

QDL48

I.
Estudios

La nueva Ley de contratos del sector público y las patologías del legislador: perspectiva general y principales novedades

TOMÁS CANO CAMPOS

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Complutense de Madrid*

1. Introducción

2. Perspectiva general de la nueva LCSP

- 2.1. El cambio de estrategia en sus fines y objetivos
- 2.2. Los aspectos formales de la nueva Ley
- 2.3. La ampliación de su ámbito de aplicación y la aproximación del régimen jurídico de los contratos públicos
- 2.4. Cambios en la tipología contractual
- 2.5. ¿Simplificación en la contratación pública?

3. El régimen de invalidez de los contratos y su control

- 3.1. La invalidez de los contratos: entre la inercia y la confusión
- 3.2. Las novedades del recurso especial
- 3.3. El nuevo reparto competencial entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil

4. La preparación y la adjudicación de los contratos públicos

- 4.1. La preparación del contrato
- 4.2. Los procedimientos de selección
- 4.3. Los criterios de adjudicación

5. Efectos, cumplimiento y extinción

- 5.1. Las prerrogativas de la Administración y el responsable del contrato
- 5.2. Obligaciones medioambientales, sociales y laborales y condiciones especiales de ejecución

Artículo recibido el 03/09/2018; aceptado el 15/09/2018.

- 5.3. Incumplimiento, demora y responsabilidad del contratista
 - 5.4. La modificación de los contratos
 - 5.5. Cesión y subcontratación
 - 5.6. Suspensión y resolución
- 6. Conclusión**

Resumen

El presente estudio ofrece una perspectiva general de las principales novedades llevadas a cabo por la nueva LCSP por las que se transponen a nuestro ordenamiento las denominadas Directivas de cuarta generación. Desde un planteamiento crítico con nuestra legislación de contratos públicos por sus vertiginosos cambios y su desmesurada extensión, se analizan las cuestiones formales y materiales más relevantes de la nueva regulación, entre las que destacan el cambio de estrategia en sus fines y objetivos, la ampliación de su ámbito de aplicación, la aproximación del régimen jurídico de los contratos públicos, los cambios en la tipología contractual y las novedades que se han incorporado prácticamente en todas las fases de la contratación, desde la preparación de los contratos a sus efectos y extinción.

Palabras clave: *contratos públicos; novedades de la nueva LCSP; invalidez contratos; recurso especial; preparación y adjudicación de los contratos; modificación de los contratos; efectos, cumplimiento y extinción de los contratos.*

The new law on public procurement and the pathologies of the sector: general perspective and new insights

Abstract

This article offers a general perspective of the new national legislation on public procurement which transposes the so-called Fourth Generation Directives. From a critical standpoint regarding the vertiginous changes in national legislation and its excessive length, the article analyzes the most relevant formal and substantive transformations in the new legislation. Inter alia, the article deals with the change in the strategy between the purposes and objectives of the new legislation, the extension of its scope of application, its approach to the legal framework of public

contracts, the changes of the contractual typology and the new insights regarding all the phases of contracting, since the preparation of public contracts to their effects and termination.

Keywords: public contracts; new legislation on public procurement; invalidation of contracts; special appeal; preparation and awarding of public contracts; modification of public contracts; effect, compliance and termination of public contracts.

1

Introducción

La regulación de los contratos del sector público es relativamente reciente, pero en los últimos años se ha acelerado e incrementado a un ritmo vertiginoso, que ha dado como resultado uno de los cuerpos normativos más extensos, complejos e inestables de todo nuestro Derecho Administrativo. Hace falta ser un verdadero experto en la materia para orientarse con solvencia en un texto que en la actualidad supera ya casi en extensión al propio Código Civil.

La hipertrofia normativa, la complejidad interna y el cambio acelerado que caracterizan nuestra actual regulación de los contratos públicos constituyen una mala noticia, porque dificultan extraordinariamente su conocimiento, fomentan su incumplimiento (muchas veces involuntario) y generan en todos inseguridad. Además, eliminan virtualmente la jurisprudencia, tan necesaria como guía en la interpretación y aplicación de las normas, particularmente en este ámbito. Para colmo, no parece que con tan abundante y volátil regulación se estén alcanzando los numerosos (y variables) objetivos que hoy se persiguen con la contratación pública: la creación de un mercado europeo de compras públicas, el fomento de la competencia entre licitadores, la eficiente utilización de los fondos públicos, la simplificación de los procedimientos de contratación, la prevención de la corrupción y ahora hasta la utilización de los contratos para implantar determinadas políticas públicas¹.

En las páginas que siguen ofreceré, en primer lugar, una perspectiva muy general de la nueva Ley de contratos del sector público, donde realizaré una valoración de conjunto centrada en algunas de las cuestiones que considero más importantes: el cambio de estrategia en sus fines y objetivos, los aspectos formales más relevantes que presenta, la ampliación de su ámbito de aplicación, la aproximación del régimen jurídico de los contratos públicos que

1. Sobre tales cuestiones, por todos, *vid.* J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, págs. 25 y ss.

consagra, los cambios en la tipología contractual que establece y la supuesta simplificación en el sector a la que alude su propio Preámbulo. Después de todo ello me centraré, en términos necesariamente sintéticos, en las novedades más destacadas de la Ley, que afectan prácticamente a todas las fases de la contratación. En concreto, me ocuparé de las siguientes cuestiones, algunas de las cuales serán abordadas en otros trabajos de este mismo número: el régimen de la invalidez de los contratos y su control, la preparación y adjudicación de los contratos y las novedades en sus efectos, cumplimiento y extinción. Finalizaré con unas conclusiones que, en parte, ya he avanzado en esta introducción.

2

Perspectiva general de la nueva LCSP

2.1

El cambio de estrategia en sus fines y objetivos

Como es de sobra conocido, la nueva LCSP se dicta fundamentalmente, aunque tarde, para trasponer las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 2014/24/UE, de la misma fecha, sobre contratación pública. Pero se aprovecha la reforma para realizar numerosos cambios con la finalidad, no siempre conseguida, de mejorar la anterior regulación y, sobre todo, de introducir una nueva estrategia en la contratación².

La Ley explicita en su Preámbulo y en su art. 1 una pluralidad de fines u objetivos (aunque algunos, en rigor, son principios de la contratación): garantizar la igualdad de acceso y la libre competencia entre licitadores, la publicidad y transparencia en los procedimientos y la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; asegurar la utilización eficiente de los recursos públicos, la selección de la oferta económicamente más ventajosa, la simplificación de los trámites, la reducción de la burocracia para los licitadores y un

2. Para una visión general de las novedades más relevantes de la nueva LCSP, *vid.* J. M.^a GIMENO FELIU, «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, págs. 47 y ss.; I. GALLEGO CÓRCOLES, «El Derecho de la contratación pública: Evolución normativa y configuración actual», en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 72 y ss.

mejor acceso para las PYMES; el fomento de la integridad mediante la profesionalización, una nueva regulación del conflicto de intereses y la extensión de las prohibiciones de contratar, etc.

La consecución de tantos y tan variados fines y objetivos, muchos de ellos no fácilmente conciliables entre sí, no parece fácil de alcanzar con una regulación tan densa y confusa como la que introduce la nueva Ley. En mi opinión, su consagración revela, además, alguna de las patologías que aquejan a nuestro Derecho Administrativo en general y a la legislación de contratos públicos en particular³. En concreto, hay algo de *legislación placebo* en todo ello, pues el legislador nos ilusiona con principios y objetivos que están de moda y con conceptos que tienen una clara connotación positiva, como eficiencia, transparencia, simplificación, innovación, integridad o lucha contra la corrupción, etc. Y también hay algo (o mucho) de *legislación obsesiva*: hay una fijación por la transparencia, la simplificación y la prevención de la corrupción.

Pero en lo que a los fines se refiere, lo importante es el cambio estratégico fundamental de la nueva Ley (que no estaba en el Proyecto), pues los contratos ya no constituyen únicamente un medio para proveer de bienes y servicios a los poderes adjudicadores, sino también un instrumento para implantar determinadas políticas públicas, al punto que se habla ya de ellos como un modo de la actividad de regulación o como un instrumento de ordenación⁴. Así, de un lado, la Ley exige la introducción transversal de cláusulas sociales, laborales y medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato, y que se pueden establecer como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución de los contratos, en la convicción (no se sabe muy bien de quién) de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual y una mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos (arts. 1.3 y 122.2). De otro, se pretende facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social (art. 1.4), a cuyo objeto se fomenta y hasta exige la división de los contratos en lotes (art. 99.3).

3. Sobre las patologías de la legislación contemporánea, *vid.* el inteligente e irónico libro de L. VANDELLI, *Trastornos de las instituciones políticas*, Madrid, Trotta, 2007.

4. J. BARNÉS, «La contratación como forma alternativa de regulación», en *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global. Actas del XVI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2017, pág. 17; J. L. MEILÁN GIL, «La distinción acto-norma» en J. L. MEILÁN GIL y M. GARCÍA PÉREZ, *Norma y acto administrativos*, Madrid, Iustel, 2017, pág. 25; Í. SANZ RUBIALES, «La protección del ambiente en la nueva Ley de contratos: del Estado meramente “comprador” al Estado “ordenador”», en *Revista de Administración Pública*, núm. 2015, 2018, págs. 49 y ss.

Esto último es un claro ejemplo de otra patología más, la *legislación pendular o bipolar* que también aqueja a nuestro sistema normativo: hasta hace poco la división del contrato en lotes se veía como un intento fraudulento de fragmentar el contrato para evitar determinados procedimientos de adjudicación; ahora, sin embargo, se alienta la fragmentación como un instrumento al servicio de las PYMES y del fomento de la competencia en la contratación.

2.2

Los aspectos formales de la nueva Ley

En el plano formal, lo primero que llama la atención de la Ley es su absurdo título, su desmesurada extensión y la desproporción del contenido de los libros en que se estructura.

i) El título exacto de la nueva norma de cabecera de los contratos públicos es el siguiente: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Respecto de él únicamente diré que menos mal que solo transpone dos Directivas.

ii) Es una Ley muy extensa, innecesariamente larga y detallada: tiene 400 artículos exactos si incluimos sus disposiciones adicionales (muchas de las cuales, por cierto, no deberían ser disposiciones de ese tipo, sino formar parte del articulado de la Ley). Algunos de sus preceptos, como el art. 32 o el 159, ocupan varias páginas del BOE.

Además de extensa, la Ley es reglamentista en exceso, lo que la convierte en un texto de una gran complejidad interna, con preceptos plagados de continuas remisiones, excepciones y excepciones a las excepciones, donde se consagran diferentes regímenes jurídicos en función del tipo de contrato y de un sinfín de cuantías, que la hacen de difícil manejo y de peor comprensión y aplicación. Por ejemplo, ya hay divergencias interpretativas acerca de los procedimientos de adjudicación que pueden utilizar los poderes adjudicatarios no Administración Pública en los contratos no armonizados que superen los umbrales de los menores [art. 318.b)]⁵. Todo lo cual es una muestra de otra patología más, la *legislación verborreica*: la LCSP es un río desbordante de normas espesas, confusas y repletas de remisiones y excepciones, que

5. Vid. la Instrucción 32018, de 6 de marzo, de la Abogacía del Estado, y el Informe de 20 de diciembre de 2017 de la Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Cataluña.

nos complica la vida a quienes la tenemos que interpretar, aplicar y también explicar.

No solo hay un claro abuso de la ley y, por consiguiente, una alteración de las relaciones tradicionales entre la ley y el reglamento, sino también un claro exceso y expansión de las bases estatales, por lo que apenas se deja margen a la normativa autonómica y local. Que es posible una Ley más clara y menos extensa para regular la contratación pública no solo lo demuestra la normativa de otros países de nuestro entorno, sino la propia legislación de contratos de Navarra, tanto la anterior Ley como la que se acaba de aprobar⁶.

iii) La LCSP presenta una nueva sistemática, más clara que la anterior regulación. El TRLCSP también se dividía en libros, pero tal división se refería a las diversas fases del contrato: preparación (Libro II), adjudicación (Libro III), efectos, cumplimiento y extinción (Libro IV). La nueva Ley vuelve en parte al texto refundido de 2000 y divide los libros en función del sujeto contratante: el Libro II se refiere a los contratos de las Administraciones Públicas y el Libro III a los contratos de los demás entes del sector público, su Título I a los poderes adjudicadores no Administración Pública y el Título II a los entes del sector público que no son poder adjudicador.

Pero el criterio adoptado, a pesar de su lógica y claridad, ha provocado una llamativa e innecesaria desproporción en la extensión de los libros en que se estructura la Ley: mientras que el Libro II tiene 201 artículos (arts. 115 a 315), el Libro III solo consta de 7 preceptos (arts. 316 a 322). En mi opinión, sobra por completo todo el Libro III, pues buena parte de sus preceptos son de remisión y los que contienen una regulación sustantiva se podrían haber incluido perfectamente en otro lugar. En concreto en la Sección 3.^a del Capítulo II del Título Preliminar relativa al régimen aplicable a los contratos administrativos y a los contratos privados. El art. 26, relativo al régimen aplicable a los contratos privados, en efecto, se podría haber desdoblado en varios preceptos: uno relativo al régimen jurídico aplicable a los contratos privados de las Administraciones Públicas, otro sobre los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública y otro sobre los contratos de las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores. O dos preceptos para los contratos privados de cada uno de tales sujetos: uno relativo a la preparación y adjudicación y otro sobre los efectos, cumplimiento y extinción.

6. Hay que tener en cuenta al respecto que la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra (como la anterior Ley Foral 6/2006, de 9 de junio) no se limita a desarrollar las bases estatales, sino que contiene una regulación mucho más densa en la materia, por cuanto que la LORAFNA atribuye a dicha Comunidad, «en virtud de su régimen foral, la competencia exclusiva en la materia de contratos y concesiones administrativas, sin más límite que el respeto a los principios esenciales de la legislación básica del Estado».

De paso se habrían evitado las deficiencias del propio art. 26, cuyas remisiones constituyen un auténtico galimatías. Por ejemplo: el apartado 3 se refiere a los contratos de los poderes adjudicadores no Administración Pública y su apartado primero se remite en cuanto a su preparación y adjudicación al Título I del Libro III. No se especifican los artículos. Pero dicho Título tiene cuatro preceptos y solo dos de ellos se refieren a la preparación y adjudicación, los arts. 317 y 318. El 317 se refiere a los contratos sujetos a regulación armonizada y remite, a su vez y sin especificar los preceptos, a las normas de las secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II, es decir, a los arts. 115 a 187. El art. 318 se ocupa de los contratos no armonizados y distingue en función de la cuantía: si se trata de contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios de valor inferior a 40 000 euros o de servicios y suministros de valor inferior a 18 000 se pueden adjudicar directamente; si son de cuantía superior (hasta llegar a ser SARA), se pueden adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo I del Libro II (también sin precisar los preceptos), es decir, en los arts. 131 a 187, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad. Además, el contenido del apartado 3 del art. 26 no se corresponde del todo con el art. 319, pues el párrafo segundo no alude a las condiciones de pago que sí contempla este último precepto. Sin comentarios.

