

Efectos, ejecución, modificación de los contratos, resolución, cesión y subcontratación (artículos 188 a 218 de la LCSP 2017)

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de Alicante*

- 1. Prerrogativas y penalidades**
- 2. Ampliación del plazo de ejecución de los contratos**
- 3. Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros, riesgo y ventura, enriquecimiento injusto o sin causa**
- 4. Pago del precio, pago de intereses, factura electrónica, procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas, transmisión de los derechos de cobro**
- 5. Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden**
- 6. Modificación del contrato**
- 7. Suspensión de los contratos**
- 8. Extinción de los contratos**
- 9. Cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación (artículos 210 y 243 de la LCSP)**
- 10. La resolución contractual: causas y efectos**
- 11. Cesión de contratos y subcontratación**

Artículo recibido el 09/05/2018; aceptado el 29/09/2018.

Resumen

Este trabajo estudia las incidencias jurídicas que plantea el nuevo articulado de la LCSP 2017 en cuanto a la ejecución de los contratos públicos.

Palabras clave: ejecución contractual; prerrogativas; penalidades; ampliación del plazo; daños y perjuicios; riesgo y ventura; modificación; suspensión; extinción; recepción; resolución; cesión; subcontratación.

Effects, execution, modification of public contracts, termination, legal transfer and subcontracting (sections 188 – 218 of Law 9/2017, of Public Procurement)

Abstract

This article studies the legal issues regarding the execution of public contracts which entails the new Law 9/2017 of Public Procurement.

Keywords: contractual execution; prerogatives; penalties; term extension; damages and remedies; risk; modification; suspension; extinction; reception; termination; legal transfer; subcontracting.

1

Prerrogativas y penalidades

El **artículo 188 de la LCSP**¹ inicia una simple sección dentro del libro II, pasando casi desapercibido el cambio de temática, desde los densos asuntos de adjudicación tratados en las partes precedentes de este mismo libro II hasta lo que sucede ahora, referido ya a la segunda fase contractual, que es la de los efectos y cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

Es decir, mientras que en las normativas anteriores la división eje de la ley era entre la fase de adjudicación y la regulación de la siguiente fase de ejecución, ahora la ruptura temática, con libros diferentes, se realiza entre con-

1. «Los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 25 y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares, o documento descriptivo que sustituya a estos».

tratos administrativos y demás contratos del sector público, regulando dentro de aquellos de forma continuada los aspectos de adjudicación y de ejecución.

La referencia legal a que estos contratos administrativos «se regirán por las normas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 25» significa sencillamente su sujeción por entero a derecho administrativo, considerando que son contratos administrativos, es decir, la parte nuclear de los contratos públicos.

No obstante esto, querríamos hacer hincapié en la conveniencia asimismo de tener en cuenta la dogmática contractual de derecho común, ya que la experiencia corrobora que a veces en los contenciosos de contratos contra o a favor de la Administración se plantean cuestiones de Código Civil y de la doctrina de tal orden.

En este sentido, el **artículo 189** («Vinculación al contenido contractual») afirma que «los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones públicas». Es decir, este precepto nos anuncia la característica combinación del contrato administrativo entre la lógica contractual común propia del Código Civil (los contratos se cumplen según sus propias cláusulas) y las especificidades del mundo jurídico-administrativo, de las prerrogativas.

Dichas prerrogativas se vinieron considerando por la doctrina tradicional incluso como el distintivo real, a amortiguar, del contrato administrativo, buscando precisamente el efecto contrario, de atenuar las prerrogativas en una línea interpretativa favorable al contratista, y buscando una asimilación del contrato administrativo al contrato privado, hasta el punto de propugnarse la no diferenciación esencial entre los contratos privados y los administrativos.

El **artículo 190** («Prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos») enumera las prerrogativas (interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta).

Significativo es que, cuando se regula la ejecución de los contratos de sujetos que son poder adjudicador, pero no Administración, en el artículo 319 de la LCSP se hacen remisiones a regulaciones que se consideran válidas y, dentro de estas, se menciona el régimen de modificación de los contratos, que, en este contexto del artículo 190, como podemos apreciar, se considera «prerrogativa». Es «significativo» porque en puridad las prerrogativas no se ostentan por sociedades mercantiles públicas, que, sin embargo, encajan dentro de tal articulado.

