimismo, debe procederse a la declaración de la prohibición de contratar de la mercantil con el ayuntamiento de acuerdo con lo establecido en los artículos 49.2 a) y 50.2 de la LCSP (en la actualidad, artículos 60.2 a) y 61.2 del TRLCSP”.

- Murcia

Dictamen 261/12, de 5 de noviembre.

“Cabe preguntarse entonces si puede el Ayuntamiento incautar la fianza sobre la base del incumplimiento culpable del contratista. Como ya señalamos en nuestros Dictámenes 147/2011, en la actualidad el artículo 208.4 LCSP no parece mantener con un carácter general la función punitiva de la incautación de la garantía propia de regulaciones anteriores, pues tal medida no se prevé expresamente como efecto automático o inherente a la resolución por incumplimiento culpable del contratista, pareciendo que, en apariencia y como se ha dicho, aquella queda destinada a la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración por la extinción anticipada del contrato. No obstante, es cierto que, a pesar de la dificultad de encajar en la literalidad de la LCSP el régimen jurídico de la incautación que estaba antes vigente, se han alzado opiniones autorizadas que mantienen el carácter automático de la incautación, dado que, de otro modo, la resolución no tendría efectos económicos directos sobre el contratista, en razón a la evidente dificultad de probar de forma anticipada a la resolución gran parte de los daños que aquella causa a la Administración.

A esta opinión doctrinal, se une que, también el legislador estatal, con la modificación operada por el Real Decreto Legislativo 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, en el artículo 208.5 LCSP —referido a la resolución del contrato por la declaración de concurso del contratista, lo que aunque excluye su aplicación directa al supuesto sometido a consulta sí que ofrece un criterio útil para la exégesis del papel o función de la garantía en el sistema de la contratación administrativa— ya no vincula la fianza con una exclusiva función resarcitoria de daños y perjuicios, sino que dispone la pérdida de la garantía cuando el concurso hubiera sido declarado culpable.

Así pues, como ya anticipaba nuestro Dictamen 208/2011 y confirman Dictámenes posteriores como el 89/2012, de conformidad con lo establecido en el artículo 90.1, interpretado “a sensu contrario”, en cuya virtud la garantía no será devuelta hasta que se declare la resolución del contrato sin culpa del contratista, y el 208.4 LCSP en la interpretación expuesta, este Consejo Jurídico estima que el nuevo régimen establecido por la indicada Ley no ha supuesto una alteración sustancial en la naturaleza de la fianza, que continúa cumpliendo una función penal o punitiva del incumplimiento culpable del contratista, junto a la estrictamente resarcitoria, por lo que en el supuesto objeto de Dictamen procede acordar la incautación de la garantía prestada”.

- País Vasco

Dictamen 261/11, de 14 de diciembre

“Dispone el artículo 208.3 de la LCSP que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, como en el presente caso, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados, en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Finalmente, según el artículo 113 del Reglamento General, en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar este se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada, previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

Entre los que niegan la posibilidad de incautar la garantía de forma automática, debiendo limitarse al abono de los daños y perjuicios causados, aparecen los siguientes consejos consultivos:

- Asturias

Dictamen 290/2012, de 25 de octubre

“Este Consejo viene señalando reiteradamente que los perjuicios indemnizables han de cumplir escrupulosamente los requisitos exigidos en los artículos 208 de la LCSP y 113 RGLCAP atendiendo a su vinculación exclusiva con la resolución contractual derivada del incumplimiento culpable del contratista, que obliga, por tanto, a fundamentar los daños ocasionados en el incremento de los costes que supondrá para la Administración tener que realizar una nueva contratación. Por ello, resulta necesario que se justifiquen adecuadamente los derivados de la resolución del contrato, ya que de no hacerlo no podrán imputarse al contratista”.

En términos similares, los dictámenes 29/2012, de 2 de febrero, 182/12, de 14 de junio, 198/12, de 28 de junio y 212/2012, de 12 de julio.

En su Memoria del año 2009³⁵ destaca la nueva regulación frente al artículo 113 del TRLCAP por lo que considera que la garantía solo responde por los daños y perjuicios, considerando que los pliegos pueden cuantificar *a priori* esos daños o los criterios para su evaluación.