2.3

La ampliación de su ámbito de aplicación y la aproximación del régimen jurídico de los contratos públicos

Pero vayamos a las cuestiones materiales que son las importantes. Desde esta perspectiva, la nueva LCSP se caracteriza por la ampliación de su ámbito de aplicación, por la aproximación del régimen jurídico de los contratos que regula y por la vuelta o retorno del Derecho Administrativo.

i) Con la nueva Ley se extiende el Derecho de la contratación pública, incluso más allá de las exigencias de las Directivas comunitarias. La ampliación del ámbito de aplicación es tanto objetiva como subjetiva.

Desde el punto de vista objetivo, la nueva Ley también se ocupa, como veremos con precisión más adelante, de los contratos privados de los poderes adjudicadores, sean o no armonizados: vigilancia del cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión y subcontratación y resolución. También amplía, como veremos, el régimen de invalidez de los contratos y el ámbito del recurso especial.

En cuanto a los negocios excluidos, se mejora la sistemática anterior y se trata de clarificar su régimen jurídico, que ahora es más prolijo o detallado: los negocios y contratos que excluía el art. 4 TRLCSP se han tipificado en diversos preceptos (arts. 4 a 11) en función de los sectores de la actividad a que se refieren, y, desde el punto de vista material, se ha precisado mejor su alcance.

Se regula minuciosamente también la cooperación vertical (medios propios) y horizontal (convenios de colaboración). En particular, se incluye una exhaustiva regulación de los encargos a medios propios (arts. 32 y 33, y disposición final cuarta.3), reforzándose los requisitos para su utilización: que el medio propio disponga de medios personales y materiales suficientes para cumplir el encargo, que disponga de autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación privada y que no pueda realizar en el mercado más del 20 % de su actividad.

Desde el punto de vista subjetivo, se mantiene la distinción en tres grupos de sujetos, que siguen enumerados en el mismo ilógico orden que introdujo la Ley anterior: entidades del sector público (que es el concepto más amplio), Administraciones Públicas (que es la categoría más reducida) y poderes adjudicadores. Pero se incluyen en su ámbito de aplicación nuevas entidades que formalmente no pertenecen al sector público, como los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones empresariales y las corporaciones de derecho público, si bien solo se les aplica la Ley cuando cumplan los requisitos para tener la condición de poder adjudicador, lo que rara vez sucederá. También se mencionan expresamente algunas entidades que antes estaban comprendidas en las cláusulas generales, como, por ejemplo, las autoridades administrativas independientes, y se hacen algunas aclaraciones respecto de los consorcios y las fundaciones. Se suprime la previsión de que las Entidades Públicas Empresariales no tienen la condición de Administraciones Públicas [ahora podrán serlo si se pueden subsumir en la cláusula del art. 3.2.b)] y se precisa que no son Administraciones Públicas las entidades que se financien con ingresos de mercado.

El artículo 3 sigue siendo la clave de bóveda en la arquitectura de la Ley, pues para determinar el régimen jurídico de un determinado contrato es preciso saber con carácter previo el tipo de entidad que lo celebra, lo que no es fácil porque las cláusulas generales que sigue manteniendo el precepto no son un dechado de claridad y rigor conceptual [apartados 2.b) y 3.d)].

ii) Hay, en segundo lugar, una clara aproximación del régimen jurídico de los contratos del sector público. Con la nueva LCSP, ya no es tan relevante determinar si un poder adjudicador es o no Administración Pública o si celebra un contrato armonizado o no, pues se establece una regulación uniforme

de la preparación y, sobre todo, de la adjudicación de los contratos de todos los poderes adjudicadores, tengan o no la condición de Administración. Por eso se ha eliminado la remisión a las instrucciones internas para los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores no Administración Pública. Las instrucciones internas se mantienen, pero únicamente para las entidades del sector público que no son poder adjudicador (art. 321) o para los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales (paradójicamente cuando tengan la condición de poder adjudicador, art. 3.5). En rigor las instrucciones internas se pueden mantener, pero con carácter *ad intra*, para regular aspectos organizativos (por eso la disposición transitoria quinta alude a su adaptación).

También se relativiza la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a tal regulación de los poderes adjudicadores a efectos del recurso especial, pues los umbrales, como veremos, son ahora más bajos que los de los contratos armonizados. Y, como se ha adelantado, también hay una aproximación en el régimen de invalidez y en la regulación de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados de los poderes adjudicadores, que también se someten parcialmente a la LCSP. Esta uniformización del régimen jurídico supone una vuelta o retorno del Derecho Administrativo. Algunos autores han hablado certeramente de un fenómeno de administrativización⁷. Una administrativización en parte europeizada.

Otro claro ejemplo de este fenómeno de administrativización es la consideración de todos los actos de preparación y adjudicación de todos entes del sector público (aunque no sean poder adjudicador) como actos administrativos (art. 41.2) y, como tales, susceptibles de revisión de oficio, de recurso en vía administrativa (art. 321.5) y de sujeción al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 27.1.d)].

Pero, si bien se mira, la referida uniformización es solo externa o formal, pues luego en la Ley hay una enorme dispersión interna, una gran diversidad de regímenes jurídicos especiales en función del tipo de contrato y de un sinfín de cuantías imposibles de retener.

Hay una vuelta a la ley, una legalización de la materia en la medida en que, como se acaba de señalar, se suprimen las instrucciones internas de los poderes adjudicadores. Pero junto a ello, y paradójicamente, hay una devaluación del valor de la ley, como consecuencia no solo de introducir

7. S. DÍEZ SASTRE, «Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos», en F. LÓPEZ RAMÓN y F. VILLAR ROJAS (coords.), *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa. Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, 2017, pág. 301.

en ella disposiciones más propias de los reglamentos, sino también de la pérdida de su generalidad, abstracción y durabilidad, que constituyen, como es de sobra conocido, algunas de las propiedades tradicionales del concepto de ley⁸. Como ha señalado Santamaría Pastor, esta subversión en las relaciones entre la ley y el reglamento que caracteriza la legislación de contratos actual, no solo supone un debilitamiento del principio democrático (las leyes largas y complicadas evitan su cabal conocimiento y dificultan la discusión parlamentaria), sino también la exclusión del control por la jurisdicción contencioso-administrativa de disposiciones normativas que ven cómo se eleva artificialmente su rango normativo con esa precisa finalidad.

2.4

Cambios en la tipología contractual

La nueva LCSP también introduce cambios en los tipos contractuales. Los más relevantes son estos.

Se suprime el contrato de colaboración público-privada, de perfiles confusos y de escasa utilización en la práctica. También desaparece el contrato de gestión de servicios públicos (algo que no exigían las Directivas), aunque con él no desaparecen necesariamente las tradicionales formas de gestión de los servicios públicos; alguna, como la sociedad de economía mixta, se mantiene expresamente en la disposición adicional vigésima segunda.

También desaparece la distinción de los contratos de servicios en categorías. El contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios se diferencian ahora no por su objeto, sino por el sujeto que asume el riesgo operacional, que en el primero (y en el de concesión de obras) es el concesionario, y en el segundo la Administración o el poder adjudicador⁹. Se considera que el concesionario asume el riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a re-

8. Sobre ello, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública», cit., págs. 27-29. Sobre las propiedades históricas de la ley y su crisis, *vid.* F. J. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, págs. 151 y ss.

9. Sobre la delimitación entre uno y otro tipo de contratos, F. J. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, «La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesiones de servicios», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., págs. 477 y ss.

cuperar las inversiones realizadas y a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios objeto de la concesión¹⁰. La parte de los riesgos transferidos debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado, que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable. Puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro o en ambos. Ahora, por consiguiente, los servicios públicos se pueden prestar mediante el contrato de concesión de servicios (arts. 15 y 284 y concordantes) o mediante el contrato de servicios (arts. 17 y 312). En ambos permanecen las notas de regularidad, continuidad e igualdad.

Se incorpora una regulación más rigurosa de los contratos menores, aunque no menos confusa y problemática: reducción de cuantías (valor inferior a 40 000 euros para obras y 18 000 para suministros y servicios), duración no superior a 1 año, imposibilidad de prórroga, informe en el que se motive la necesidad del contrato, etc. (arts. 118 y 131.3).

También se regula el contrato mixto de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. La preparación y adjudicación de tales contratos se rigen por las normas del contrato que contenga la prestación principal, pero los efectos y extinción se regirán por las normas aplicables a cada una de las prestaciones fusionadas (arts. 18, 34.2 y 122.2).

Por último, la nueva delimitación de los tipos contractuales y, en particular, la amplitud con la que se regula el contrato de servicios, acentúa el carácter residual de los contratos administrativos especiales.

2.5

¿Simplificación en la contratación pública?

La simplificación es otro de los conceptos de moda con los que la nueva Ley nos trata de ilusionar.

La Directiva 2014/24/UE contempla una serie de medidas de simplificación en la contratación: uso del documento europeo único de contratación consistente en una declaración del propio interesado, sistema de e-Certis que permite a los Estados el intercambio de certificados y pruebas documentales, simplificación en los contratos de servicios a las personas, etc. De conformidad con ello, el propio Preámbulo de la Ley señala que «se da satisfacción

¹⁰. Sobre el riesgo operacional, *vid.* A. HUERGO LORA, «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», en *Documentación Administrativa: nueva época*, núm. 4, 2017, págs. 31 y ss.

aquí a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES. El proceso de licitación debe resultar más simple, con la idea de reducir las cargas administrativas de todos los operadores económicos intervinientes en este ámbito, beneficiando así tanto a los licitadores, como a los órganos de contratación».

Las medidas que contempla la LCSP al servicio de la simplificación son esencialmente las siguientes: la extensión a todos los procedimientos de la declaración responsable para acreditar el cumplimiento de los requisitos previos, la cual se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación (arts. 140 y 141), la posibilidad de prever como criterio de solvencia que el adjudicatario cumple con los plazos de pago a proveedores [art. 87.1.c)], la división en lotes siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan (art. 99.3), la contratación electrónica, las modalidades simplificada y super-simplificada del procedimiento abierto y la nueva regulación de los contratos menores.

Pero son medidas escasas que poco simplifican en una Ley ella misma necesitada en su estructura de claridad y simplificación. Además algunas de esas medidas solo suponen una simplificación para algunos de los sujetos que intervienen en la contratación, pero no para otros: por ejemplo, la división del contrato en lotes puede suponer una simplificación para los licitadores, pero no para la Administración, ya que una vez que se ha optado por fraccionar el contrato en lotes, lo que ahora no requiere justificación alguna, hay que diseñar e identificar adecuadamente los lotes, decidir si se limita el número de lotes a los que un licitador puede presentar oferta o el número de lotes que se le pueden adjudicar, comprobar la correcta ejecución de los diversos lotes, etc.

3

El régimen de invalidez de los contratos y su control

La nueva LCSP introduce novedades relevantes en el régimen de invalidez de los contratos y en su control, en particular en el recurso especial en la materia¹¹. La Ley también corrige el inadecuado reparto competencial entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil. La idea que vertebrata tales novedades, y que, como ya he adelantado, también aflora en

11. Me he ocupado más extensamente del tema en mi trabajo «La invalidez de los contratos públicos y su control», en A. HUERGO LORA (coord.), *Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas*, Madrid, Iustel, 2018, págs. 101 y ss.

otras reformas de la nueva Ley, es la aproximación del régimen jurídico de los contratos del sector público. En el régimen de invalidez de los contratos hay una clara aproximación porque, como vamos a ver, se amplía considerablemente su ámbito de aplicación. Y lo mismo cabe afirmar de la regulación del recurso especial, en la que se relativiza la distinción entre contratos armonizados y no armonizados, ya que los umbrales que se exigen para su interposición son distintos y más bajos que los que establecen esa delimitación. Se trata de un ejemplo más de la administrativización a la que ya se ha aludido.

3.1

La invalidez de los contratos: entre la inercia y la confusión

El denominado «régimen de invalidez» de los contratos, que la nueva LCSP regula en los arts. 38 a 43, se mueve entre la inercia y la confusión del legislador.

La nueva regulación simplifica considerablemente la anterior, ya que elimina los «supuestos especiales de nulidad» que se hacían valer a través de la denominada «cuestión de nulidad», y que, en realidad, no era más que un recurso especial postcontractual con algunas particularidades. Pero la regulación de la invalidez de los contratos públicos sigue siendo asistemática, confusa y parcial. Asistemática, porque mezcla de forma desordenada las causas de invalidez, sus efectos o consecuencias y los medios o instrumentos para hacerla valer. Confusa, porque se mantienen por inercia clasificaciones dogmáticas discutibles como la que distingue entre causas de invalidez de derecho administrativo y de derecho civil, causas estas últimas que no se sabe muy bien a qué tipos de contratos se aplican, de qué elementos se predicen o qué procedimiento debe seguirse realmente para hacerlas valer. Parcial, por último, porque bajo el rótulo «régimen de invalidez» se regula, en realidad, la invalidez de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos y su revisión de oficio. Pero, en rigor, del régimen general de invalidez también forma parte el recurso especial, que constituye el cauce primario para declarar la invalidez de la mayor parte de tales actos, al punto que la revisión de oficio y la declaración de lesividad son una vía de tutela subsidiaria, ya que se aplica cuando tales actos son firmes.

De dicha regulación merece la pena destacar su confuso ámbito de aplicación, la regulación de los supuestos de nulidad y de anulabilidad, las causas de invalidez de derecho civil y los efectos de la declaración de nulidad.

i) La nueva Ley amplía considerablemente el ámbito de aplicación de la regulación de la invalidez, consumando así una clara evolución legislativa en

tal sentido. El TRLCSP de 2011 se refería en su art. 31 «a los contratos de las Administraciones Públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados del art. 17». La nueva LCSP amplía ese ámbito y, en su art. 38, dispone que se aplica a «los contratos celebrados por los poderes adjudicadores, incluidos los contratos subvencionados del art. 23». Pero el alcance de la ampliación es equívoco, porque el art. 41, relativo a la revisión de oficio, amplía aún más la regulación de la invalidez, al disponer en su apartado 2 que, a los efectos de esta Ley, los actos preparatorios y de adjudicación de todos los contratos de las «entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas» tendrán la consideración de actos administrativos, y su revisión de oficio se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en la LPAC. El art. 321.5 añade que son recurribles en vía administrativa también de conformidad con lo dispuesto en la LPAC «ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o a la que corresponda su tutela».