Así pues, las prerrogativas son una característica del contrato administrativo. Por lo que se refiere en particular a la prerrogativa administrativa de **interpretar** los contratos administrativos (por todas, STS de 6 de julio de 1990, RJ 6322), es doctrina asentada que «la facultad de interpretar los contratos mediante un acto administrativo, justificada por la prevalencia del interés público al que aquellos se vinculan y porque se aconseja no demorar su ejecución como consecuencia de eventuales dudas que se susciten en relación con las obligaciones que se generen, es siempre una interpretación transitoria y provisional. No hay en el ejercicio de dicha prerrogativa discrecionalidad alguna, sino sujeción a las reglas de hermenéutica jurídica, y la última palabra corresponde al control judicial» (STS de 15 de febrero de 1999; igualmente, STS de 20 de abril de 1999).

Por otra parte, la «interpretación de las cláusulas de los contratos en caso de contradicción u omisión: no pueden perjudicar al administrado que contrató y obró de buena fe» (STS de 24 de abril de 1985; STSJ de Castilla y León, sede de Burgos, 76/2010, de 22 de julio de 2010, FJ 7.º, citando otras del TS en el sentido de que la oscuridad no puede favorecer a quien la ha ocasionado)².

En el contexto de los límites de la interpretación de los contratos, la «interpretación» no puede desvirtuar el pliego, de modo que interpretar es buscar su propio sentido, sin que la potestad de interpretar el contrato se pueda convertir en potestad de reinventar el contrato, tal como recuerda la STS 23 de marzo de 2018 (rec. 2838/2015)³.

2. Sobre la interpretación de los contratos según la STS 503/2017, de 16 de febrero de 2017 (rec. 2036/2015), y en particular sobre las cláusulas oscuras para determinar los costes del servicio como sistema no previsto expresamente en el pliego, estima el recurso del adjudicatario y anula el criterio interpretativo del Ministerio de Defensa con base en esta doctrina: «la regla interpretativa establecida en el artículo 1288 del Código Civil según la *cual la oscuridad de las cláusulas de los contratos no puede favorecer a quien sea el causante de la misma*» (mismo fallo en la STS n.º 1572/2016, de 28 de junio de 2016).

Por tanto, las cláusulas oscuras no pueden beneficiar a quien las pone (CJAC Madrid 198/2017, de 18 de mayo), añadiendo de forma interesante que la potestad de interpretar los contratos por razones de interés público ha evolucionado jurisprudencialmente, en un sentido más razonable y equitativo, debiendo someterse a los criterios hermenéuticos contenidos en los arts. 1281 y siguientes del Código Civil: «*no hay en el ejercicio de dicha prerrogativa discrecionalidad alguna, sino sujeción a las reglas de la hermenéutica jurídica*». La oferta del adjudicatario forma parte del contenido obligacional de los contratos administrativos, por lo que debe ser cumplida de forma estricta por el mismo, sin que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato pueda favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

3. De esta sentencia se desprende que, si la Administración consideraba que era suficiente para justificar la solvencia técnica de los licitadores la experiencia previa en el suministro de cualesquiera embarcaciones que reunieran las características técnicas requeridas, bien pudo

Como decía *supra*, la potestad administrativa de interpretación no excluye la intervención ulterior de los tribunales (STS de 20 de abril de 1999). Ahora bien, sobre la prerrogativa de «interpretar» los contratos... si se comparte que el derecho es, por esencia, interpretable, sobran comentarios acerca del poder que se atribuye al órgano de contratación, en este precepto que nos ocupa. La Administración (una de las dos partes del contrato) interpreta lo que está bien y lo que no lo está. Y esa interpretación, además, primero, marcará las posibles responsabilidades del contratista, y, más allá, será una primera interpretación con un peso especial después en la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el **artículo 191** («Procedimiento de ejercicio») se prevé la **audiencia al contratista**, así como los casos en que será preceptivo el **dictamen del Consejo de Estado** u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma.

En cuanto a la ejecución de los contratos, de los artículos 192 («Incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso») y 193 («Demora en la ejecución») destaca la regulación de las penalidades: «Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la **resolución del contrato o por la imposición de las penalidades** diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1000 euros del precio del contrato, IVA excluido». Pero la referencia general sobre penalidades sería el **artículo 194** de la LCSP, cuando se mencionan junto a los «daños y perjuicios» que acarrearán los supuestos de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución.