- Castilla-La Mancha

Dictamen 54/2012, de 28 de marzo

“A la luz del tenor literal de esta normativa —aplicable al presente supuesto—, y aun sin contar en la actualidad con jurisprudencia que haya analizado el significado de dicho precepto que ha levantado cierta polémica doctrinal, en el caso examinado en el que se ha apreciado un incumplimiento culpable del contratista, la incautación de la fianza no procederá de modo automático y directo en su totalidad una vez dictada la eventual resolución tal como pretende

³⁵ Págs. 81-82.

la Administración proponente, sino que, en su caso, quedaría vinculada en su cuantía a la determinación de los eventuales daños y perjuicios que por la situación de incumplimiento se hubieran irrogado a la Administración.

En el expediente tramitado no se ha hecho mención alguna a la existencia de dichos daños y perjuicios por lo que, en principio, no puede afirmarse que la Administración haya apreciado la existencia de los mismos, de modo que no podría quedar afectada la garantía constituida. De no ser este el caso y estimar que sí pueden concurrir aquellos procedería que, para su determinación y cuantificación, el órgano de contratación se pronunciara motivadamente previa audiencia al contratista, tal como establece el artículo 113 del RGL-CAP. En este punto no puede obviarse, no obstante, la previsión contenida en el artículo 208.4 de la LCSP según el cual “En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”. Tal exigencia parece de difícil cumplimiento en la práctica, no solo porque en el montante de los daños y perjuicios deberán incluirse “todos los producidos hasta el instante mismo de la resolución del contrato” — así lo ha venido afirmando el Consejo de Estado desde su dictamen 822/1993—, sino además por la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva asociada a su superación por aplicación de los artículos 42.3 y 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, —cuya aplicación prevé la Disposición Final octava de la LCSP—”.

El Dictamen cita expresamente la opinión sostenida por Baño Riquelme y Morales Illán en cuanto a la posibilidad de retener la garantía como medida cautelar y concluye:

“Comparte este Consejo la posición expuesta, por lo que en el caso examinado en el que se ha constatado un incumplimiento culpable del contratista, si la Administración consultante apreciara la eventual existencia de daños y perjuicios que hubieran de ser detraídos de la fianza constituida, deberá recoger en el acuerdo resolutorio del contrato la incoación del procedimiento específico de determinación de dichos daños y perjuicios —en el que habrá de otorgarse audiencia al contratista—, adoptando a su vez de modo expreso la medida provisional de retención de la citada garantía en tanto se procede a la cuantificación de los mismos”.

Dictamen 315/2012, de 27 de diciembre

“La redacción del artículo 208.3 de la LCSP, novedosa con respecto a lo que sobre el destino de la fianza establecía su antecesor el artículo 113.4 del TRLCAP, en cuanto aquel no parece imponer la incautación automática de la garantía como efecto propio y necesario de la resolución del contrato administrativo por incumplimiento culpable del contratista, si no se han ocasionado daños y perjuicios a la Administración o estos no alcanzan a la totalidad de aquella, a diferencia de lo que establecía este, ha dado lugar a un debate doctrinal todavía no resuelto, en forma definitiva, ni en la jurisprudencia ni en la doctrina de los órganos consultivos”.

- Castilla y León

Dictamen 301/12, de 14 de junio

“Aun cuando la LCSP no prevé la incautación automática de la garantía en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, el artículo 208 de dicha Ley establece que, en estos supuestos, el contratista debe indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados y que la indemnización “se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

En el presente caso, el Ayuntamiento considera que el importe de la garantía definitiva prestada (11.000 euros) es suficiente para sufragar los perjuicios irrogados por la contratista (“pese a que la diferencia de cuantía entre el coste del concierto de xxxx3 [14.999,99 euros] y la fianza podría hacerlo factible, máxime [si] se hubiera considerado el coste social de anunciar un concierto luego frustrado”). Por ello, es procedente la incautación de la garantía”.

- Comunidad Valenciana

Dictamen 170/2009, de 5 de marzo

“La redacción del vigente artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (fuertemente inspirada en la normativa

comunitaria) no recoge aquella automaticidad en la incautación de la fianza como efecto de la resolución contractual. (...)

Dicha redacción del artículo 208.4 de la Ley de Contratación de 2007, aplicable al presente caso como se ha dicho, es sustancialmente distinta al precepto del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, al que ha venido a sustituir aquel, que establecía que “cuando el contrato se resolviera por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada” (artículo 113.4 del Texto Refundido, de contenido idéntico al artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas).