Se trata de una novedad de gran calado que no figuraba en el Anteproyecto (el cual solo aludía en este apartado, como el art. 38, a los actos de los poderes adjudicadores) y que se introdujo en el Proyecto tras el dictamen del Consejo de Estado, el cual destacó la conveniencia de volver a atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las pretensiones deducidas frente a los actos de preparación y adjudicación de todos los contratos sujetos a la legislación de contratación del sector público, incluidos, por tanto, los de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, que es lo que finalmente ha hecho el art. 27.1.d) de la LCSP. Esto explica esa previsión del art. 41.2, que debería haberse reflejado no solo en el art. 38, que encabeza la regulación del régimen de invalidez, sino también en los arts. 39 y 40, que regulan, respectivamente, los supuestos de nulidad y de anulabilidad de tales actos, pero los refieren solo a los de los poderes adjudicadores. ¿Acaso no se debe considerar anulable el encargo a un medio propio de un ente que no es poder adjudicador si no respeta los requisitos que establece el art. 33? ¿O una cláusula de un ente que no es poder adjudicador que otorgue ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con la Administración?

El régimen de invalidez, en realidad, resulta aplicable a todos los contratos celebrados por todos los entes del sector público previstos en el art. 3. Aunque hay que tener en cuenta que la regulación de los actos preparatorios y de adjudicación en la Ley no es la misma respecto de todos los entes del sector público, por lo que el canon o parámetro de validez no será igual en todos los contratos: es muy denso y exigente para los actos preparatorios y de adjudicación de todos los contratos de las Administraciones Públicas y los ar-

monizados de los poderes adjudicadores no Administración (arts. 115 a 187); es más reducido en el caso de los contratos no armonizados de los poderes adjudicadores no Administración, pues solo se sujetan a la Ley, y con alguna variación respecto de los anteriores, los actos de adjudicación (art. 318); y se limita a una fina capa de principios en la adjudicación, a los que deben adecuarse las instrucciones internas, en el caso de los contratos de las entidades del sector público que no son poder adjudicador (art. 321). Además, algunos supuestos de nulidad o de anulabilidad solo pueden predicarse de los actos de las Administraciones Públicas o de los poderes adjudicadores cuando celebran contratos armonizados (por ejemplo, el incumplimiento grave de las normas de la UE sobre contratación, o la falta de publicación del anuncio de licitación en el DOUE), o de los contratos a los que se aplica el recurso especial (por ejemplo, la formalización del contrato sin respetar la suspensión –automática o acordada– del acto recurrido).

En cualquier caso, conviene no olvidar que el Libro I de la Ley, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, incluye una serie de preceptos sobre los órganos de contratación (arts. 61 y ss.), la capacidad del contratista (arts. 65 y ss.), el objeto, valor estimado y precio del contrato (arts. 99 a 102), el contenido mínimo del contrato (art. 35), el lugar de la celebración del contrato (art. 36.4), el carácter formal de la contratación (art. 37), etc., que son requisitos de validez de todos los contratos del sector público, al margen, pues, de la naturaleza del ente público que los celebre.

ii) La nueva Ley contiene numerosas novedades respecto de los supuestos de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad de derecho administrativo, que también se ven ampliados respecto de la regulación anterior. Los supuestos de nulidad de pleno derecho se incrementan, pues pasan a ser tales los anteriores supuestos especiales de nulidad. Se incluye, además, como nuevo supuesto el incumplimiento grave del derecho de la UE en materia de contratación, cuando suponga que el contrato no se debería haber adjudicado al contratista y dicho incumplimiento se declare por el TJUE en un procedimiento del art. 260 del TFUE. El Anteproyecto preveía otros supuestos de nulidad de pleno derecho, pero, tras el juicio crítico del Consejo de Estado, han pasado a serlo de anulabilidad. En concreto: el incumplimiento de los requisitos exigidos para la modificación de los contratos de los arts. 204 y 205, y los encargos a medios propios sin respetar los requisitos exigidos al respecto por la ley. También pasa a ser un nuevo supuesto de anulabilidad el anterior supuesto de nulidad de pleno derecho del art. 32.d) del TRLCSP 2011 relativo a «todas aquellas disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos emanados de cualquier poder adjudicador que otorguen,

de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración».

iii) Causas de invalidez de derecho administrativo y causas de invalidez de derecho civil. La distinción se reflejaba ya en el Reglamento de Contratos del Estado de 1967 y desde entonces se ha mantenido en todas las leyes de contratos posteriores. La referencia a las causas de invalidez de derecho civil sigue planteando los mismos problemas de siempre, pues no se sabe muy bien a qué causas se refiere, a qué contratos se aplican, de qué elementos se predicen y cuál es el procedimiento administrativo para hacerlas valer. Da la impresión de que el legislador de contratos tampoco lo sabe y mantiene esa previsión por pura inercia o «por si acaso». Las consecuencias de su previsión son, sobre todo, procedimentales más que materiales, pues, en el caso de que haya espacio para algunos vicios de derecho civil que no se puedan reconducir a los propios del derecho administrativo, tales vicios serían igualmente aplicables aunque no hubiera una previsión expresa en tal sentido, ya que a todos los contratos del sector público se les aplica, al menos de forma supletoria, el derecho privado (arts. 25 y 26 LCSP).

La nueva LCSP introduce un cambio significativo respecto del texto refundido anterior. El art. 43 de la Ley dice así: «La invalidez de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos a que se refiere el artículo 38, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer, *cuando el contrato se haya celebrado por una Administración Pública*, se someterá a lo previsto en los *artículos anteriores* para los actos y contratos administrativos *anulables*». Como puede verse, el precepto solo se refiere ahora a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, mientras que en la regulación anterior la remisión se refería a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los subvencionados (art. 36 TRLCSP).

La doctrina que ha estudiado con más detenimiento esta cuestión ha señalado que las causas de invalidez de derecho civil serían los vicios que afectan al consentimiento del contratista: error, dolo, intimidación¹². Y así lo han

12. M. REBOLLO PUIG, «La invalidez de los contratos», en F. CASTILLO BLANCO (coord.), *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Granada, Comares, 1996; J. M.^a DE SOLAS RAFECAS, «De la invalidez de los contratos», en ARIÑO Y ASOCIADOS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tomo II, Granada, Comares, 2003; V. S. BACA ONETO, *La invalidez de los contratos públicos*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006; S. DIEZ SASTRE, «La invalidez de los contratos públicos», en J. M.^a GIMENO FELIU

entendido también algunas sentencias. No se puede referir, sin embargo, a la capacidad del contratista, que se regula hoy con detalle en la propia legislación de contratos. Hay que tener en cuenta, no obstante, que la regulación de la invalidez se aplica a los contratos subvencionados, los cuales pueden ser celebrados por los particulares o empresas privadas, en cuyo caso, si se acepta que el precepto se refiere a los vicios del consentimiento, en tales casos no solo afectaría a los del contratista, sino también a los de la otra parte contratante. Y por aquí quizá podrían entrar en el ámbito de aplicación del precepto otros elementos como la causa del contrato.

El precepto remite a los requisitos (nulidad o anulabilidad) y a los plazos previstos por el ordenamiento civil: 4 años para los vicios civiles de anulabilidad, e imprescriptibilidad para los de nulidad de pleno derecho, aunque hay autores que consideran que aquí el plazo es el propio de las acciones personales que no tienen previsto un plazo especial y que, como se sabe, tras la Ley 42/2015, de 5 de octubre, se ha reducido de 15 a 5 años (art. 1964 Código Civil). Pero plantea dudas el procedimiento administrativo al que el precepto remite, pues habla del previsto *en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables*. Cabe cuestionarse si con esa alusión a los actos y contratos anulables se refiere únicamente a la declaración de lesividad o incluye también la revisión de oficio y la acción de nulidad de los actos nulos de pleno derecho. Si se considera, siguiendo la literalidad del precepto, que se remite al procedimiento previsto para los actos anulables, y se acepta que las causas a que alude son los vicios del consentimiento del contratista, la previsión no tendría sentido porque, como es sabido, el Código Civil establece (como requisito) que tales vicios solo puede hacerlos valer quien los ha sufrido, esto es, el contratista, por lo que la Administración no podría declarar de oficio la lesividad por esa causa.

iv) El art. 42 de la Ley solo regula parcialmente los efectos o consecuencias de la invalidez, pues solo se refiere a la incidencia de la nulidad de los actos preparatorios o de la adjudicación en un contrato ya formalizado y total o parcialmente ejecutado. Por eso, en línea con lo previsto en los arts. 1303 y 1307 del CC, dicho precepto dispone que la declaración (firme) de nulidad de tales actos dará lugar a la del contrato, que entrará en fase de liquidación y las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones o su valor. Además, la parte culpable deberá indemnizar a la contraria los daños y perjuicios que haya sufrido. Pero si el contrato todavía no se ha formalizado, las consecuencias de la invalidez de tales actos no serán esas, sino otras: no pro-

(dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

cederá la adjudicación, o procederá la adjudicación a favor de otro contratista o deberán retrotraerse actuaciones y repetirse la licitación, o se cancelará esta (desistimiento del art. 152.4), etc.

El régimen de las consecuencias de la invalidez, además de incompleto, está disperso, pues, en rigor, también forma parte de él el contenido estimatorio de las resoluciones de un recurso especial (u ordinario), que, como precisa el art. 57, puede consistir en la anulación de decisiones ilegales, la supresión de características técnicas, económicas o financieras discriminatorias, la posibilidad de retroacción de actuaciones, o incluso el reconocimiento al recurrente de su derecho al contrato, como se infiere del actual art. 150.4 (que reproduce el anterior art. 47.2 del TRLCSP, en un lugar sistemático inadecuado) cuando dispone que, si como consecuencia del contenido de la resolución de un recurso especial «fuera preciso que el órgano de contratación acuerde la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a este un plazo de diez días hábiles para que cumplimente los trámites que resulten oportunos».

El art. 42 introduce un nuevo apartado 4 que no tiene parangón en el antiguo art. 35 TRLCSP, que solo consta de tres apartados. Dicho apartado dispone lo siguiente: «*Los efectos establecidos en los apartados anteriores podrán ser acordados por la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto previa declaración de lesividad, de conformidad con lo previsto en el art. 71 de la LJCA*». Este nuevo apartado plantea el siguiente problema: entre los efectos establecidos en los apartados anteriores (idéntico al art. 35.3 del TRLCSP) figura la previsión de que en la declaración administrativa de nulidad de un contrato se puede disponer la continuación de sus efectos en caso de grave trastorno al servicio público, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el trastorno. ¿Significa esa remisión que un juzgado o tribunal que entienda de un contencioso de lesividad puede adoptar esa medida? Parece que de la literalidad y del espíritu del art. 42.3 se desprende que quien únicamente puede adoptar tal medida, y valorar el grave trastorno al servicio público, es la Administración contratante que declara la nulidad. Por eso no debería hacerse una remisión en bloque a los efectos establecidos en los apartados anteriores.

Por último, al haber desaparecido la denominada cuestión de nulidad para los supuestos especiales, se ha eliminado también la posibilidad de que no se declare la nulidad del contrato cuando concurriera una causa especial de nulidad y existieran razones imperiosas de interés general que así lo justificasen, y que en tal caso se impusieran multas al poder adjudicador o se redujera la vigencia del contrato.

3.2

Las novedades del recurso especial

También hay novedades relevantes en la regulación del recurso especial, que es un mecanismo de tutela o de autocontrol de la Administración. Se amplía su ámbito de aplicación, se mantiene expresamente su carácter potestativo, se introducen novedades en la planta de los órganos encargados de resolverlo y se modifican algunos aspectos concretos en el procedimiento para su resolución.

i) Ampliación del recurso especial. La nueva LCSP ensancha el ámbito de aplicación del recurso especial, ya que ahora deja de estar vinculado a los contratos sujetos a regulación armonizada. También se amplía el campo de los actos recurribles y los motivos del recurso.

El recurso especial se extiende ahora a todos los contratos de obras y concesiones de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones, y a los contratos de servicios y de suministro cuyo valor supere los cien mil euros. Todos ellos celebrados por las Administraciones Públicas o entidades que tengan la condición de poder adjudicador. También se pueden recurrir los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición de los contratos de obras, servicios y suministros, los contratos administrativos especiales cuando no sea posible fijar su precio de licitación o cuando su valor sea superior al establecido para los contratos de servicios, y los contratos subvencionados y los encargos a medios propios cuando no sea posible fijar su importe o cuando sea igual o superior al establecido para los contratos de servicios.

También se amplían los actos recurribles, ya que el recurso no solo cabe interponerlo, como hasta ahora, contra los anuncios de licitación, los pliegos, los documentos contractuales, los actos de trámite cualificados y los acuerdos de adjudicación, sino también contra las modificaciones contractuales, los encargos a medios propios y los acuerdos de rescate de concesiones. Solo se excluyen los procedimientos de adjudicación que se sigan por el procedimiento de emergencia. Por tanto, como puede verse, el recurso especial ha dejado de ser un mecanismo de tutela precontractual para convertirse en un mecanismo de tutela tanto antes como después de la celebración de los contratos. Pero quedan al margen actuaciones que ahora han pasado a estar reguladas en las Directivas, como la subcontratación y la resolución de los contratos. Y no se menciona, sobre todo, el propio contrato, que antes se podía impugnar a través de la cuestión de nulidad, y que ahora hay que entender que se puede impugnar a través del recurso especial¹³.

13. S. DÍEZ SASTRE, «La invalidez de los contratos públicos», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., pág. 168.

En cuanto a las causas o motivos del recurso, ahora cabe esgrimir también los supuestos especiales de nulidad que antes se hacían valer a través de la denominada cuestión de nulidad.

No obstante su ampliación, no se da el paso definitivo propugnado por algunos autores y por el Consejo de Estado (dictámenes 514/2006 y 1116/2015) de extenderlo a todos los contratos, por lo que da la impresión de que en este tema el legislador estatal actúa a regañadientes y va a remolque, primero, de las exigencias del derecho de la Unión Europea, y ahora, de las propuestas de la doctrina. Es, por ello, una reforma a medio hacer, aunque quizá aquí el legislador ha sido prudente, porque una extensión desmesurada del recurso, sin proveer a la vez los medios necesarios para su adecuada y tempestiva resolución, podría provocar el fracaso de uno de los instrumentos de la contratación que mejor ha funcionado hasta el momento.

ii) Carácter potestativo, gratuito, exclusivo y parcialmente suspensivo. El Anteproyecto de Ley establecía el carácter obligatorio del recurso para poder acudir al contencioso-administrativo, pero, tras el dictamen del Consejo de Estado, la nueva Ley mantiene expresamente su carácter potestativo (el Proyecto no lo dejaba claro). Numerosos autores han abogado y siguen abogando por su carácter preceptivo, ya que su funcionamiento hasta la fecha ha acreditado que no es una carga para el recurrente, sino un remedio eficaz¹⁴. Pero otros han sostenido razonablemente que no hay razón para obligar a los licitadores lesionados en sus derechos a formular un recurso ante un tribunal administrativo cuando desconfían de su independencia de criterio o intuyen que el recurso será desestimado¹⁵. El carácter potestativo puede dar lugar a que un mismo acto sea recurrido por distintos licitadores ante un tribunal administrativo y ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero eso mismo ocurre, en general, con el recurso administrativo de reposición.