Y es que, respecto de la demora, tal como afirma la STSJ de Cantabria de 9 de diciembre de 2005, «la realización de la obra en el plazo concedido es la principal obligación del contratista (...)».

Por contrapartida, la demora ha de tener significación, para poder ser apreciada como incumplimiento esencial. Es ilustrativa la STSJ de Castilla y León (Valladolid) 278/2016, de 23 de febrero de 2016, anulando la resolución del Ayuntamiento en un contrato de suministro, ya que, aunque el material se

decirlo, pues fue ella quien elaboró los pliegos. Ahora bien, una vez que opta por incorporar la exigencia de vincular la acreditación de dicha solvencia técnica a una experiencia previa consistente en el suministro de embarcaciones destinadas a un fin similar al de las que eran objeto del contrato, limitó ella misma el ámbito de quienes podían concurrir a la licitación, circunscribiéndolo a las empresas que suministraron en esos tres años anteriores embarcaciones hechas de manera que sirvieran para los fines de vigilancia marítima de los que venimos hablando.

entregó un poco tarde, no tuvo relevancia el retraso (un material de esquiar sin que la estación se fuera a abrir aún).

Téngase en cuenta el art. 98 del **Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre**, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas: «Cuando el órgano de contratación, en el supuesto de incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista y conforme al artículo 95.3 de la Ley, opte por la imposición de penalidades y no por la resolución, *concederá la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato*». Seguidamente se profundiza en este asunto.

2

Ampliación del plazo de ejecución de los contratos

En el **artículo 195** se regula la «ampliación del plazo de ejecución de los contratos» sin perjuicio de su posible resolución. Téngase en cuenta que, con anterioridad a la LCSP 2017, se venía hablando de «prórroga» al contratista en el marco de la ejecución de los contratos, a diferencia de la «prórroga» que se regula en el marco de la duración de los contratos en el artículo 29 de la LCSP 2017. Una cosa es que el contrato se esté ejecutando y se plantee una posible ampliación de plazo (así, en el contrato de obras), y otra que el contrato haya vencido y se quiera prorrogar (así, en un contrato de concesión), si se prevé en el pliego tal opción.

En todo caso, la ampliación de plazo en general se concibe como una excepción a la obligación de ejecutar el contrato en el plazo establecido, debiendo la Administración en este caso conceder de forma reglada una prórroga del plazo de ejecución. Considérese, asimismo, que dicho artículo 95 habla de que se concederá la ampliación del plazo *«si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista»*. Las condiciones para la operatividad de esta prórroga reglada se concretan en el artículo 100 del **Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre**, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Efectivamente, de la legislación contractual se deduce que para que la Administración tenga la obligación de conceder ampliación del plazo de ejecución han de reunirse dos requisitos cumulativamente: que la causa de la demora no sea imputable al contratista, y que el contratista formule la solicitud dentro del plazo de quince días desde que se produzca la causa originaria del retraso, señalando el tiempo probable de duración y ofreciendo cumplir sus compromisos con la prórroga que se solicita.

En el caso de que se cumplan ambos requisitos, la Administración viene obligada a conceder la prórroga solicitada, por ser esta reglada. Pero si se incumple alguno de ellos, se entiende que la Administración tiene facultad para decidir lo que estime más ajustado a derecho respecto de la solicitud, y, por tanto, puede denegar la prórroga solicitada.

Este artículo **continúa la línea del artículo 140 del RCE 3410/1975 anterior, con dos únicas salvedades**: por una parte, se ha reducido ese plazo para solicitar la prórroga por el contratista de un mes a quince días; y, por otra parte, se ha introducido como supuesto con un tratamiento excepcional el de la concesión de la prórroga cuando la solicitud haya tenido lugar dentro del último mes de ejecución del contrato.

En este contexto de la prórroga (o ampliación de plazo) reglada, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de junio de 1990, que a su vez se basa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: «En principio, como antecedente del pronunciamiento que se hará en el fallo, es preciso señalar que, conforme dispone el artículo 44 del Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 abril, las obras habrán de ejecutarse con estricta sujeción a las cláusulas estipuladas en el contrato y al proyecto que sirve de base al mismo, constituyendo su incumplimiento causa de resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 de dicha Ley, señalando, por su parte, el artículo 45 de dicho texto legal y el 137.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 noviembre, que “el contratista estará obligado a cumplir los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva del contrato y en general para su total realización”, si bien es preciso tener en cuenta que si se produjera una demora respecto a los plazos parciales, de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final “por motivos no imputables al contratista y este ofrezca cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había designado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiera otro menor” (artículo 45, párrafo tercero de la Ley de Contratos del Estado y artículo 140, párrafo primero de su Reglamento). *No obstante debe tenerse en cuenta que esta posibilidad de prórroga, si bien es reglada en cuanto a su concesión por parte de la Administración, debe sujetarse en cuanto a su solicitud a determinados requisitos formales y temporales que señala el artículo 140 del Reglamento General de Contratación del Estado al disponer en su párrafo segundo que “la petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de un*