Dichos preceptos anteriores a la normativa de contratación vigente hicieron que se aplicara como regla general la incautación de la fianza cuando se producía una resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista (Dictamen del Consejo de Estado 923/1997, de 5 de junio, entre muchos otros). Sin embargo, tanto los Órganos consultivos como los Tribunales entendieron que dicha “...regla general..., sin embargo, puede en la práctica llegar a verse moderada en sus efectos (en atención a la entidad del referido incumplimiento)..”. (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero y 8 de marzo de 1982 y Dictamen del Consejo de Estado 3.747, de 11 de septiembre, al que corresponde el entrecomillado), lo que ha dado lugar precisamente a la modificación en este punto de la normativa aplicable, suprimiendo aquel carácter automático de la incautación de la fianza cuando se produce la resolución contractual.

En el presente caso, en aplicación del artículo 208 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, y tomando en consideración las concretas circunstancias concurrentes, entiende este Consell que procede la resolución del contrato de referencia incautándose la Corporación municipal consultante de aquella parte de la fianza que proceda para resarcir los daños y perjuicios causados a la Administración (y que no han quedado acreditados en el presente procedimiento), devolviéndole en su caso aquella parte que excediera de dicha cuantía indemnizatoria”.

Esa doctrina es reiterada en los dictámenes 847/2010, de 29 de septiembre (con remisión al 170/2009) y 992/2011, de 1 de septiembre.

- Islas Baleares

Dictamen 31/2011, de 8 de febrero

“La cuestión de la incautación de la garantía como penalidad de la resolución ha sufrido pues algunas variaciones si se compara con el derecho positivo anteriormente vigente, como decimos en nuestro Dictamen 172/2010:

La nueva regulación difiere de la anterior que se deroga en el sentido de que la incautación de la garantía ya no es automática a modo de penalidad derivada del incumplimiento culpable (el artículo 113.4 del Texto de Refundido de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000 precisaba: “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”). La nueva regulación establece que en caso de incumplimiento culposo por parte del contratista, este deberá indemnizar los daños y perjuicios y si estos existen se harán efectivos en primer término sobre la garantía.

En el expediente de resolución del contrato no se han determinado daño perjuicio alguno. Por este motivo es improcedente la incautación sin más de la garantía. La necesidad de que, ex artículo 208.5 de la Ley, el acuerdo resolutorio del contrato deba pronunciarse acerca de la pérdida, cancelación o devolución de la garantía parecería imponer que aquel no podrá disponer otra cosa que su cancelación y devolución. A nadie escapan las trascendentales consecuencias que se derivarían de tal interpretación, pues la cancelación de la garantía podría frustrar una eventual resolución indemnizatoria, en caso de una posterior desaparición o insolvencia del contratista.

En evitación de tales dificultades, cabe apuntar la posibilidad de que el referido acuerdo resolutorio establezca asimismo la incoación del procedimiento para la determinación de los referidos daños y perjuicios y, como medida cautelar para evitar su eventual frustración, ex artículo 72.1 LPAC³⁶, acuerde retener la garantía, con soporte en la declarada culpabilidad del incumplimiento del contratista. Ello, además, tendría un apoyo adicional en el artícu-

³⁶ Evidentemente el Dictamen está fuertemente influenciado por el artículo de Baño Riquelme y Morales Illán.

lo 90.1 LCSP, en cuanto establece que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se declare la resolución del contrato “sin culpa del contratista”. Con tal proceder podrían conjugarse las exigencias del artículo 208.5 de la Ley (el acto que acordara la resolución contractual contendría un pronunciamiento —aún provisional— acerca de la improcedencia de devolver en tal preciso momento la garantía constituida) con la necesidad de preservar la finalidad de la misma y poder contar con un plazo de tiempo suficiente para efectuar una ponderada cuantificación de los daños y perjuicios irrogados a la Administración, en el procedimiento contradictorio regulado en el artículo 113 del reglamento del TLCAP. Todo ello habría de entenderse, claro está, sin perjuicio del eventual derecho del contratista a ser indemnizado por la adopción de la referida medida cautelar, especialmente en el caso de incumplimiento por la Administración del plazo máximo de resolución del procedimiento indemnizatorio (que sería de tres meses, ex Disposición adicional octava LCSP en relación con el artículo 42.3 LPAC, vid. STS, Sala 3^a, de 19 de julio de 2004).

En conclusión, este Consejo Consultivo entiende que no procede la incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de su retención como medida cautelar a adoptar en el procedimiento de determinación de los daños y perjuicios que haya podido ocasionar el contratista”.