Se consagra expresamente el carácter gratuito del recurso (art. 44.7 LCSP), para hacer frente así a la previsión de tasas de alguna comunidad autónoma como Cataluña, pues para corregir los eventuales abusos los tribuna-

14. J. M.^a GIMENO FELIU, «Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas. Balance y prospectiva», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 47, 2013, pág. 99; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Las vías administrativas de recurso a debate. Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, 2016, pág. 332.

15. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pág. 71; J. J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, «El recurso especial en materia de contratación. Organos encargados de su resolución», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., pág. 609.

les pueden imponer multas por mala fe o temeridad contra quienes realmente abusan de su uso. No se puede cobrar peaje al entrar y al salir.

En cuanto al carácter exclusivo (o excluyente), se aclara que contra las actuaciones respecto de las que cabe el recurso especial no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios, por lo que el particular no puede optar entre estos y aquel: o interpone el recurso especial o se va al contencioso-administrativo. Lo que supone declarar tácitamente que agotan la vía administrativa todos los actos susceptibles del recurso especial, a pesar de que muchos de los órganos de contratación no son de aquellos cuyos actos agotan dicha vía (por ejemplo, los actos de las mesas de contratación).

Se elimina también la posibilidad que preveía el TRLCSP de que las comunidades autónomas establezcan un recurso administrativo previo al recurso especial.

Se sigue manteniendo también el efecto suspensivo automático cuando el acto recurrido es el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, pues en tales casos el efecto suspensivo podría afectar a la eficiencia que se pretende obtener con esos procedimientos de licitación. Sin embargo, la interposición del recurso especial contra las modificaciones no suspende sus efectos, a diferencia de lo que sucede con la adjudicación, siendo así que el fundamento en uno y otro caso es idéntico¹⁶.

iii) La planta orgánica. La nueva LCSP también introduce novedades en la configuración de la planta de los órganos competentes para resolver el recurso especial, en particular en el ámbito local. Por un lado, se sigue manteniendo la posibilidad de que la legislación autonómica establezca que las corporaciones locales creen sus propios órganos especializados de resolución (art. 46.4 de la LCSP). Si la legislación autonómica no dice nada al respecto, la resolución del recurso corresponderá al mismo órgano que resuelva el de la respectiva comunidad (autonómico o central). Pero se introduce una importante novedad: la posibilidad de que los municipios de gran población y las diputaciones provinciales puedan crear un órgano de resolución de sus recursos, cuya constitución, funcionamiento y estatus de sus miembros se regirá por lo dispuesto en la legislación autonómica. El competente para su creación y el nombramiento y remoción de sus miembros es el pleno de la corporación. El resto de ayuntamientos podrán atribuir la competencia para la resolución del recurso especial al órgano creado por la diputación (art. 46.4.3.º LCSP). También se introduce como novedad que, en los territorios forales, la compe-

16. J. M.ª BAÑO LEÓN, «El “modificado” de los contratos», en J. M.ª GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., pág. 1362.

tencia para resolver el recurso *podrá* corresponder a los órganos y tribunales administrativos forales de recursos contractuales (art. 46.5).

Como se ve, la planta orgánica se mantiene abierta por completo. Como algunos autores ya han destacado, esta territorialización puede provocar una indeseable proliferación de tribunales administrativos locales, una verdadera «atomización», que puede desembocar en una disparidad de criterios contraria a la seguridad jurídica e inasumible en un ámbito como el de la licitación pública, en el que la uniformidad de las reglas (la unidad de doctrina) es una exigencia de la unidad de mercado¹⁷. La posibilidad de tribunales locales en municipios pequeños y medianos pone también en cuestión su independencia real, debido a la cercanía o proximidad con el órgano al que se ha de controlar, lo que impedirá un control efectivo que pone incluso en duda el cumplimiento de la Directiva de Recursos.

Además, la nueva LCSP sigue sin imponer el carácter colegiado de tales órganos, pues el art. 46.1 dice que, «en el ámbito de las comunidades autónomas, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente cuyo titular, o *en el caso de que fuera colegiado* al menos su presidente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales que garanticen un adecuado conocimiento de las materias que sean de su competencia». Esta previsión es criticable. Primero, porque no parece adecuarse a la literalidad de la propia Directiva de Recursos, cuyo art. 2.9 habla en plural de miembros de esta instancia independiente y prevé la existencia de un presidente. Segundo, porque la independencia y la competencia técnica que se requieren en un ámbito como el de la contratación se garantizan mucho mejor con la colegialidad que en soledad.

También debería exigirse que cuando tales tribunales se integren en otros órganos (como ocurre en Extremadura y en Castilla y León) deban constituirse como una sección propia y separada, para así evitar la confusión entre las funciones consultivas y las de control.

iv) Regulación del procedimiento. Se explicita expresamente la legitimación de las organizaciones sindicales, cuando de las actuaciones recurribles quepa deducir que en la ejecución del contrato el empresario incumplirá obligaciones sociales o laborales de los trabajadores, y de las organizaciones empresariales sectoriales representativas de los intereses afectados (art. 48). Los tribunales administrativos ya habían admitido la legitimación, en algunos casos, de tales organizaciones; de las primeras, cuando no se limitaban a invocar de forma genérica los intereses colectivos de los trabajadores, y de las

¹⁷. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, cit., pág. 49.

empresariales, cuando sus asociados podían concurrir a la licitación. No se dice nada de los colegios profesionales, pero se ha admitido su legitimación cuando el recurso se dirigía a la protección de los derechos e intereses de sus colegiados. El Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos (RPR), que tiene carácter básico en todos estos temas, prevé algún supuesto especial de legitimación, como es el de los miembros de las entidades locales que hayan votado en contra de los actos y acuerdos impugnados. Ha habido propuestas de introducir una acción pública, que acertadamente no se han asumido, ya que el efecto llamada que ello hubiera supuesto habría hecho perder al recurso su rapidez, eficacia y utilidad.

En cuanto al lugar de presentación del recurso, ahora se puede presentar no solo en el registro del Tribunal o en el del órgano de contratación, sino también en cualquiera de los lugares que prevé el art. 16.4 LPAC, pero en este último caso se debe comunicar de forma inmediata al Tribunal (art. 51.3).

Respecto de la interposición se suprime el anuncio previo, que había sido criticado y se había desvirtuado por tratarse de un vicio subsanable o, incluso, de un simple defecto que no impide proseguir el procedimiento y resolver sobre el fondo. Se establece la obligación de acompañar al escrito de interposición del recurso una dirección de correo habilitada para comunicaciones y notificaciones [art. 51.1e)].

Las medidas provisionales del actual art. 43 TRLCSP pasan ahora a denominarse medidas cautelares en el art. 49. La novedad principal que se introduce es la posibilidad de que el Tribunal pueda suspender el plazo de presentación de ofertas o proposiciones por los interesados, algo que antes no era posible.

Se prevé un plazo de resolución del recurso de dos meses contados desde el día siguiente a su interposición, transcurrido el cual el interesado podrá entender desestimado el recurso (art. 57.5). No estaba previsto en el TRLCSP, pero se incluyó en el RPR (art. 15).

Por último, en cuanto a las multas (art. 58), se incrementa su cuantía por temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares: antes su cuantía era de entre 1000 y 15 000 euros; ahora pueden llegar hasta los 30 000 euros, que se fijarán también en función de la mala fe apreciada o del perjuicio ocasionado. La imposición de sanciones por tales causas no vulnera el derecho de acceso a la justicia (que es de configuración legal y, además, no ampara la interposición abusiva de recursos) ni quiebra tampoco la garantía material del principio de legalidad (los de temeridad y mala fe son conceptos jurídicos indeterminados que permiten

una identificación suficiente de la conducta infractora), pero la Ley debería haber establecido expresamente la necesidad de un trámite de audiencia para su imposición y quizá una mayor determinación de la cuantía de las sanciones en función de su gravedad, sobre todo ahora que pueden ser más elevadas. Se prevé la actualización de la cuantía de las multas por orden ministerial, pero sin establecer, como hacen otras leyes, que de acuerdo con el índice de precios al consumo.

3.3

El nuevo reparto competencial entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil

i) La ampliación del control por la jurisdicción contencioso-administrativa. La LJCA dispone en su art. 2.b) que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con «los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas». El TRLCSP no se adecuaba a dicha previsión, ya que, como se recordará, sustraía a la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de las cuestiones litigiosas sobre la preparación y adjudicación de los contratos no armonizados celebrados por los entes del sector público que no tenían la condición de Administración Pública, cuyo conocimiento se atribuía a la jurisdicción civil (art. 21.2).

Ahora, de conformidad con aquella previsión de la LJCA, y siguiendo el dictamen del Consejo de Estado, el art. 27 de la nueva LCSP establece una delimitación competencial más clara y coherente entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la civil, de modo que la primera pasa a conocer de todas las cuestiones relativas a la preparación y adjudicación de todos los contratos celebrados por las entidades del sector público, al margen de que sean o no poder adjudicador o Administración Pública y al margen también de que los contratos estén sometidos o no a regulación armonizada. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo también pasa a conocer –lo que excede ya de la previsión del art. 2.b) LJCA– de determinados supuestos de modificaciones contractuales en los contratos privados de la Administración y de los poderes adjudicadores no Administración Pública, así como las modificaciones de los contratos subvencionados. Sin embargo, no se someten a su conocimiento todas las decisiones contractuales que se rigen por la LCSP (por ejemplo, la cesión, la subcontratación y la resolución de los contratos privados no armonizados de las

Administraciones Públicas o de los contratos, armonizados o no, de los poderes adjudicadores no Administración Pública), por lo que en estos casos la LCSP no ha tenido en cuenta, como en el caso de las modificaciones contractuales, el carácter o la naturaleza de las normas por las que se rige cada fase de la contratación.

Con arreglo al nuevo reparto que establece el art. 27 de la LCSP, corresponde al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa:

- De las decisiones contractuales de las Administraciones Públicas: las cuestiones derivadas de la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos (art. 27.1 LCSP); las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de sus contratos privados; las cuestiones que se susciten en relación con la modificación de los contratos privados previstos en el art. 25.1.a) 1.º y 2.º (servicios financieros, creación e interpretación artística y literaria, etc.), cuando tengan la condición de armonizados y la impugnación de la modificación se base en el incumplimiento de los arts. 204 y 205, por entender que el contrato debería haber sido objeto de una nueva adjudicación; las actuaciones en ejercicio de obligaciones y potestades administrativas que corresponden a la Administración concedente en relación con la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios; y los recursos interpuestos contra las resoluciones que dicten los órganos encargados de la resolución de los recursos administrativos especiales y ordinarios en la materia.
- De las decisiones contractuales de los poderes adjudicadores no Administración Pública: las cuestiones referidas a la preparación y adjudicación de sus contratos y las referidas a las modificaciones contractuales, cuando la impugnación se base en el incumplimiento de los arts. 204 y 205 de la Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.
- De las decisiones contractuales de las entidades del sector público no poder adjudicador: la preparación y adjudicación de sus contratos.
- También conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación, adjudicación y modificación de los contratos subvencionados.

ii) El control por la jurisdicción civil. Por último, al objeto de cerrar la exposición del sistema de control de los contratos del sector público, conviene señalar que, de conformidad con el art. 27.2 de la LCSP, corresponde al conocimiento de la jurisdicción civil la resolución de las controversias sobre: los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan

la consideración de poder adjudicador, sean o no Administración Pública, con excepción de las modificaciones contractuales referidas; los efectos y extinción de los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan el carácter de poder adjudicador; la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, salvo lo relativo al ejercicio de obligaciones y potestades administrativas que corresponden a la Administración concedente, de las que entenderá, como se ha visto, la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como se ve, la jurisdicción civil continuará siendo competente para aplicar la legislación de contratos del sector público, aunque en mucha menor medida que en la regulación anterior, ya que los efectos y extinción de los contratos privados de los poderes adjudicadores (Administración Pública o no) no se rigen en exclusiva por el derecho privado, sino que se les aplican algunas reglas de la LCSP, en concreto las relativas al cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral, condiciones especiales de ejecución, cesión y subcontratación, causas de resolución y condiciones de pago (arts. 26.2 y 3 y 319).

4

La preparación y la adjudicación de los contratos públicos

La regulación sobre la preparación y adjudicación de los contratos públicos es la parte más extensa y minuciosa de la Ley (y de las Directivas), al punto de que se trata, sobre todo, de una Ley sobre la preparación y adjudicación de los contratos públicos que por ello se dirige, sobre todo, a los funcionarios encargados de su aplicación.

La preparación y adjudicación se regula en el Libro II de la Ley, dedicado a los contratos de las Administraciones Públicas, en concreto en las secciones 1.^a y 2.^a del Capítulo I del Título I (arts. 115 a 187). Pero su ámbito de aplicación excede el de los contratos que celebran aquellas, pues parte de tales preceptos también se aplican a los contratos de los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración.

La preparación y adjudicación de los contratos de los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración se contempla en los arts. 317 y 318 de la LCSP (dentro del Título I del Libro III), que distinguen entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a tal regulación. Los contratos sujetos a regulación armonizada se rigen por las mismas normas que los contratos de la Administración (art. 317), mientras que en los no sujetos a armonización hay que distinguir: si se trata de contratos de obra, concesión de obras y concesión de

servicios con valor estimado inferior a 40 000 euros o contratos de servicios y suministros con valor inferior a 15 000 euros podrán adjudicarse directamente; los de cuantía superior (que no lleguen al umbral de los armonizados) se adjudicarán por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.^a del Capítulo I del Título I del Libro II (arts. 131 a 187), con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que solo cabe en los supuestos del art. 168. Como puede verse, no se dice nada acerca de la preparación.

En cuanto a los contratos de las entidades del sector público que no son poder adjudicador, el art. 321 LCSP establece las normas sobre su adjudicación (nada se dice tampoco de la preparación) y se remite a las instrucciones internas que aprueben sus órganos competentes, las cuales deberán garantizar, en todo caso, los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y adjudicación a la mejor oferta de conformidad con el art. 145. Tales normas deberán estar a disposición de todos los interesados en los procedimientos de adjudicación y en el perfil del contratante. En cualquier caso, tales instrucciones pueden no aplicarse en los dos supuestos que contempla el art. 321.2 LCSP.

Me centraré, a continuación, en las novedades más relevantes que incorpora la Ley respecto de la preparación de los contratos y su adjudicación.

4.1

La preparación del contrato

La preparación de los contratos de las Administraciones Públicas se regula en la Sección 1.^a del Capítulo I del Título I del Libro II de la LCSP (arts. 115 a 129), que contempla las consultas preliminares de mercado, el expediente de contratación y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas.

i) Entre las novedades relativas a la preparación de los contratos, la nueva LCSP introduce la posibilidad de que los órganos de contratación realicen estudios de mercado o formulen consultas a los operadores económicos, con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informarles acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Son las denominadas consultas preliminares de mercado (art. 115), que contempla el art. 40 de la Directiva 2014/24/UE y cuyo antecedente puede verse en el diálogo técnico que preveían diversos documentos comunitarios y la Directiva 2004/18/CE¹⁸.