mes desde el día en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo...”, señalando el último párrafo que “en el caso de que el contratista no solicitase prórroga en el plazo anteriormente señalado, se entenderá que renuncia a su derecho, quedando facultada la Administración para conceder dentro del mes último de vigencia del contrato, la prórroga que juzgue conveniente, con imposición, si procede, de las penalidades que establece el artículo 138, salvo que considere más aconsejable esperar a la terminación del plazo para proceder a la resolución del contrato”»⁴.

Si la ampliación de plazo se solicita tardíamente, la Administración puede denegar la prórroga (será en un contexto en que interese la resolución). Lo pone en evidencia el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 727/2013, de 21 de noviembre de 2013, que justifica la denegación de la prórroga solicitada por el contratista porque se solicitó fuera de plazo, en tal contexto de fundamentar una resolución contractual.

4. Continúa la sentencia: «QUINTO.– De lo expuesto se desprende que conforme a la legislación de contratos del Estado para que la prórroga pueda ser pedida, es preciso: a) que la demora sea debida a causas no imputables al contratista, y b) que este formule la solicitud dentro del plazo de un mes desde que se produzca la causa originaria del retraso, señalando el tiempo probable de duración ofreciendo cumplir sus compromisos con la prórroga que se solicita; habiéndose pronunciado de forma reiterada la jurisprudencia sobre la necesidad de cumplimiento de ambos requisitos para que sea viable la solicitud de prórroga.

SEXTO.– *En el caso enjuiciado debe señalarse que si bien es cierto que a través de la prueba practicada ha quedado acreditado que el material objeto de dragado no era material suelto, sino arcilla de alta plasticidad con un alto grado de cohesión lo que dificultaba la realización del dragado por medios convencionales, lo cierto es que su existencia fue conocida por la parte contratista meses antes de la fecha en la que fue solicitada la prórroga –en vía administrativa la actora aportó un informe en el que don Pedro Abel P. P. y don Luis G. G., que manifiestan tener la condición de “técnicos a pie de obra”, exponían que desde el primer momento observaron que el dragado no se ajustaba a las condiciones del proyecto, de forma que si bien en un principio continuaron con la realización del dragado posteriormente paralizaron las obras, haciendo constar, por su parte, el ingeniero jefe de la Zona Portuaria II y III, en su informe obrante en el expediente administrativo, correspondiente a la solicitud de prórroga de fecha 3 de noviembre, que en junio de 1986 la obra ejecutada no alcanzaba el 37 % de la obra contratada, encontrándose desde dicha fecha paralizados los trabajos–, por lo que ha de estimarse incumplido el plazo antes referido, que constituye, como vemos, uno de los requisitos precisos para la viabilidad de la solicitud de prórroga –la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 febrero 1984, confirmando la apelada señala que “no se solicitó la prórroga en el momento adecuado, es decir, al aparecer el suelo rocoso, que era cuando, al estimar el actor que se habían alterado las condiciones de trabajo... debió de pedir esa modificación de tal condición pactada, haciéndolo en cambio cuando solo faltaban dos meses para la expiración del plazo”–, y en consecuencia, ha de estimarse correctamente denegada la solicitud de prórroga y conforme a derecho la subsiguiente rescisión del contrato, procediendo por tanto desestimar el recurso interpuesto».*