En la Memoria de los años 2009-2010³⁷, el Consell Consultiu destaca esa interpretación que deriva de la regulación contenida en el artículo 208 LCSP citando su doctrina contenida en el mencionado Dictamen 172/2010.

De igual forma se pronuncia el Dictamen 18/2012, de 15 de febrero.

- La Rioja

Dictamen 3/2010, de 25 de enero³⁸

Se trata de un caso en el que los Pliegos recogían expresamente la posibilidad de incautar la garantía en caso de incumplimiento. El dictamen, tras citar la cláusula de los Pliegos y el artículo 208 de la LCSP, recoge que:

³⁷ Págs. 94-95.

³⁸ Ponente: D. Antonio Fanlo Loras.

“Como puede constatarse, el Director de Obras considera la incautación de la fianza una consecuencia automática de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista e independiente de los daños y perjuicios ocasionados por la reparación, entre los que incluye los que denomina “daños de las reparaciones” y otros gastos necesarios que debió asumir el Ayuntamiento al no poder disponer de los vestuarios y tener que instalar casetas móviles y su equipamiento adecuado. Pero esta interpretación supone que se produce una incautación de la garantía constituida y, además, se añade el montante de los daños y perjuicios producidos, lo que no se ajusta ni a la letra y al espíritu de la Ley. Esto es, los daños y perjuicios cuantificados se hacen efectivos con cargo a la fianza definitiva, pero esta no es el límite de responsabilidad del contratista, pues persiste dicha responsabilidad cuando exceda del importe de la garantía incautada. Circunstancia que no concurre en el presente caso, pues los gastos por daños y perjuicios no superan el importe de la fianza constituida, razón por la que la diferencia habrá de devolverse al contratista. En consecuencia, debe procederse a una nueva liquidación respetando la letra y espíritu del referido precepto legal que queda un tanto confuso en la Cláusula 25 del Pliego transcrita, para deducir los gastos del importe de la fianza, siendo la diferencia resultante un saldo a favor del contratista”.

Si bien se refiere a la garantía provisional, resulta interesante la aplicación que del artículo 208 de la LCSP realiza el Dictamen 5/10, de 25 de enero:

“Según el art. 140.3, al que se remite el 208.1, ambos de la LCSP, “cuando por causas imputables al contratista no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía provisional que, en su caso, se hubiese constituido...”

Será aplicable, además, el citado art. 208, en su punto 4, a cuyo tenor, “cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización será efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

La interpretación conjunta de ambos preceptos nos lleva a considerar que la incautación de la garantía provisional no implica, necesariamente, la pérdida

automática de la fianza prestada, sino su afectación a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pudiendo resultar, según los casos, saldo favorable a la adjudicataria, que obligaría a su reintegro, o a favor de la Administración, en cuyo supuesto, según el inciso final del segundo de los preceptos transcritos, subsistiría la responsabilidad del contratista por la diferencia”.

3. Especial referencia al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid

En un primer momento el Consejo consideró que la nueva LCSP no alteraba el régimen de la normativa anterior en cuanto a la incautación de la garantía, su aplicación a los daños y perjuicios causados y, si estos superaban el importe de la garantía, la Administración debía exigir al contratista la diferencia entre la garantía y el total de los daños. En este sentido se pueden citar los dictámenes 153/10, de 9 de junio, 51/11, de 23 de febrero, 374/11, de 6 de julio, 408/11, de 20 de julio, 544/11, de 21 de marzo.

En los dictámenes 336 y 339/10, de 10 de octubre, se acoge la tesis de la propuesta de resolución. Ambos dictámenes consideran que ha existido un incumplimiento culpable del contratista que permite la resolución del contrato al amparo del artículo 206 f) de la LCSP (incumplimiento de obligaciones esenciales previstas en los pliegos) pero se limita a incautar parcialmente la garantía definitiva prestada, sobre la base del porcentaje de incumplimientos del contratista respecto a la duración total del contrato.

Un verdadero punto de inflexión es el Dictamen 72/12, de 8 de febrero. En el mismo se dictamina la resolución por la no formalización en plazo con incautación de la garantía provisional. Al aplicar el artículo 208 de la LCSP cita los dictámenes 408/2010 del Consejo de Estado y 847/2010 del Consell Consultiu de la Comunidad Valenciana pero considera que, al tratarse de la garantía provisional, con una finalidad no tanto resarcitoria sino de penalidad, procede su incautación al amparo del artículo 140.3 de la LCSP (actual artículo 156 del TRLCSP³⁹).