18. Vid. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, «Las consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las compras públicas inteligentes», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 191, 2018, págs. 77 y ss.

Las consultas preliminares de mercado se configuran como un instrumento de planificación para conseguir una contratación pública más eficiente, íntegra y eficaz, aunque también entrañan un peligro para la libre competencia, tal y como destacó la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en su informe al Anteproyecto de Ley.

Las consultas preliminares son potestativas, normalmente tienen carácter previo al procedimiento, pues tratan precisamente de prepararlo, y el asesoramiento que con ellas se pretende puede provenir de expertos, autoridades independientes, de los propios operadores económicos, pero dicho asesoramiento no puede ni falsear la competencia ni contravenir los principios de no discriminación y transparencia. A tal efecto, el inicio de las consultas debe publicarse, de ellas no puede resultar un objeto contractual concreto y determinado que solo se ajuste a las características técnicas de uno de los operadores del mercado que haya participado, de su resultado debe realizarse un informe motivado (que forma parte del expediente de contratación) en el que deben constar los estudios realizados y sus actores, las entidades consultadas, y debe tener la misma publicidad que los pliegos, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación.

La participación en las consultas no impide la posterior concurrencia a la licitación, pero no puede suponer una ventaja para las empresas que han participado en ellas.

ii) La celebración de los contratos de las Administraciones Públicas –dice el art. 116– requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente¹⁹. El procedimiento de contratación constituye un procedimiento específico o singular de carácter competitivo, ya que articula los intereses en pugna por la adjudicación del contrato, está encaminado a reducir la discrecionalidad de la Administración (y en algunos casos hasta a agotarla), se estructura en torno a dos fases (una de admisión y otra de adjudicación) y, en fin, el acto con el que concluye –la adjudicación del contrato– reviste un doble carácter, favorable y desfavorable al mismo tiempo para distintos sujetos²⁰.

En la tramitación del procedimiento de contratación, la correcta identificación y justificación de las necesidades que la Administración busca con la celebración del contrato resulta esencial y, por eso, debe constar ya

19. El precepto debería hablar de procedimiento, por cuanto que es lo que se tramita, mientras que el expediente es el conjunto ordenado de documentos y actuaciones en que se materializa el procedimiento (art. 70 LPAC).

20. S. DIEZ SASTRE, «Los efectos de la invalidez...», cit., págs. 276 y 295.

en el inicio del expediente, según dispone el art. 28 de la propia LCSP. Se establece también que en el expediente se debe justificar adecuadamente la elección del procedimiento de licitación, la clasificación que se exija a los participantes, los criterios de solvencia, los criterios de adjudicación, el valor estimado del contrato, y, en su caso, la decisión de no dividir en lotes el contrato (art. 116.4).

La tramitación del procedimiento de contratación admite tres modalidades diferentes: ordinaria (arts. 116 y 117), urgente para los contratos cuya celebración responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por razones de interés público (art. 119) y de emergencia cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, ante situaciones de grave peligro o por necesidades que afecten a la defensa nacional (art. 120).

En la tramitación urgente se reducen a la mitad los plazos, salvo el de la presentación de proposiciones, y se suprime la posibilidad de resolver el contrato si el plazo de inicio de su ejecución supera el mes.

En el procedimiento de emergencia en realidad no se tramita expediente alguno, y el órgano de contratación podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, sin necesidad de sujetarse a los requisitos formales que establece la Ley, incluido el de la existencia de crédito suficiente.

iii) En el inicio del procedimiento de contratación, junto a la precisión de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato que se licita, adquiere una relevancia especial la redacción de los pliegos que, por ello, se considerarán los documentos esenciales del procedimiento y la clave de la contratación pública²¹. Su importancia y relevancia jurídica ha supuesto que se considere que «el pliego es la ley del contrato», aunque mayoritariamente se considera que no tienen naturaleza normativa²².

La nueva LCSP dedica a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas los arts. 121 a 130. En relación con ellos, se prevé que, tras la licitación, solo pueden modificarse si concurre error material, aritmético o de hecho, pues en otro caso procede la retroacción de actuaciones (arts. 122.1 y 124). En los pliegos de cláusulas administrativas

21. J. COLÁS TENAS, «Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas», en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGO CÓRCOLES, *Tratado de contratos del sector público*, cit., págs. 1405 y ss.

22. Sobre el origen de dicha expresión y su actual significado, M. Á. BERNAL BLAY, «Las “leyes del contrato” (los pliegos): contenido esencial y formas de control», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., págs. 957 y ss.

particulares, además de los contenidos tradicionales, debe figurar también la previsión de cesión del contrato y la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial aplicable. En los pliegos de prescripciones técnicas se definen los diversos tipos de prescripciones: prescripción o especificación técnica, norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común y referencia técnica (art. 125)²³.

4.2

Los procedimientos de selección

La regulación de los procedimientos de selección (o adjudicación) del contratista también presenta importantes novedades en la nueva LCSP²⁴. Se contemplan los seis procedimientos previstos ya en la Directiva 2014/24/UE: abierto, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad, diálogo competitivo y asociación para la innovación (arts. 156 a 182). La Directiva 2014/23/UE no establece ningún procedimiento de adjudicación de las concesiones, por lo que la LCSP somete a estas a los mismos procedimientos de adjudicación que a los contratos de obras, servicios y suministros.

La regla general es la adjudicación de los contratos de conformidad con el procedimiento abierto o con el restringido, que se configuran, por ello, como procedimientos generales u ordinarios (aunque el restringido debe seguirse necesariamente si se trata de contratos de servicios especiales), mientras que los demás son procedimientos especiales a los que solo cabe acudir si concurren los supuestos específicos que establecen las normas que los contemplan.

i) En el procedimiento abierto destaca la introducción de una modalidad simplificada (no prevista en las Directivas, pero sí en alguna ley autonómica), llamada a convertirse en el procedimiento habitual en los contratos de obras de un valor estimado inferior a los dos millones de euros, y en los contratos de servicios y suministros inferiores a 100 000 euros. Nace –dice el Preámbulo de la Ley– con la «vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación» (lo que no es muy realista) y con el objetivo de reconducir a él los supuestos que antes, por razón de la

23. Sobre el contenido y las formas de control de los pliegos en la nueva Ley, sobre lo que ahora no procede detenerse, *vid.* las dos obras citadas en las dos notas anteriores.

24. Para un estudio claro y sintético de tales procedimientos, *vid.* M.^a HERNANDO RYDINGS, «La nueva regulación de los procedimientos de adjudicación», en S. Díez Sastre (ed.), *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, A Coruña, iurisutilitas.es, 2018, págs. 117 y ss.

cuantía, se licitaban a través del procedimiento negociado sin publicidad. Se caracteriza por la simplificación de los trámites y la reducción de los plazos (que también se han reducido para el procedimiento abierto ordinario): la documentación se presenta en un solo sobre (salvo si la adjudicación depende de un juicio de valor), no se exige garantía provisional (aunque la no exigencia de dicha garantía es la regla en todos los procedimientos), la fiscalización del gasto se realiza en un solo momento, la mesa de contratación tiene una composición más reducida y en la misma sesión clasifica y evalúa las ofertas (salvo que se considere que puede ser anormalmente baja), comprueba los requisitos de capacidad y solvencia y propone la adjudicación del contrato. Se exige que los licitadores estén inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (regulado en los arts. 337 a 345).

También se contempla una versión abreviada o supersimplificada del procedimiento simplificado para contratos de obras con un valor estimado inferior a 80 000 euros y de servicios y suministros por debajo de los 35 000 (salvo los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual), en la que se exige a los licitadores de acreditar la solvencia, se reducen aún más los plazos de presentación de ofertas, solo se presenta un sobre o archivo electrónico, no se requiere la constitución de garantía definitiva y los criterios de adjudicación deben ser cuantificables mediante la aplicación automática de fórmulas.

ii) El procedimiento restringido también se configura como un procedimiento ordinario, aunque se debe seguir necesariamente cuando se trata de contratos de servicios especiales (previstos en el Anexo IV de la LCSP). La LCSP precisa que en este procedimiento está prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos, y que se trata de un procedimiento especialmente adecuado para los servicios intelectuales de especial complejidad, como es el caso de algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería (art. 160.3 y 4). No se prevén novedades relevantes en su nueva regulación, salvo las referidas precisiones y la reducción de los plazos en su tramitación.

iii) La Ley suprime el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía (demasiado utilizado en nuestro país hasta el momento), procedimiento que ahora solo se puede utilizar en los contratos típicos cuando concorra alguna de las circunstancias expresamente previstas en la Ley. El art. 168, que reproduce el art. 32 de la Directiva 2014/24/UE, dispone que los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación del anuncio de licitación únicamente cuando concurren una serie de circunstancias, que difieren según se trate de todos los contratos (ausencia de ofertas o

solicitudes en un procedimiento abierto o restringido previo, prestaciones que solo pueden encomendarse a un empresario determinado, contrato declarado secreto o reservado o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales) o de determinados contratos (obras, servicios, suministros).

iv) La Ley regula dentro de la misma subsección de los procedimientos con negociación (cuya ausencia determina la nulidad del procedimiento) un procedimiento que ahora denomina –quizá para destacar que se trata de un procedimiento radicalmente distinto– «de licitación con negociación» para los contratos de obras, servicios, suministros, concesiones de obras y concesiones de servicios en los que concurren las circunstancias del art. 167, que son las mismas que permiten al órgano de contratación acudir al diálogo competitivo, esto es, cuando la prestación sea objeto de un trabajo previo de diseño o adaptación por parte de los licitadores, cuando incluya un proyecto o soluciones innovadoras, cuando el contrato no se pueda adjudicar sin negociaciones previas como consecuencia de la naturaleza, complejidad o configuración de la prestación, cuando el órgano de contratación no puede establecer con la suficiente precisión especificaciones técnicas, cuando en los procedimientos abiertos o restringidos solo se hubieran presentado ofertas irregulares o inaceptables o bien cuando se trate de servicios sociales personalísimos.

v) La regulación del procedimiento de diálogo competitivo (arts. 172 a 176) también ha sido objeto de pocos cambios, aunque se ve afectada por la supresión del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, el cual se adjudicaba a través de este procedimiento. Como se acaba de señalar, los supuestos en los que procede dicho procedimiento se amplían para hacerlos coincidir con los del procedimiento de licitación con negociación, del que no siempre es fácil deslindarlo. Ahora se regula con mayor detalle la posibilidad de establecer en el documento descriptivo primas y compensaciones, al objeto de fomentar la participación de las empresas que puedan ofrecer soluciones más apropiadas e innovadoras.

vi) Otra importante novedad, junto a la configuración del procedimiento abierto simplificado, es la introducción del denominado procedimiento de asociación para la innovación, «que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes» (art. 177.1). Se trata de un procedimiento complejo en el que, como precisa el Preámbulo de la Ley, se distinguen varias fases: selección de los candidatos, negociación con los licitadores elegidos, asociación con los socios y adquisición del producto resultante.

En las asociaciones para la innovación, cualquier empresario podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación y, tras la pertinente invitación a participar por parte del órgano de contratación, presentar proyectos de investigación e innovación destinados a responder a las necesidades señaladas. Solo los empresarios a los que invite el órgano de contratación podrán presentar proyectos de investigación e innovación (art. 178).

Concluida la selección, el órgano de contratación invitará a los seleccionados a presentar sus proyectos de investigación e innovación y negociará con los candidatos las ofertas iniciales y las ulteriores, a excepción de la definitiva. No se pueden negociar ni requisitos mínimos ni criterios de adjudicación. Las negociaciones se pueden desarrollar en fases sucesivas para reducir el número de ofertas que haya que negociar (art. 179).

El art. 180 precisa que la asociación para la innovación (tercera fase de las que menciona el Preámbulo) se estructura en fases sucesivas siguiendo la secuencia de las etapas del proceso de investigación e innovación. La asociación para la innovación fijará objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y proveerá el pago de la retribución y, sobre la base de tales objetivos, el órgano de contratación podrá decidir, al final de cada fase, resolver la asociación o reducir el número de socios, si hay varios, mediante la resolución de los contratos individuales.

Finalizadas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación analizará si los resultados alcanzan los niveles de rendimiento y costes acordados, y resolverá lo procedente sobre la adquisición de las obras, servicios o suministros resultantes (art. 181).

4.3

Los criterios de adjudicación

La nueva LCSP establece como regla general que la adjudicación de los contratos se realice utilizando una pluralidad de criterios en base a la mejor relación calidad-precio, que se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos, los cuales pueden incluir aspectos medioambientales o sociales (arts. 131.2 y 145.1 y 2). Tales criterios se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo, deben figurar en el anuncio de licitación y estar vinculados al objeto del contrato, han de ser formulados de forma objetiva y de conformidad con los principios de igualdad, transparencia y proporcionalidad y de modo que garanticen la evaluación de las ofertas en condiciones de competencia efectiva, y no confe-

rirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada (art. 145.5). Cuando se utilice una pluralidad de criterios, en su determinación se debe dar preponderancia, de ser posible, a aquellos que resulten de aplicación automática y, por tanto, objetiva (art. 146).

Cabe, no obstante, previa justificación en el expediente, la utilización de un solo criterio de adjudicación, pero tiene que estar relacionado con los costes, por lo que no se pueden utilizar solo criterios cualitativos. Ahora bien, el único criterio económico ya no tiene que ser necesariamente el precio, como antes, sino que también puede basarse en la rentabilidad, como es el caso del coste del ciclo de vida, que incluye la totalidad o parte de los costes de adquisición, utilización, mantenimiento, recogida y reciclado, etc. (art. 148 LCSP). En algunos supuestos, en cualquier caso, es preceptiva la utilización de más de un criterio de adjudicación (art. 145.3).

Se contempla también la posibilidad de que los pliegos incluyan criterios de desempate entre las ofertas presentadas, los cuales también han de estar vinculados al objeto del contrato y se han de referir a aspectos sociales (art. 147).

5

Efectos, cumplimiento y extinción

Los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos se encuentran regulados en la Sección 3.^a del Capítulo I del Título I del Libro II (arts. 188 a 217). Dicha Sección se refiere únicamente a los *contratos administrativos*, pero otros preceptos de la LCSP declaran aplicable parte de su contenido a otros tipos de contratos públicos. También hay previsiones específicas sobre esta fase de la contratación al hilo de cada tipo de contrato administrativo típico (obras, concesiones, etc.). Pero, como digo, la regulación de esta fase de la contratación que contiene la LCSP no solo se aplica a los contratos administrativos. Veámoslo.

Los efectos y extinción de los contratos administrativos, sean armonizados o no, se rigen en su totalidad por la LCSP, aunque a los contratos administrativos especiales les resultan de aplicación en primer lugar, si las hay, sus normas específicas (art. 25.2).