Por tanto, si el contratista cumple los requisitos legales para la prórroga, materialmente y ejercitándose aquella en forma y tiempo, habrá de ser otorgada por la Administración, al ser un derecho del contratista o, dicho de otra forma, al ser una potestad reglada de la Administración; lo que no quiere decir, a mi juicio, que *si no se ejercita en su debido plazo* (del artículo 100 del Reglamento citado) la prórroga, la Administración no pueda otorgarla. Y ello porque esta ha de entenderse en el contexto de las demás potestades en el contexto de la demora de los plazos por el contratista (penalidades o resolución), de modo que la Administración podrá, en el caso concreto, optar por la conservación del contrato y por tanto por su no resolución, accediendo a la prórroga solicitada tardíamente por el contratista. Desde luego, esta interpretación supone relativizar el carácter esencial del plazo del citado artículo 100, pero parece lo más conveniente para el interés público, a fin de que la Administración pueda valorar la posibilidad de prorrogarlo en todo caso en atención a las circunstancias del caso concreto. Y es que una cosa es que la Administración disponga de tales facultades y otra diferente que un tercero ajeno a la relación contractual pretenda atribuirse el derecho a exigir a la Administración que no prorrogue el contrato, por el hecho de haberse solicitado tardíamente la prórroga por el contratista. Piénsese que este articulado se aplica también a las obras de urbanización, donde puede haber propietarios contrarios a la ejecución de tales obras. La regla general será la falta de legitimación en tales casos. Es decir, en general todas estas potestades tienen generalmente difícil fiscalización, su cumplimiento legal, considerando que no será fácil que alguien ajeno a la relación contractual quiera imponer consecuencias negativas para el contratista, que la propia Administración no quiere disponer.

Inciendo en el problema temporal comentado, hasta se admiten las «**prórrogas**» **tácitas** en el contexto de las ejecuciones contractuales. Esto significa que, una vez hubiera finalizado el plazo de ejecución de la obra, este cabe entenderlo prorrogado tácitamente si la Administración no opta por imponer penalidades o por resolver el contrato, al comprobar que puede ser lo mejor para el interés público o porque no media incumplimiento «grave». Existen numerosas resoluciones sobre el asunto; por todas, puede citarse la *STS de 20 de junio de 1994*: «al no instar la Administración oportunamente la resolución, habrá de entenderse que presuntivamente optó por aceptar que la terminación de los trabajos se produjera fuera del tiempo previsto, dando así lugar al otorgamiento de una prórroga tácita [considerada válida por el Tribunal Supremo en sentencias (...)]».

3

Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros, riesgo y ventura, enriquecimiento injusto o sin causa

En el **artículo 196** («Indemnización de daños y perjuicios causados a terceros») se establece que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros, salvo que tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración. Este precepto recoge reglas antiguas y consolidadas por la propia práctica y la jurisprudencia.

En el artículo 197 se recoge el conocido «principio de riesgo y ventura» en el sentido de que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista. Y es que la ejecución del contrato, salvo fuerza mayor (art. 239 LCSP 2017), se realiza a riesgo y ventura del contratista. Según la STS de 30 de abril de 1999, el «principio de que las obras han de realizarse a riesgo y ventura del contratista, de modo que este no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en dichas obras, sino en los casos de fuerza mayor, ha sido interpretado en el sentido de que *el contratista asume el riesgo de poder obtener ganancia mayor o menor (e incluso perder cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato de obras [...])*».

No obstante el principio de riesgo y ventura del contratista, el enriquecimiento injusto o sin causa viene considerándose jurisprudencialmente como posible contrapeso.

4

Pago del precio, pago de intereses, factura electrónica, procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas, transmisión de los derechos de cobro

Seguidamente la LCSP aborda el pago del precio como garantía principal del contratista, en el **art. 198.1 a 3**: «El contratista tendrá derecho al abono del precio convenido por la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato». Así como el derecho al cobro de los intereses (artículo 198.4 de la LCSP 2017): «La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los **treinta días siguientes** a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210, y si

se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre **factura electrónica**, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 del artículo 210 y en el apartado 1 del artículo 243, la Administración deberá aprobar las certificaciones de obra o los documentos que acrediten **la conformidad** con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados dentro de los treinta días siguientes a la entrega efectiva de los bienes o prestación del servicio. En todo caso, **si el contratista incumpliera el plazo de treinta días** para presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente en los términos establecidos en la normativa vigente sobre factura electrónica, el devengo de intereses no se iniciará hasta transcurridos treinta días desde la fecha de la correcta presentación de la factura, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono».

En cuanto a los intereses de demora, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone en su exposición de motivos: «La adecuación de nuestra legislación interna sobre contratación pública al ordenamiento jurídico comunitario está contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. La inclusión de las Administraciones públicas en el ámbito de la Directiva 2000/35/CE, dispensando igual tratamiento a todos los agentes económicos en materia de pagos por operaciones comerciales, hace necesario modificar la regulación del tipo de interés de demora e introducir el reconocimiento del derecho del acreedor a una indemnización por costes de cobro de la deuda, para su adecuación a las previsiones de la norma comunitaria. Igual adecuación requieren las disposiciones reguladoras de los pagos entre contratistas y subcontratistas y suministradores. A estos fines responde la disposición final primera de esta Ley».