³⁹ Téngase en cuenta que la nueva redacción del artículo 156 TRLCSP proviene de la reforma de la Ley 34/2010 que convirtió la formalización en el momento de perfeccionamiento del contrato frente al tradicional criterio antiformalista que entendía perfeccionado el contrato con la adjudicación. Sobre la incautación de la garantía en los casos de falta de formalización, véase el Informe 51/2011, de 1 de marzo de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

Al citado Dictamen formuló voto particular el Consejero Sr. De la Oliva, al que se adhirieron otros tres Consejeros.

El voto particular considera que no procedería la resolución pero, además, se pronuncia expresamente sobre la garantía entendiendo que los dictámenes citados mantienen una naturaleza resarcitoria de la garantía en tanto que el dictamen defiende “*la naturaleza de cláusula penal de la incautación y viene a sostener su procedencia siempre que se dé causa de resolución*”⁴⁰.

Puesto que los consejeros discrepantes no consideran procedente la resolución consideran igualmente improcedente la incautación de la garantía por un importe que no está acreditado que responda a los daños⁴¹.

Aun referido a la garantía provisional, el citado Dictamen y el voto particular abrieron un mayor debate sobre la incautación de la garantía y, si bien dictámenes como el 373/12, de 20 de junio o el 480/12, de 26 de julio, mantuvieron el criterio de la incautación, la cuestión se planteó definitivamente en el Dictamen 656/12, de 12 de diciembre.

Tras establecer la procedencia de la resolución por existir un incumplimiento culpable del contratista, considera que del artículo 225.3 del TRLCSP no puede inferirse una incautación automática de la garantía.

⁴⁰ Como se ha expuesto, la doctrina civilista (Castán, Díez Picazo) es unánime al afirmar que una de las funciones de la cláusula penal es la “*resarcitoria*” en cuanto previa liquidación de los daños y García de Enterría destacó esa función como la primordial de la garantía definitiva.

⁴¹ El Dictamen del Consejo de Estado 503/2011, de 7 de julio desvincula la incautación de la garantía provisional por falta de formalización del contrato de los daños y perjuicios sufridos por la Administración. “*Los efectos de esa resolución son los que establece el artículo 140.3 de la citada ley, según el cual “cuando por causas imputables al contratista no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, así como la incautación de la garantía provisional que, en su caso se hubiese constituido, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 195.3.a) en cuanto a la intervención del Consejo de Estado u órgano autonómico equivalente en los casos en que se formule oposición por el contratista”. No habiéndose alegado ni acreditado daños y perjuicios y habiéndose constituido no obstante la garantía definitiva, proceder incautar sobre esta el importe de la garantía provisional, que ascendió a 1.797 euros.*”.

Una postura contraria es la que mantiene la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2012 que, como hemos expuesto, confunde la naturaleza de la garantía provisional y la definitiva.

Destaca que, vigente el TRLCAP, tanto la jurisprudencia como el Consejo de Estado modularon la incautación en los casos de concurrencia de culpa de la Administración, de tal forma que la actual normativa circunscribe las consecuencias de la resolución contractual a la mera indemnización de daños y perjuicios. Si estos son inferiores al importe de la garantía, deberá devolverse el sobrante.

Indica el Dictamen que esa es la postura de otros órganos consultivos como el Consejo de Estado y los Consejos Consultivos de Castilla-La Mancha, Asturias y Andalucía⁴².

Así pues, el Dictamen concluye que la Administración ha de valorar los daños y perjuicios que le ocasiona la resolución reteniendo entre tanto la garantía, tal y como postulan el Consejo de Estado y el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

No obstante el Dictamen tuvo un voto particular del Consejero Sr. Bardiña, partidario de mantener la incautación de la garantía en términos similares a la normativa anterior.

El voto particular considera que, ni una interpretación literal del artículo 225 del TRLCSP ni una sistemática con otros preceptos del TRLCSP (artículos 100, 102) permiten entender que no procede la incautación en caso de incumplimiento culpable.

Destaca que resulta paradójico establecer esa incautación automática en los contratos de concesión de obra pública (artículo 271 del TRLCSP) y de servicios para la redacción de proyectos de obra (artículo 310 del TRLCSP) y negarla en otros contratos, singularmente el de obras, estrechamente conectado con los anteriores.

Se basa también en el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, que modificó la LCSP para permitir a las empresas en concurso que reunieran determinados requisitos continuar la ejecución del contrato y, en los casos en que se resolviese el contrato, solo se incautaría la garantía en caso de concurso culpable.