En el caso de los contratos privados de las Administraciones hay que distinguir los armonizados de los no armonizados. Los primeros se rigen, según dispone el art. 26.2.2.º de la LCSP, por el derecho privado, salvo en lo relativo a las condiciones especiales de ejecución (202), modificación (203 a 207), cesión y subcontratación (214 a 217) y resolución (208 a 213), que

se registrarán por la LCSP. Pero también les resultan de aplicación, aunque no lo cite el art. 26.2.2.º, las previsiones sobre el control de las obligaciones en materia medioambiental, social y laboral (art. 201), racionalización técnica de la contratación (arts. 218-222) y condiciones de pago (arts. 198.4, 201.4 y 243.1), pues así se infiere del supuesto de hecho de tales normas. Cuando no estén sujetos a regulación armonizada, los contratos privados de la Administración se rigen por las normas de derecho privado (art. 26.2.2.º).

Los efectos y extinción de los contratos de los poderes adjudicadores se rigen por el derecho privado, salvo las previsiones de la LCSP relativas a obligaciones en materia medioambiental, social y laboral (art. 201), condiciones especiales de ejecución (202), supuestos de modificación del contrato (203 a 205), cesión y subcontratación (214 a 217), racionalización técnica de la contratación (arts. 218-222), condiciones de pago (arts. 198.4, 210.4 y 243.1) y resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no quepa una modificación legal de conformidad con los arts. 204 y 205 (arts. 26.3.2.º y 319.1 y 2).

Por último, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados por los entes del sector público que no son poder adjudicador se rigen en su totalidad por el derecho privado (arts. 26.4.2.º y 322 LCSP).

Las novedades de la nueva LCSP en esta fase afectan prácticamente a todos sus aspectos: a las prerrogativas de la Administración (arts. 190-191), al incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso (art. 192), al régimen de pagos (art. 198), al control del cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral (art. 201), a las condiciones especiales de ejecución (art. 202), a la modificación de los contratos (arts. 203 a 207), a la cesión y subcontratación (arts. 214 a 217) y, por último, a la suspensión y extinción de los contratos (arts. 208 a 213).

5.1

Las prerrogativas de la Administración y el responsable del contrato

i) El art. 190 LCSP se ocupa de las prerrogativas de la Administración respecto de los *contratos administrativos*. Ese precepto no se aplica a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, lo que no quiere decir que algunas de las potestades que contempla no estén atribuidas también a los poderes adjudicadores que no son Administración (por ejemplo, el *ius variandi* en algunos supuestos). Las prerrogativas que ostenta el órgano de contratación respecto de los contratos administrativos son estas:

- Interpretarlos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.

- Modificarlos por razones de interés público.
- Suspender la ejecución del contrato.
- Declarar la responsabilidad del contratista a resultas de la ejecución del contrato.
- Acordar la resolución del contrato y determinar imperativamente sus efectos.

El apartado 2 del art. 190 también incluye la facultad (en rigor, potestad) de inspeccionar las actividades desarrolladas por el contratista durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la propia Ley respecto de cada tipo de contrato. Esta última prerrogativa –precisa el propio art. 190– no implica la facultad general del órgano de contratación de inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones del contrato. En este caso se debe justificar de forma expresa y detallada en el expediente.

Entre las prerrogativas de la Administración también se incluyen, aunque seguramente se pueden entender comprendidos en la enumeración anterior, los poderes de dirección y control (arts. 238.1 para el contrato de obras, 261 para la concesión de obras, 287 para la concesión de servicios, 303 para el contrato de suministros), así como la imposición de las penalidades que procedan por el incumplimiento parcial o defectuoso del contrato (art. 192) y por demora en la ejecución (art. 193). También es una prerrogativa de la Administración la declaración de la nulidad del contrato, aunque tampoco figura en el elenco del art. 190.

ii) El art. 191 regula el procedimiento para el ejercicio de las referidas potestades de la Administración. Los trámites esenciales que deben concurrir en cualquier procedimiento en el que se ejerzan tales potestades son los siguientes: audiencia al contratista; informe del servicio jurídico correspondiente, salvo en el caso de constitución, reposición y reajuste de garantías (art. 109) y resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución (art. 195)²⁵; y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución de los contratos cuando haya oposición del contratista, y modificaciones de los contratos cuando no

25. Pero esta previsión solo es aplicable a la Administración General del Estado y a los organismos de ella dependientes, según precisa el propio art. 191.2, que no tiene carácter básico según la disposición final primera.3. Ahora bien, el art. 114.3 TRRL (cuyo carácter básico no aclara el propio texto refundido) requiere informe de la Secretaría y de la Intervención. En el caso de los municipios de gran población el informe de la Secretaría lo realiza la Asesoría Jurídica.

estén previstas en el PCAP y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 % del precio inicial del contrato (IVA excluido), y su precio sea igual o superior a 6 000 000 de euros. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación en ejercicio de tales potestades ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos. A tales procedimientos se les aplica de forma supletoria la LPAC y, salvo previsión en contrario, en los iniciados a instancia de parte el silencio de la Administración ha de considerarse negativo (disposición final cuarta LCSP).

iii) En el ejercicio de algunas de tales potestades hay que tener en cuenta la nueva figura del responsable del contrato, cuya función es supervisar la ejecución del contrato y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada (art. 62). Además, el responsable también formula al órgano de contratación la propuesta de imposición de penalidades por incumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso o demora en la ejecución del contrato (art. 194.2) y emite un informe acerca de si el retraso en el cumplimiento es o no imputable al contratista a efectos de resolver el contrato (art. 195.2).

Se trata de una figura distinta e independiente de la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato que figure en los pliegos. El responsable del contrato puede ser una persona física o jurídica, y estar vinculada a la entidad contratante o ser ajena a él (debería decir a ella, a la entidad). En el contrato de obras, las facultades las ejercerá el director facultativo (arts. 237 a 246). En los contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general para obtener y verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra. Sustituye, por tanto, al responsable del contrato.

Su creación es preceptiva: «los órganos de contratación deberán designar...», dice el art. 62. Y ello a pesar de que el art. 194.2 hable de «si se hubiese designado». Pero el art. 62 no aclara qué entidades de las previstas en art. 3 de la Ley deben designar a un responsable del contrato: no está claro si todas las entidades del sector público, solo los poderes adjudicadores o solo las Administraciones Públicas. Se podría sostener que, como se trata de una figura encargada de supervisar la ejecución del contrato, habría que estar a las normas generales sobre el régimen jurídico aplicable a la ejecución de los distintos tipos de contratos. De modo que, de lo previsto en los arts. 25 y 26 (y del Libro III), se inferiría que es solo una figura prevista para las Administraciones Públicas cuando celebren contratos administrativos. Pero su ubicación sistemática dentro del Libro I sobre la configuración general de la contrata-

ción pública, la circunstancia de que se prevé entre las partes del contrato y el hecho de que el propio art. 62.1 hable de entidad contratante constituye, en mi opinión, un argumento concluyente a favor de que es una figura que deben nombrar todas las entidades del sector público.

5.2

Obligaciones medioambientales, sociales y laborales y condiciones especiales de ejecución

Como ya vimos, en lo que a los fines se refiere, la nueva LCSP introduce un cambio estratégico fundamental, pues los contratos ya no constituyen únicamente un medio para proveer de bienes y servicios a los poderes adjudicadores, sino también un instrumento para implantar determinadas políticas públicas. Por eso la Ley exige la introducción transversal de cláusulas sociales, laborales y medioambientales que guarden relación con el objeto del contrato, las cuales se pueden establecer como criterios de solvencia, como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución (arts. 1 y 122.2, relativo al contenido de los PCAP). De conformidad con ello, la Ley se ocupa tanto del cumplimiento por parte del contratista de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral como de las condiciones especiales de ejecución.

i) Respecto de las primeras, los órganos de contratación deben tomar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de los contratos, los contratistas cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral previstas en el ordenamiento jurídico y, en particular, las establecidas en el anexo V de la Ley, que establece el listado de convenios internacionales en el ámbito social y medioambiental (art. 201.1.º). Son, pues, obligaciones legales ajenas a la contratación, pero cuyo cumplimiento por el contratista debe ahora vigilar, controlar y, en su caso, «sancionar» la Administración contratante.

Los pliegos de cláusulas administrativas y el contrato deben, por ello, incluir la obligación del contratista de cumplir el convenio colectivo sectorial durante la ejecución del contrato (art. 122.2). El incumplimiento de tales obligaciones y el incumplimiento o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de penalidades si así se prevé en los pliegos (arts. 201.3.º y 192).

ii) En cuanto a las condiciones especiales de ejecución, el art. 1.3 LCSP dispone ya que en toda contratación se *incorporarán* de manera transversal

y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato. Por su parte, el art. 202.1 dispone que los órganos de contratación *podrán* establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas a su objeto, no sean discriminatorias, resulten compatibles con el derecho de la Unión Europea y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos (son, por tanto, obligaciones contractuales). Pero ese mismo apartado dispone que será *obligatorio* el establecimiento en el PCAP de *al menos una* de las condiciones especiales de ejecución que ahí se enumeran. Tales condiciones consisten en imponer al adjudicatario de un contrato que lo ejecute con unos requisitos sociales, ambientales o de otro tipo que tratan de ejecutar una determinada política pública. Las condiciones pueden ser de tipo social, medioambiental, ético, relacionadas con la innovación, etc. El apartado 2 del art. 202 enumera, a título indicativo, una larga lista de las condiciones que se pueden incorporar en el PCAP.

Los pliegos pueden establecer penalidades para el caso de incumplimiento de tales condiciones, atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos de la resolución del contrato o considerar su incumplimiento como infracción grave a los efectos de imponer una prohibición de contratar. Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán igualmente exigibles a todos los subcontratistas que participen en su ejecución (art. 202.4).

5.3

Incumplimiento, demora y responsabilidad del contratista

i) Los pliegos pueden prever penalidades en caso de incumplimiento deficiente o incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hayan establecido en los pliegos. Dichas penalidades han de ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y cada una de ellas puede alcanzar una cuantía del 10 % del precio del contrato (IVA excluido), pero en total no pueden superar el 50 % de su precio (art. 192.1).

En caso de incumplimiento parcial imputable al contratista, la Administración puede optar entre la resolución del contrato o la imposición de las penalidades previstas en los pliegos (art. 192.2).

ii) La demora en la ejecución no precisa intimación previa de la Administración. En caso de demora cabe, según las circunstancias del caso, la resolución del contrato o la imposición de penalidades diarias de 0,60

euros por cada 1000 euros del precio del contrato (lo que las asemeja a las multas coercitivas), pero se pueden prever en los pliegos penalidades distintas. Cada vez que las penalidades por demora alcancen el 5 % del precio del contrato, el órgano de contratación está facultado para resolver el contrato o continuar su ejecución con nuevas penalidades (art. 193). En la resolución por demora se exige audiencia del contratista y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente si hay oposición del contratista (art. 195). No es preciso informe del servicio jurídico correspondiente (art. 191.2).

iii) En los supuestos anteriores, si no hay penalidades previstas en los pliegos o las previstas resultan insuficientes para hacer frente a los daños causados, la Administración exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios que proceda (art. 194).

En cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios que se causen a terceros, siguen los problemas tradicionales acerca de la responsabilidad del contratista y el cauce para hacerla valer (art. 196). Pero hay una novedad relevante respecto del alcance de la responsabilidad de la Administración. El art. 214.2 del TRLCSP disponía que «la Administración también será responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto *elaborado por ella misma* en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación»²⁶. Ahora, sin embargo, la nueva LCSP establece que la Administración también responde cuando el proyecto haya sido redactado por un tercero, sin perjuicio de su derecho de repetición: «También será la Administración responsable de los daños que se causen a tercero como consecuencia de los vicios del proyecto de obras, sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el redactor del proyecto de acuerdo con lo establecido en el artículo 315, en el contrato de suministro de fabricación».

5.4

La modificación de los contratos

i) El régimen de modificación de los contratos ha sido objeto de profundas novedades, en una manifestación más de *legislación pendular* que caracteriza

²⁶. El art. 32.9 de la LRJSP también dispone que las Administraciones Públicas responden «por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de los contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los *vicios del proyecto elaborado por ella misma*».

a la nueva LCSP. Como es sabido, antes de la Ley de Economía Sostenible de 2011 si el contratista no se oponía no había límite a la modificación del contrato. Tras dicha Ley, la modificación es una potestad reglada y excepcional, que no solo protege al contratista, sino que también trata de garantizar los principios que inspiran la contratación. La referida regulación, que era muy estricta, fue fruto de la urgencia provocada por el procedimiento de infracción que incoó la Comisión contra España. Pasamos así de un extremo a otro.

Las Directivas 23 y 24, de 26 de febrero de 2014, se ocupan por primera vez de los límites de las modificaciones de los contratos para garantizar la libre concurrencia y el principio de no discriminación. Tales normas permiten modificados que no superen el umbral del 50 % del primitivo contrato considerado aisladamente, por lo que introducen un régimen más flexible que el que estableció la Ley de Economía Sostenible y que el que ahora contempla la nueva LCSP, cuya regulación es más flexible que el TRLCSP de 2011, pero más rígida que la que establecen las Directivas (los límites de la nueva LCSP son más severos que los de las Directivas y su ámbito de aplicación mayor), lo que ha sido criticado, porque en nada va a beneficiar al interés público ni al principio de buena administración en el manejo de los fondos públicos, y tampoco parece que vaya a servir para luchar contra la corrupción y la libre competencia. La modificación se ve con recelo por nuestro legislador, como un elemento sospechoso que afecta a la libre competencia y puede ser cauce de corrupción²⁷. La trasposición de las Directivas también ha supuesto la recepción de conceptos jurídicos indeterminados de origen europeo (incluso en contratos que no lo requieren), de modo que su interpretación última corresponderá al TJUE.

Desde el punto de vista sistemático, la regulación no se contiene, como antes, en el Libro I relativo a los elementos estructurales de los contratos, sino en el Libro II relativo a los contratos administrativos, pero, como vamos a ver, no solo se aplica a ellos. Se vuelve a un sistema dual, pues se distingue entre modificaciones previstas en los pliegos y modificaciones no previstas (art. 203.2). En los demás casos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase de forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de un nuevo contrato bajo las condiciones pertinentes, sin perjuicio de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.

La LCSP mantiene, como es lógico, la regla básica que obliga a la Administración contratante a restablecer la ecuación financiera del contrato cuando

27. J. M.^a BAÑO LEÓN, «El “modificado” de los contratos», en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, cit., págs. 1345 y ss.

esta haya resultado alterada como consecuencia de las modificaciones impuestas compensando al contratista (art. 242 para el contrato de obras, art. 270 para la concesión de obras, art. 290 para el contrato de concesión de servicios).

ii) **Ámbito de aplicación.** El art. 203 excluye de la regulación de la modificación de los contratos una serie de supuestos que, en rigor, también constituyen una modificación contractual, aunque no de su objeto. En concreto la sucesión de la persona del contratista (art. 144), la cesión del contrato (art. 214), la revisión de precios (arts. 103 a 105) y la ampliación del plazo de ejecución (art. 195).