Lo confirma el artículo 3 de la misma Ley 3/2004: «Esta Ley será de aplicación a todos los pagos efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas, o entre empresas y la Administración, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre,

de Contratos del Sector Público, así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas».

Con estos antecedentes es coherente la LCSP 2017 (y antes, el TRLCSP 3/2011 en su artículo 216.4; y artículo 200.4 de la LCSP 30/2007, tras la reforma por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004). Es interesante observar que esta Ley 15/2010 reforma el plazo de sesenta días (previsto antes en la LCSP 30/2007, artículo 200.4, y en la Ley de morosidad), reduciéndolo a treinta días, criterio que es seguido por la LCSP 2017.

Este artículo 198.4 de la LCSP 2017, que nos ocupa, se refiere tanto a los pagos totales como a los pagos parciales en relación con el contrato.

Y no es el interés legal del dinero, sino que (siguiendo el artículo 7 de la citada Ley 3/2004 –interés de demora–) será el que resulte del contrato; y, en defecto de pacto, el tipo legal de interés de demora será la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación (efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate) más ocho puntos porcentuales (un punto más alto tras la nueva Directiva 2011/7 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que ha refundido y derogado la anterior Directiva 2000/35).

Evidentemente esto tiene que ver con los casos relativos al pago de cantidad líquida, vencida y exigible que se adeuda, pero no con los supuestos de reclamaciones de cantidades aún no determinadas, así indemnizaciones de daños y perjuicios o las derivadas de un posible reequilibrio económico contractual. Estas últimas remiten al art. 34.3 de la LRJSP 40/2015 (antes 141.3 de la LRJAP-PAC), donde se establece con claridad la diferencia entre el retraso en la fijación de la indemnización mediante una actualización de valores y el retraso en el pago de la cifra indemnizatoria que conlleva intereses de demora. Esto significa que para poder solicitar intereses de demora ha de estar previamente establecida la indemnización. De lo contrario, puede solicitarse la actualización de valores⁵.

5. Por tanto, la demora de los pagos de las certificaciones de obras origina el pago de intereses. Los tribunales dejan claro que los perjuicios ocasionados por la demora del pago de las certificaciones de obra originan compensación a favor del contratista con intereses de demora (STS de 20 de octubre de 1993; STSJ de Canarias de 19 de diciembre de 1997, rec. 1281/1997). En el contexto de un contrato de suministros, un ejemplo de aplicación de la regulación que nos ocupa es la *SAN 139/2017, de 8 de febrero de 2017*.

Derogado queda, respecto de la reclamación de intereses, el artículo 172 del Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, en cuya virtud el día inicial para el cómputo de la prescripción se produce a los 9 meses de la fecha de

El derecho del contratista a suspender o resolver (artículo 198.5 y.6 de la LCSP 2017) dependerá de si la **demora en el pago fuese superior a cuatro o seis meses, respectivamente**.

Regulaciones originales nos presenta el artículo 199 de la LCSP en cuanto al procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones públicas, cuando afirma que «transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 4 del artículo 198 de esta Ley, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro».

Obsérvese el plazo de silencio de un mes, de carácter positivo, y obsérvese el cobro vía cautelar, para nada habitual en el contencioso-administrativo. Más bien, una auténtica singularidad. Procesalmente, este régimen está pensando en el artículo 29.2 de la LRJCA 29/1998, de 13 de julio, con una rica praxis procesal.

Seguidamente se regula (en el artículo 200) la **transmisión de los derechos de cobro**. Se configura como un derecho de los contratistas, es decir, la posible cesión que tengan del derecho de cobro frente a la Administración, siempre y cuando notifiquen de forma fehaciente a la misma el acuerdo de cesión⁶. De hecho, según la STS de 12 de marzo de 1992, «la Administración no puede desconocer el derecho de crédito adquirido frente a ella», a efectos de negarse al pago de las certificaciones.

la recepción provisional de la obra (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2006, RJ 10061, citando otras).