⁴² Con cita del Dictamen 894/2012, de 30 de octubre, que, ciertamente, no es muy claro a la hora de establecer la incautación o no de la garantía si bien, como hemos indicado, la Memoria de 2011 recoge el parecer de ese órgano favorable a la incautación automática.

Resultaría incoherente incautar la garantía al concursado culpable aunque quizás la Administración no haya experimentado daños y no incautársela al contratista que culpablemente incumple el contrato.

En este sentido el voto destaca el cambio de criterio del Consejo Jurídico de la Región de Murcia en sus dictámenes 208/11, de 17 de octubre y 89/12, de 11 de abril.

Destaca asimismo que en ningún momento de la elaboración y aprobación de la LCSP (dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto, memoria justificativa, tramitación parlamentaria) se puso de manifiesto el cambio que, supuestamente, se estaba gestando en cuanto a la garantía definitiva.

Concluye afirmando la improcedencia de asumir un cambio tan radical en cuanto a la naturaleza y finalidad de la garantía definitiva sin un sólido respaldo interpretativo.

La doctrina del Dictamen 656/12 se ha repetido en dictámenes posteriores del Consejo tales como el 675/12, de 19 de diciembre, el 16/13, de 16 de enero que considera que la no incautación es “*doctrina mayoritaria de los órganos consultivos de la Nación*” o el reciente 142/13, de 17 de abril.

III. CONCLUSIONES

Resulta difícil establecer conclusiones cuando, como acabamos de exponer, la garantía definitiva ha generado diversas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre su naturaleza y finalidad, dificultad que llega a su culmen al exponer la situación creada por la LCSP 2007 que se mantiene en el vigente TRLCSP 2011.

Comenzaba este análisis con la evolución normativa de la figura que, desde un primer momento, ha tenido como finalidad proteger el interés público perseguido por el contrato administrativo.

El sistema instaurado en la normativa anterior resultaba razonable en cuanto incautaba la garantía al contratista que incumplía de forma culpable y, al mismo tiempo, evitaba un enriquecimiento injusto de la Administración, descontando el importe de la garantía de los daños y perjuicios.

Ese sistema fue adoptado conscientemente por el legislador de 1995 al rechazar una enmienda que proponía la incautación de la garantía únicamente en lo necesario para cubrir los daños y perjuicios.

No ocurrió lo mismo en la tramitación de la LCSP y de ahí los problemas interpretativos del artículo 225 TRLCSP ya expuestos.

¿Cuál es la intención, más allá de disquisiciones interpretativas, del legislador de la LCSP?

Solo hay dos posibles interpretaciones. La primera sería entender que el legislador limita la garantía definitiva a la indemnización de daños y perjuicios en línea con la evolución de la regulación legal de 1965 hasta la actual Ley. Si en principio se incautaba la garantía y se exigían los daños para pasar después, por influencia jurisprudencial, a incautar y a exigir los daños, descontando la garantía, ahora pasaríamos únicamente a incautar por el importe de los daños.

En línea con esa interpretación estaría la pérdida de importancia de la garantía provisional que, de ser en principio obligatoria (TRLCAP), pasó a ser potestativa (LCSP 2007) para acabar exigiéndose la motivación de su inclusión en los pliegos (Ley 34/2010).

No obstante, ello choca, no solo con una interpretación coherente e integradora con otros preceptos legales, sino con la actuación que el legislador (aunque por “*extraordinaria y urgente necesidad*”) realiza en el Real Decreto-ley 6/2010, por la que se procederá a incautar la garantía en la resolución del contrato por concurso del contratista si este es calificado como culpable, por lo que parece que está considerando la incautación como punitiva.

La segunda interpretación sería que el artículo 225 TRLCSP deriva de una mala técnica en la redacción de la norma por parte de un legislador deslumbrado con el nuevo ámbito de aplicación subjetivo de la Ley y la necesidad de articular un recurso especial en materia de contratación (por más que posteriormente tuviera que cambiarlo a instancias de la Comisión Europea) tal y como lo demuestran otros errores de redacción y alguna que otra antinomia existentes en la Ley.

A mi juicio, en favor de esta doctrina jugaría, además, un principio de justicia material como es que el contratista que incumple de forma culpable no puede ser tratado igual que el que incumple por razones ajenas a su voluntad.