La regulación sobre los modificados prevista en la LCSP no solo se aplica a los contratos administrativos, sino que algunos de sus preceptos también resultan de aplicación a los contratos privados de la Administración y a los contratos que celebran los poderes adjudicadores que no tienen la condición de Administración. Las modificaciones de los contratos celebrados por los entes del sector público que no tienen la condición de poder adjudicador se rigen por el derecho privado.

Pero los preceptos de la Ley que resultan aplicables a los poderes adjudicadores difieren en función de si se tiene o no la condición de Administración Pública y, en el caso de esta, de si el contrato es armonizado o no.

En el caso de las Administraciones Públicas, de conformidad con los arts. 25 y 26.2 de la LCSP, a los contratos administrativos típicos les resultan de aplicación los arts. 203 a 207 y las reglas especiales de cada tipo contractual (arts. 242, 270, etc.); a los contratos administrativos especiales sus normas específicas y los arts. 203 a 207; a los contratos privados armonizados los arts. 203 a 207; y a los contratos privados no armonizados el art. 204, que habla de contratos de las Administraciones Públicas.

En el caso de los poderes adjudicadores no Administración Pública (art. 26.3 y 319), tanto los contratos armonizados como los no armonizados que celebran se rigen, en lo que a las modificaciones se refiere, por los arts. 203 a 205 y por el derecho privado.

Como puede verse, la modificación de los contratos privados no armonizados de la Administración parece regirse en menor medida por la LCSP (solo se les aplicaría el art. 204) que los no armonizados de los poderes adjudicadores que no son Administración, lo que carece de sentido. Algún autor considera que a los poderes adjudicadores no Administración Pública únicamente se les aplican los apartados de tales preceptos que hablan de contratos administrativos, de modo que no resultarían de aplicación ni el art. 203.1 ni el art. 204.1²⁸. Pero esto no se puede compartir porque el art. 319.1, relativo

28. X. CODINA GARCÍA-ANDRADE, «La modificación objetiva de los contratos del sector público en la nueva LCSP», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 153, 2018, pág. 125.

al régimen de ejecución de los contratos de los poderes adjudicadores no Administración, se remite en bloque a los arts. 203 a 205 en lo que se refiere a los supuestos de modificación (por eso no sería aplicable el art. 207.3 al que se remite el art. 203.3), sin distinguir entre sus diversos apartados. De hecho, cuando el art. 319.1 solo ha querido remitirse a parte de un precepto lo ha señalado explícitamente, como puede verse, por ejemplo, con las remisiones a las condiciones de pago.

iii) Modificaciones previstas en los pliegos (art. 204). La LCSP habilita a los poderes adjudicadores para que modifiquen los contratos cuando así esté expresamente previsto en los pliegos, los cuales deben respetar una serie de límites (cuantitativos y cualitativos) y cumplir determinados requisitos.

El primero es de tipo cuantitativo, pues la LCSP limita la cuantía de las modificaciones previstas expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares al 20 % del precio inicial del contrato. El TRLCSP no preveía límite alguno. Y las Directivas permiten hasta el 50 % por cada modificación. Pero la normativa española no aprovecha ese margen de flexibilidad, a diferencia de lo que han hecho otros países de nuestro entorno. Aunque no se precisa, cabe entender que la modificación puede suponer un incremento del precio o una disminución. Cabe la posibilidad de que se prevea una modificación en los pliegos de hasta el 20 % y luego se lleven a cabo otras modificaciones, por causas no previstas en los pliegos, de hasta el 50 %, en aplicación del propio art. 205.

También se establece como límite sustancial la prohibición de incluir cláusulas de modificación que puedan alterar la *naturaleza global* del contrato inicial. Se incorporan las previsiones del Considerando 109 de la Directiva 2014/24, de modo que se considera que se altera la naturaleza global del contrato si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato, mientras que se considera que no se altera cuando se sustituya alguna unidad de obra, suministro o servicio puntual.

En cuanto a la forma, la cláusula de modificación debe estar formulada en los pliegos de forma «clara, precisa e inequívoca». También se exige que la formulación y el contenido de la cláusula de modificación permitan a los candidatos y licitadores comprender su exacto alcance e interpretarla de la misma forma, y al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los licitadores de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente sus ofertas.

Respecto del contenido, la cláusula de modificación debe precisar con detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza, las condiciones en que podrá hacerse uso de ella por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva, el procedimiento que haya de seguirse

para realizar la modificación (que deberá respetar los aspectos procedimentales que ya prevé la propia LCSP en el art. 191) y que la modificación no podrá suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

iv) Modificaciones no previstas (art. 205). Fuera de los supuestos previstos de ese modo en los pliegos, la modificación del contrato solo será posible cuando, además de que concurren razones de interés público para modificarlo (art. 203.1), se cumplan estos dos requisitos (que siguen muy de cerca los previstos en las Directivas): que concorra alguno de los tres supuestos que contempla la Ley (prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales) y que la modificación se limite a introducir variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria (test de proporcionalidad).

Este nuevo sistema permite modificaciones sustanciales del contrato (las dos primeras) y a cambio se establecen mecanismos de transparencia (publicidad) y control (recurso especial en determinados supuestos), además de generalizar la posibilidad de que el contratista se oponga a una modificación superior al 20 % del contrato. Los tres supuestos son los siguientes:

– Modificaciones por *prestaciones adicionales*. Cabe la modificación cuando resulte necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre que se den los siguientes requisitos: que no sea posible el cambio de contratista por razones de tipo económico o técnico (por ejemplo, que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a las inicialmente pactadas, cuando tales diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o mantenimiento que resulten desproporcionadas) o que dicho cambio generara *inconvenientes significativos* o un *aumento sustancial* de costes; y que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas de conformidad con el propio art. 205, del 50 % de su precio inicial (IVA excluido). No se prevé el límite de que no se altere la *naturaleza global* del contrato. Pero se ha sostenido que está implícito en una interpretación sistemática y finalista de la norma. Desaparece la figura de los contratos complementarios, por lo que toda prestación complementaria deberá reconducirse a las prestaciones adicionales.

– Modificaciones por *circunstancias sobrevenidas e imprevisibles*. Procede la modificación en este caso cuando la necesidad de la misma se derive de circunstancias sobrevenidas y fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación, siempre y cuando se cumplan es-

tas tres condiciones: aparición de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever (el Considerando 109 de la Directiva 2014/24 establece criterios para medir el grado de diligencia –medios a su disposición, naturaleza y características del proyecto, buenas prácticas en el ámbito de que se trate, etc.–); que la modificación no altere la naturaleza global de contrato; y que la modificación no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme al propio art. 205, del 50 % del precio inicial del contrato (IVA excluido). Como puede verse, esta regulación de las circunstancias imprevisibles es mucho más restrictiva que la que resultaba de la legislación precedente, en particular la relativa a las concesiones de servicio público (arts. 282 TRLCSP 2011 y 127 RSCL).

– *Modificaciones no sustanciales.* La Ley también permite modificaciones que no sean sustanciales siempre que se justifique su necesidad y se indiquen las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial. La Ley define por exclusión las modificaciones no sustanciales, pues lo que hace es definir lo que se entiende por modificación sustancial. Una modificación se considera sustancial y, por tanto, no procede cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En todo caso, también se considera que una modificación es sustancial cuando concorra alguna de estas circunstancias (art. 72.4 Directiva 2014/24): que introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos o la aceptación de una oferta diferente o la concurrencia de más participantes en el procedimiento de contratación (juicio prospectivo); que altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera no prevista en el contrato inicial; que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato, lo que tiene lugar cuando el valor de la modificación suponga una alteración de su cuantía, aislada o conjuntamente, en más de un 15 % del precio inicial (IVA excluido) si se trata de un contrato de obras, o un 10 % en el resto de contratos; cuando supere el umbral para considerarlo armonizado; o cuando las obras, servicios o suministros objeto de modificación se encuentren dentro del ámbito de otro contrato.

v) *Obligatoriedad y resolución.* Hay que distinguir entre las modificaciones previstas en los pliegos y las no previstas. Las modificaciones acordadas por el órgano de contratación que estén previstas en los pliegos son obligatorias para el contratista. Según el art. 206 (que no se aplica a poderes adjudicadores no Administración Pública), las modificaciones no previstas

en los pliegos acordadas por el órgano de contratación también serán obligatorias para el contratista cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 % del precio inicial del contrato (IVA excluido). Por lo tanto, se mantiene la vieja regla según la cual las modificaciones solo son obligatorias para el contratista cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración de su cuantía que no exceda del 20 % del precio inicial de contrato.

Cuando la modificación no resulte obligatoria para el contratista, porque supera ese porcentaje, solo podrá acordarse previa su conformidad por escrito. Si el contratista no está conforme, procederá la resolución del contrato de conformidad con lo establecido en el art. 211.1.g) LCSP. En este caso, tendrá derecho a una indemnización del 3 % del importe de la prestación dejada de realizar. Por tanto, de conformidad con los arts. 203.2, 206, 211.g) y 212, el contrato se resolverá: con carácter obligatorio, cuando sea necesario modificar el contrato, pero no concorra ninguna de las causas de los arts. 204 y 205 (art. 203.2); con carácter potestativo para Administración y contratista, cuando las modificaciones en que concurren las circunstancias del art. 205 impliquen, conjunta o aisladamente, una alteración del precio superior al 20 % del precio inicial del contrato. En el caso de los contratos de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública no hay una previsión similar a la del art. 206. El art. 319.2 dispone que será en todo caso causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato de conformidad con los arts. 204 y 205. Los efectos se rigen por el derecho privado.

vi) Procedimiento. Para proceder a la modificación de un contrato, es preciso iniciar siempre un procedimiento administrativo donde se respeten los trámites esenciales que prevé el art. 191 para el ejercicio de las prerrogativas de la Administración. Y ello tanto si es una modificación prevista en los pliegos como si no lo es (art. 207.4). Por tanto, la Administración debe instruir un expediente en el que ha de darse audiencia al contratista, recabar los informes que contempla el art. 191, solicitar dictamen del órgano consultivo correspondiente en algunos supuestos, etc.

Salvo para el contrato de obras (en que se prevé un plazo de 8 meses: art. 242.5), la Ley no establece un plazo para la resolución del procedimiento de modificación del contrato, por lo que se aplicaría el plazo supletorio —y seguramente insuficiente— de 3 meses previsto en la legislación de procedimiento administrativo común.

Los poderes adjudicadores no Administración Pública, cuando realicen modificaciones no previstas en los pliegos y su importe sea igual o superior

a 6 000 000 de euros y la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, sea superior al 20 % del precio inicial del contrato, necesitan autorización previa del Departamento ministerial u órgano de la Administración autonómica o local al que esté adscrita o corresponda la tutela, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma (art. 319.1).

vii) Forma y publicidad. Las modificaciones del contrato deben formalizarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 153 y publicarse de acuerdo con los arts. 207 y 63. En la medida en que el art. 203 resulta aplicable también a poderes adjudicadores, y en lo que a la publicidad se refiere, se remite a lo dispuesto en el art. 207.3; podría entenderse que los requisitos de publicidad del art. 207.3 también se aplican a los poderes adjudicadores, pero parece desmentirlo el art. 319, que solo considera aplicables los arts. 203 a 205 en lo que se refiere a «supuestos de modificación del contrato», y el art. 203.3 se refiere a formalización y publicidad. Por tanto, el art. 207 solo se aplicaría a los contratos administrativos y a los contratos privados armonizados de la Administración (art. 26.2.2.º).

Todas las modificaciones adoptadas, estén o no previstas en los pliegos, se tienen que publicar en el perfil del contratante. La publicación debe producirse en el plazo de 5 días desde la aprobación de la modificación, y se deben incluir las alegaciones del contratista y todos los informes emitidos con carácter previo a su aprobación (art. 207.3.2.º). Las modificaciones de los contratos sujetos a regulación armonizada, salvo en el caso de los contratos de servicios y de concesión de servicios del Anexo IV, realizadas por necesidad de prestaciones adicionales o por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles se tienen que publicar también en el DOUE. El contenido de dicho anuncio es el establecido en el Anexo III (disposición adicional quinta).

Las modificaciones contractuales previstas en los pliegos se acordarán en la forma en que en ellos se hubiera especificado, pero debe respetarse lo dispuesto en el art. 191. Las no previstas deben seguir el procedimiento que prevé el art. 191 y, además, debe darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas si se hubieran preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación, para que en un plazo no inferior a 3 días formule las consideraciones que tenga por conveniente.

viii) Control. Las Directivas comunitarias sujetan a control jurisdiccional las modificaciones de los contratos, al objeto de garantizar en todo caso la tutela judicial efectiva de los competidores que entiendan que la novación contractual se ha realizado en fraude de las normas imperativas de las propias Directivas. De conformidad con ello, la LCSP amplía el objeto

del recurso especial e incluye en su ámbito de aplicación las modificaciones basadas en el incumplimiento de los arts. 204 y 205, porque la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, pero solo respecto de determinados contratos por encima de unos umbrales más bajos que los previstos para los contratos sujetos a regulación armonizada.

Como consecuencia de ello, el control de las modificaciones depende del tipo de contrato, de su cuantía y de las causas de impugnación que esgrima el recurrente [arts. 44.1 y 2.d) y 27.1.1.a) LCSP].

– Contratos administrativos típicos y especiales. Cuando la modificación se impugne por vulneración de los arts. 204 y 205 y se trate de un contrato típico que supera los umbrales necesarios para el recurso especial (3 millones obras y concesiones y 100 000 servicios y suministros) o de un contrato especial que no tiene precio de licitación o cuyo valor sea superior a 100 000 euros procede: recurso especial y control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se esgrimen otras causas o se trata de contratos de cuantía inferior: recurso administrativo y control por la jurisdicción contencioso-administrativa.

– Contratos privados de la Administración. Cuando la modificación se impugne por vulneración de los arts. 204 y 205 y se trate de un contrato de servicios armonizado: recurso especial y control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se esgrimen otras causas o se trata de contratos de cuantía inferior: jurisdicción civil.

– Contratos de los poderes adjudicadores no Administración. Cuando la modificación se impugne por vulneración de los arts. 204 y 205 y se trate de un contrato típico que supera los umbrales necesarios para el recurso especial (3 millones en obras y concesiones y 100 000 en servicios y suministros): recurso especial y control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se esgrimen tales causas, pero el contrato es de cuantía inferior: recursos administrativos y control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Si se esgrimen otras causas distintas y se trata de contratos de cuantía inferior a la necesaria para el recurso especial: control por la jurisdicción civil. El recurso especial contra las modificaciones no suspende sus efectos, a diferencia de lo que sucede con la adjudicación, siendo así que el fundamento en uno y otro caso es idéntico: impedir que se consumen situaciones de hecho que hagan muy difícil o imposible la efectividad de la futura resolución del recurso²⁹.