A ese principio de justicia material se une una razón de seguridad jurídica. Acudir a un sistema de incautación en función de unos daños, casi siempre de difícil cuantificación, daría lugar a una importante discrecionalidad administrativa (recordemos el dictamen del Consejo consultivo de Castilla y León que aludía al “*coste social*” de la resolución del contrato) lo cual, además de generar inseguridad y litigiosidad, choca con el deseo cada vez más generalizado de establecer unas indemnizaciones lo más objetivas posibles, ya sea en materias como la responsabilidad patrimonial con la aplicación del Baremo o en la expropiación forzosa con la utilización de criterios objetivos para la determinación del justiprecio.

Ahora bien, lo cierto es que, si se acepta el carácter meramente resarcitorio de la garantía y se comienza a hacer uso de la facultad de eximir de su constitución permitida por el artículo 95.1 del TRLCSP, posibilidad que se vislumbra en actuaciones como el reciente acuerdo del Gobierno de la Generalitat de Cataluña de 17 de abril de 2013 que, dentro de una serie de medidas para facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública, prevé el “*considerar posibles alternativas a la garantía definitiva más favorables a los licitadores*”, habrá que plantearse la utilidad práctica del tradicional régimen de garantías.

En la situación de crisis económica en la que nos encontramos, cualquier integrante de una mesa de contratación puede comprobar la existencia de importantes bajas temerarias. Si a ello sumamos la necesaria restricción de los modificados a sus justos límites efectuada por la Ley de Economía Sostenible, nos encontramos ante un escenario especialmente propicio a las resoluciones contractuales.

Muestra de ello es la reciente aparición en la prensa económica (Cinco Días, 16 de mayo de 2013) de la intención del Ministerio de Fomento de eliminar la revisión de precios como fórmula para evitar las bajas temerarias.

Conviene recordar que otra solución, mucho más lesiva para el contratista, es la posibilidad de declarar la prohibición de contratar del artículo 60.2 a) del TRLCSP.

Se ha defendido la postura que limita la posibilidad de incautación de la garantía, apoyándose en la necesidad de ayudar a las empresas en un momento de fuerte crisis económica sobre la base de la interpretación de las normas

de acuerdo con “*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*” tal y como establece el artículo 3 CC. Ahora bien, ese artículo obliga a atender “*fundamentalmente al espíritu y finalidad*” de las normas. No hay duda que el legislador de contratos quiso, al establecer la garantía definitiva, realizar una predeterminación de los daños que, con mucha frecuencia, existen pero no se pueden cuantificar en el objetivo final de proteger el interés público, razón última de la existencia de normas específicas para los contratos públicos.

Tampoco se puede aceptar como un dogma el que esa interpretación sea más favorable a las empresas, ya que coloca en idéntica situación a las que cumplen fielmente los contratos y las que los incumplen.

Pretender reinterpretar las normas para lograr determinados objetivos que se consideran justos o adecuados recuerda al llamado “*uso alternativo del derecho*” de la doctrina italiana de los años 70.

En cualquier caso, conviene recordar que la contratación pública representa en torno al 18% del PIB. No parece adecuado que los licitadores no puedan saber cuáles son las consecuencias de un incumplimiento sobre la garantía constituida (dependiendo de la Administración, del órgano consultivo o del tribunal contencioso que les corresponda) y menos adecuado resulta que las Administraciones públicas, ante las dudas sobre la incautación de la garantía y la dificultad de cuantificar, dejen de exigir unos daños que no por difíciles de precisar dejan de ser menos reales.

Esperemos que el legislador de contratos, tan prolífico en otras cuestiones, aborde este problema en interés de los licitadores y de la propia Administración Pública en la “*certus an et incertus quando*” reforma de la contratación pública.

PERFILES PROFESIONALES

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR

- Socio del despacho de abogados Gómez-Acebo & Pombo.
- Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid desde 1989.
- Pertenece al Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado y al de Letrados de las Cortes Generales.
- Autor de numerosas publicaciones, tales como “Derecho administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo” (director), “Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)” (director y coordinador), “Principios de derecho administrativo”, “La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.
- Cuenta con diversos reconocimientos, entre ellos el de “*Mejor abogado del año. 2013*” en el ámbito del Derecho Administrativo, por la publicación *Best Lawyers*.