29. J. M.^a BAÑO LEÓN, «El “modificado” de los contratos», cit., pág. 1362.

5.5 Cesión y subcontratación

i) La cesión del contrato es una modificación (novación) subjetiva por cambio en la persona de una de las partes, ya que en virtud de ella el cesionario pasa a ocupar la posición jurídica del contratista a todos los efectos (el cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente, dice el art. 214.3).

La cesión solo es posible cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos (art. 214.1), que deben establecer necesariamente que los derechos y obligaciones del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero, siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido determinantes para la adjudicación del contrato y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia. Para que proceda la cesión se deben cumplir estos requisitos, que se deben contemplar en los pliegos (art. 214.2):

- Que el órgano de contratación la autorice de forma previa y expresa: la autorización ahora es reglada, el plazo para resolver la solicitud de cesión es de 2 meses y, transcurrido ese plazo, la autorización se entenderá otorgada por silencio.
- Que el cedente tenga ejecutado al menos el 20 % del importe del contrato (o se haya realizado la explotación de 1/5 del plazo de duración en el caso de concesiones).
- Que el cesionario tenga la capacidad y solvencia que resulten exigibles en función de la fase de ejecución del contrato.
- Que la cesión se formalice en escritura pública.

ii) Subcontratación. De la subcontratación se ocupan los arts. 215 a 217, que ofrecen novedades relevantes tendentes a favorecerla. Con carácter general se prevé que el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, por lo que desaparece el tope máximo que antes se fijaba en el 60 % del importe de la adjudicación [art. 227.2.e) TRLCSP]³⁰. Además, se precisa que la limitación de la subcontratación no podrá suponer una restricción efectiva de la competencia (art. 215.1).

La posibilidad de subcontratar se debe prever en los pliegos, los cuales pueden establecer limitaciones y disponer que la prestación sea ejecutada directamente por el contratista principal por tratarse de lo que se denomi-

³⁰. La STJUE de 14 de julio de 2016 señala que no se puede prohibir la ejecución con medios externos con carácter general, salvo los referidos a prestaciones de carácter esencial.

nan tareas críticas, cuya determinación debe ser objeto de justificación en el expediente de contratación. Los requisitos a los que se somete ahora la subcontratación son estos (art. 215.2):

- Los pliegos pueden establecer la obligación de que los licitadores indiquen en su oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe y el nombre o perfil empresarial de los subcontratistas.
- El contratista, tras la adjudicación del contrato, tiene que comunicar por escrito al órgano de contratación la intención de celebrar los contratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, que no puede ser una persona inhabilitada para contratar o en la que concurra una prohibición de contratar.
- En los contratos de carácter secreto o reservado, en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando así lo exija la seguridad del Estado, la comunicación previa se sustituye por una autorización expresa del órgano de contratación.
- Los pliegos, como se ha señalado, también pueden prever que determinadas tareas críticas no se puedan subcontratar y, por tanto, hayan de ser ejecutadas directamente por el contratista principal.

El incumplimiento de tales requisitos, si así lo prevén también los pliegos, puede llevar aparejada la imposición al contratista de una penalización de hasta el 50 % del importe del subcontrato o la resolución del contrato.

El subcontratista queda obligado solamente ante el contratista principal (con quien celebra un contrato privado) y es este el que asume únicamente la responsabilidad de la ejecución del contrato ante la Administración. El subcontratista, por su parte, carece de acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con él por el contratista principal. Pero la Ley no se desentiende del subcontratista y refuerza su posición jurídica de este modo: en primer lugar disponiendo que los plazos fijados para el pago del precio no podrán ser más desfavorables que los previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de lucha contra la morosidad, y, en caso de demora, devengarán en su favor los intereses correspondientes y la indemnización por costes de cobro (art. 216.2); y, en segundo lugar, los pliegos pueden prever pagos directos a los subcontratistas, por cuenta del contratista principal (disposición adicional quincuagésima primera).

5.6

Suspensión y resolución

i) La suspensión de los contratos cambia ahora de ubicación sistemática (art. 208) y se regula junto a la extinción, mientras que en el TRLCSP de 2011 se ubicaba en el capítulo de la modificación de los contratos (art. 220). La regulación de la suspensión que contiene la LCSP solo se aplica a los contratos administrativos. La suspensión de la ejecución en el resto de contratos se rige por el derecho privado.

La nueva regulación de la suspensión presenta algunas novedades relevantes y positivas. Las más importantes son estas:

En primer lugar, la nueva LCSP enumera los conceptos por los que, en su caso, el contratista será indemnizado salvo que el pliego establezca otra cosa. Se incluyen los conceptos que normalmente están presentes en los supuestos de suspensión (gastos de mantenimiento de la garantía definitiva, gastos salariales, alquiler de maquinaria e instalaciones, etc.) y concluye con una cláusula de cierre del 3 % del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión [art. 206.2.a)].

En segundo lugar, el reconocimiento del derecho del contratista a la indemnización por suspensión se condiciona a que se documente en acta el hecho suspensivo, que se extenderá de oficio o a solicitud del contratista (art. 206.1). Para evitar que la inactividad de la Administración impida el ejercicio de la acción resarcitoria se prevé que el contratista pueda solicitar que se extienda dicha acta, y si la Administración no atiende la petición, se presume *iuris tantum* que la suspensión ha comenzado en la fecha indicada por el contratista en su escrito de solicitud [art. 208.b)].

Por último, el Anteproyecto preveía un plazo de prescripción de un año para ejercer el derecho a la indemnización. El Proyecto, siguiendo el dictamen del Consejo de Estado, que consideró que se trata de un supuesto de responsabilidad contractual, lo elevó a 4 años, que es el plazo previsto en el art. 25.1 de la LGP para instar el reconocimiento de obligaciones para la Hacienda Pública. Pero la Ley ha vuelto al plazo anual, que se computa desde que el contratista recibe la orden de reanudar la ejecución del contrato [art. 206.c)].

ii) La regulación que contiene la LCSP sobre la resolución se aplica a los contratos administrativos, a los contratos privados armonizados de la Administración y, muy parcialmente, a los contratos de los poderes adjudicatarios (resolución por la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no es posible modificarlo en aplicación de los arts. 204 y 205). Todos los demás se rigen por el derecho privado.

Se mantiene la idea de que la extinción supone la terminación de la relación contractual, bien de modo normal o natural como consecuencia de la satisfacción de la finalidad perseguida (cumplimiento), bien de manera anormal como consecuencia de la aparición de circunstancias sobrevenidas que impiden que continúe el vínculo contractual (resolución). Por eso no tiene cabida en el concepto –según señaló el dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto– la declaración de nulidad que se incluía en el art. 207 del Anteproyecto también como causa de extinción (se trata de defectos originarios en sus elementos constitutivos o ilicitud en su contenido). También se mantiene la tradición de incluir causas de resolución no basadas en un incumplimiento, lo que lo aleja del concepto de resolución del ámbito civil. En rigor, se incluyen tanto causas de resolución en sentido estricto como de rescisión.

En cuanto a las causas de resolución, se parte, como en la regulación anterior, de la distinción entre causas generales de resolución para todos los contratos (arts. 210 a 213) y causas específicas para cada uno de los contratos típicos (arts. 245-246 para el de obras; arts. 279-280 para el de concesión de obras; arts. 294-295 para el de concesión de servicios; arts. 306-307 para el de suministro; art. 313 para el de servicios).

Se prevé expresamente como causa de resolución «el incumplimiento de la obligación principal del contrato». Se trata, como dice en su dictamen el Consejo de Estado al Anteproyecto, de salvar los problemas interpretativos que se habían suscitado cuando el PCAP calificaba de esenciales varias obligaciones accesorias impuestas al contratista, pero, por su obvedad, se omitía esa calificación respecto del objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación de servicio). Para el resto de obligaciones esenciales es necesaria su calificación en los pliegos o en el correspondiente documento contractual, siempre que –se precisa ahora– se respeten los límites de la libertad de pactos (interés público, ordenamiento jurídico y principio de buena administración) y que esta calificación esté expresada de manera precisa, clara e inequívoca, no siendo admisibles «cláusulas de tipo general».

Se recupera como causa de resolución la modificación del contrato (en los casos del art. 205, esto es, cuando no esté prevista en los pliegos) por encima del 20 % del precio inicial (como ocurría antes de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible), en coherencia con el nuevo régimen de modificación contractual, que atribuye a la misma carácter potestativo una vez superado el aludido límite porcentual.

Sigue sin preverse como causa de resolución la no formalización del contrato, ya que es esta, y no la adjudicación, la que perfecciona el contrato (art. 36).

Se consuma también la evolución legislativa tendente a privar de automatismo a la resolución de los contratos administrativos como consecuencia del concurso de acreedores. Ahora el apartado 5 del art. 212 precisa que «en caso de declaración en concurso la Administración potestativamente continuará el contrato si razones de interés público así lo aconsejan, siempre y cuando el contratista prestare las garantías adicionales suficientes para su ejecución». Con el antiguo art. 224.5 TRLCSP, la apertura de la fase de liquidación daba lugar a la resolución del contrato. Se dota, pues, a la Administración de un mayor margen para decidir si opta por la continuidad del contrato, lo cual puede ser útil si la apertura de la fase de liquidación tiene lugar cuando el contrato está próximo a su cumplimiento, pues en tal caso, como dice el Consejo de Estado, genera mayores inconvenientes que la Administración resuelva y vuelva a licitar el contrato que su finalización por la entidad en concurso.

También se precisa que en caso de concurrencia de causas «con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo», consagrando así una regla que ya aplicaban la jurisprudencia, el Consejo de Estado y los órganos consultivos equivalentes de las comunidades autónomas (art. 211.2).

Se resuelve el problema del plazo del procedimiento de resolución. La anterior falta de previsión expresa suponía la aplicación del plazo supletorio de 3 meses de la LPAC, lo que daba lugar a que muchos expedientes caducasen. Ahora se prevé de forma expresa un plazo de 8 meses para instruir y resolver el expediente de resolución contractual (art. 212.8). Debería decir, y así debe entenderse en línea con lo que dispone la LPAC, que el plazo es para resolver y notificar.

Por último, en cuanto a los efectos de la resolución, se aclaran las dudas sobre la función de la garantía definitiva en los supuestos de resolución por incumplimiento culpable del contratista (art. 213.3). Se vuelve de forma explícita al régimen de la incautación automática, que el vigente art. 225.3 TRLCSP parecía haber abandonado (según el Consejo de Estado y varios consejos consultivos autonómicos) a favor de un sistema cuyo efecto era la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, la cual debía hacerse efectiva sobre la garantía constituida. Ahora la garantía vuelve a recobrar su auténtica función de asegurar la correcta ejecución del contrato, disuadiendo así a los contratistas de eventuales incumplimientos culpables. El art. 110.d) de la Ley confirma esta acertada idea³¹.

31. Sobre ello, *vid.* mi trabajo: «La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, págs. 185 y ss.

También se amplían los supuestos en los cuales al tiempo de incoarse el procedimiento de resolución del contrato puede iniciarse simultáneamente el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato (art. 213.6).

6

Conclusión

La aprobación de una nueva Ley de contratos públicos plantea la misma cuestión que suscitaron la aprobación primero y la derogación después de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta Ley, como es sabido, fue en su momento muy criticada por las escasas novedades que introdujo y por algunas deficiencias técnicas que presentaba, aunque al final, tras una importante reforma en 1999, de tanto usarla y aplicarla, nos familiarizamos con ella y hasta le cogimos cierto afecto. Y ahora, incluso, la echamos de menos al tener que utilizar, aplicar y explicar la LRJSP y la LPAC, que lo que han hecho es cambiar casi todo de sitio sin aportar mejoras sustanciales y sin ocuparse de cuestiones que deberían haber sido objeto de regulación, como, por ejemplo, muchos aspectos de las sanciones administrativas que siguen sin ser abordados, la actividad de inspección de la Administración o la revocación de los actos administrativos.

Estas últimas leyes se hicieron de prisa y corriendo (tardaron menos en aprobarse que en entrar en vigor), de espaldas a todo el mundo y sin tener en cuenta los avances de la jurisprudencia, las soluciones que ofrecían en muchas cuestiones las leyes sectoriales y los trabajos publicados en numerosas materias, en un claro ejemplo de *legislación autista e hiperactiva*. Pero este no ha sido el caso de la LCSP, cuyo borrador de anteproyecto se elaboró en el seno de una Comisión de expertos y cuya aprobación definitiva ha tardado cuatro años desde que se constituyó dicha Comisión, sobrepasando con creces el plazo de transposición de las Directivas, que, como todos sabemos, concluyó en abril de 2016. Con todos los respetos hacia los redactores del Proyecto: ¡cuatro años para esto! ¿No nos merecemos una Ley de contratos mejor? Y antes incluso de ello, ¿realmente era necesaria una nueva Ley de contratos públicos? Dadas las innovaciones sustanciales introducidas, ¿no hubiera bastado, como también ocurría en el caso de las leyes de régimen jurídico y de procedimiento administrativo común, con una modificación parcial de la Ley anterior, de modo que así se hubieran apreciado también mejor los cambios realmente introducidos?

La nueva Ley de contratos públicos no solo manifiesta, como he ido señalando, algunas de las disfunciones o patologías de nuestro actual siste-

ma normativo, sino que constituye también una muestra más de la volatilidad, complejidad y falta de sistematicidad que caracteriza a la legislación administrativa de nuestro tiempo. Nos enfrentamos a normas cada vez más confusas, desordenadas e ininteligibles, en parte como consecuencia del proceso de sedimentación que sufren las leyes durante su *iter* legislativo, en cuyo transcurso se van acumulando de forma incoherente y acrítica las observaciones y enmiendas de que son objeto, sin que se realice al final del proceso una labor de depuración y sistematización para obtener normas de calidad de conformidad con los principios de buena regulación que ahora contempla la LPAC (art. 129), que, a lo que parece, están de adorno. *Dime de qué presumes...*

En cualquier caso, no hay que perder la esperanza de que el legislador, en un arrebatado de lucidez, simplifique la Ley, reduzca su extensión (reconduciendo a sus cauces naturales las relaciones entre ley y reglamento) y aclare las cuestiones más confusas y problemáticas que la nueva legislación de contratos presenta, que no son pocas. Pero como no parece que eso vaya a suceder de inmediato, habrá que conformarse con que el legislador al menos nos deje un tiempo para estudiarla, asimilarla y aplicarla; en definitiva que, frente a la tendencia de nuestro legislador a modificar leyes que acaban de entrar en vigor (como lamentablemente puede verse ya en este ámbito con la aprobación de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que ya ha modificado la cooperación vertical y los contratos menores en el ámbito de la ciencia), nos deje un tiempo para que nos familiaricemos con ella. Si eso ocurriera, hasta es posible que también a esta nueva Ley lleguemos a cogerle cierto apego y adhesión.