GERARDO MARTÍNEZ TRISTÁN

- Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- Ingresó en la Carrera judicial, por oposición libre, en 1987. Ha ocupado diferentes cargos judiciales: como Juez de Primera Instancia e Instrucción, Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona, Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León y de Castilla la Mancha.
- Coautor de diversos libros y trabajos relativos a la organización del Poder Judicial, al Procedimiento administrativo y a la Jurisdicción contencioso administrativa. Impartición de cursos en esta materia. Profesor asociado de varias universidades.
- Está en posesión de la Cruz de San Raimundo de Peñafort y es Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

JUAN JOSÉ LAVILLA RUBIRA

- Socio del despacho de abogados Clifford Chance.
- Letrado de las Cortes Generales.
- *Master of Laws* (LL.M.) por la Harvard Law School (1988). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1990).
- Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense.
- Miembro del Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública (TACOP).
- Miembro del Grupo de Expertos constituido en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales para el examen del Proyecto de Ley sobre Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno (2012).
- Fue Secretario de Civitas REDA (Revista Española de Derecho Administrativo), es actualmente miembro de su Consejo de Redacción y autor de numerosas publicaciones, especialmente en libros colectivos y revistas especializadas.

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ

- Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.
- Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. Fue Decano de la Facultad desde mayo de 2003 a mayo de 2010.
- Autor de numerosas publicaciones en libros colectivos y en revistas especializadas de la disciplina. Entre sus trabajos más recientes, relacionados con la contratación pública pueden citarse: “Novedades de la Ley de Contratos de Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos”, “Las reformas legales de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Alcance y efectos prácticos”.
- Ha sido ponente de forma constante en foros especializados nacionales e internacionales (UIMP, Instituto Europeo de Administración Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Parlamento Europeo, etc.).

JUAN JOSÉ PARDO GARCÍA-VALDECASAS

- Presidente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- Abogado del Estado desde 1971.
- Ha ocupado la Jefatura de la Asesoría Jurídica de diversos Ministerios y Organismos, como Obras Públicas y Urbanismo (Fomento), Transportes, Turismo y Comunicaciones, Justicia o la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. En junio del año 2007 fue designado Secretario de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.
- Ha participado en diferentes grupos de trabajo en relación con la contratación pública y es autor de diversos artículos y trabajos relacionados con esta materia.

ELENA HERNÁNDEZ SALGUERO

- Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.
- Letrada de la Comunidad de Madrid desde el año 1997.
- Ha desempeñado, entre otros, los puestos de Letrada Jefe del Servicio Jurídico Central de la Comunidad de Madrid; Letrada Jefe de Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno y Letrada adjunta al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid; Secretaria General del Organismo Autónomo IMDER y Letrada del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.
- Autora de diversos artículos y en las obras colectivas “Comentarios a la Legislación del Sector Público” y “Colección de Derecho Administrativo Práctico”. Ponente en jornadas y cursos sobre temas relacionados con su especialidad.

ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA

- Socio de la firma de abogados GTA VILLAMAGNA ABOGADOS.
- Socio-director del despacho Baker & McKenzie, hasta el año 2012.
- Miembro (excedente) del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado, en el que ingresó por oposición en 1984.
- Ha sido Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Autor de numerosas monografías y estudios sobre derecho administrativo y comunitario.
- Ha sido distinguido con la Encomienda de la Orden del Alfonso X El Sabio.

ROSA MARÍA COLLADO MARTÍNEZ

- Letrada del Consejo de Estado por oposición, en la promoción de 1996. Directora del Gabinete del Presidente del Consejo de Estado desde 1999 hasta 2003.
- Profesora Colaboradora Asociada de la Universidad Pontificia de Comillas en el Departamento de Derecho Administrativo y de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid.
- Miembro de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española. Ha publicado diversos trabajos sobre contratos públicos, derecho local, derecho de los consumidores, etc.
- Ponente en jornadas y cursos sobre contratos administrativos, expropiación forzosa y otros temas de su especialidad.

CARLOS YÁÑEZ DÍAZ

- Letrado del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.
- Letrado de la Comunidad de Madrid, desde el año 2001.
- Ha prestado servicios en los servicios contenciosos centrales y en las consejerías de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente y ha sido Subdirector General de lo Consultivo y Asuntos Constitucionales en la Dirección General de los Servicios Jurídicos.
- Autor de diversas publicaciones en las materias de procedimiento administrativo, urbanismo, contratación pública y medio ambiente. De ellas cabe destacar ser coautor del libro “Comentarios a la Legislación del Sector Público”.
- Ponente en jornadas y cursos sobre contratos administrativos, responsabilidad patrimonial y otros temas de su especialidad.



La Suma de Todos



Comunidad de Madrid

www.madrid.org



**CONSEJO
CONSULTIVO**
COMUNIDAD DE MADRID