6. Sobre la cesión condicionada a la previa notificación puede citarse el Informe 6/2011, de 10 de febrero de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (sobre el apartado 4 de este precepto puede verse la STS de 14 de junio de 2005, r. 5358/1998).

5

Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden

En relación con el artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, se entiende el **artículo 201** («Obligaciones en materia medioambiental, social o laboral»): «Los órganos de contratación tomarán las medidas pertinentes para **garantizar que en la ejecución** de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, el derecho nacional, los **convenios colectivos** o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen al Estado y en particular las establecidas en el anexo V». También puede relacionarse esta regulación con los artículos 3.1, 129 y 202 de esta misma LCSP 2017.

La ratio de este precepto es interesante porque se acusa a veces relajación en el cumplimiento de los contratos en los términos adjudicados. Un reto es facilitar la legitimación de terceros o el control interno sobre este tipo de cumplimientos. Y esta regulación expresa se sitúa en esta línea de futuro.

En el artículo 202 («Condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden») se prevé que los órganos de contratación **podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto** del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En todo caso, **será obligatorio** el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de al menos una de las condiciones especiales de ejecución de entre las que se enumeran a tal efecto legalmente.

No todo lo social o ambiental, por el hecho de serlo, es adecuado. Se exige en el precepto una adecuación, como puede comprobarse. En este sentido, la RTACRC 663/2017, de 21 de julio de 2017, anula una cláusula por la que se obliga a los licitadores a asumir las retribuciones del convenio colectivo nacional durante la vida del contrato, por entender que la inclusión de un criterio de adjudicación de este tipo **carece de vinculación con el objeto del contrato**, sin ser propiamente una cláusula social de las que la Directiva 24/2014 permite incluir como criterio de adjudicación⁷. Ya en la sentencia

7. La RTACRC 663/2017 reproduce así el criterio de la Resolución 1059/2016, de 16 de diciembre de 2016, y cita también la Resolución de 21 de abril de 2017, sobre el objeto de los

del TJCE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87, *Beentjes*, el Tribunal dictaminó que el requisito de contratar a desempleados de larga duración no guardaba relación alguna con la comprobación de la aptitud de los licitadores, sobre la base de su capacidad económica, financiera y técnica (puede verse también la STJCE de 10 de febrero de 1982, asunto 76/81)⁸.

Salvada esta circunstancia, la contratación pública socialmente responsable se entiende como una herramienta eficaz para avanzar en el desarrollo sostenible, y para alcanzar los objetivos sociales de la UE y de los Estados miembros, permitiendo que los poderes adjudicadores incorporen a la contratación pública aspectos sociales, entre ellos el cumplimiento de los derechos laborales. De las distintas posibilidades para dar efectividad a la paridad salarial entre los trabajadores, sin discriminación de sexo, a través de la contratación pública, **las condiciones especiales de ejecución se perfilan como la mejor opción**. Un órgano de contratación que quiera favorecer la contratación con empresas que mantengan la igualdad salarial entre mujeres y hombres, tiene la facultad de incluir en los pliegos que han de regir la contratación condiciones especiales de ejecución relativas a la implantación de medidas de igualdad, ponderando que esta exigencia se ajuste a los criterios de proporcionalidad y de participación de las pymes en la contratación pública, de forma que no restrinja indebidamente la competencia. Igualmente, para combatir la discriminación indirecta, puede incluir condiciones especiales de ejecución que exijan implantar medidas para la conciliación de la vida familiar de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato. El órgano de contratación puede establecer medidas de control del cumplimiento de las obligaciones laborales, y específicamente de las que se refieren a la igualdad de mujeres y hombres en el trabajo, durante la ejecución del contrato, y definir como causa de resolución su incumplimiento, siempre que se haga con la suficiente precisión y claridad (Informe 14/2015, de la Junta Consultiva de

pliegos y la vinculación de los aspectos sociales al objeto del contrato, reforzando los razonamientos contenidos en dichas resoluciones, puesto que en el presente caso se ha introducido la cláusula en cuestión no como uno de los criterios de adjudicación, sino como «requerimiento técnico» imprescindible de la contratación que debe preceptivamente cumplirse por el empresario bajo la consecuencia de la exclusión del procedimiento.

8. La obligación establecida en el PPT, *para que al personal de un contrato se le aplique un convenio colectivo específico*, **no constituye uno de los supuestos de inclusión de criterios sociales vinculados al objeto del contrato**, al no establecerse como criterio de adjudicación, ni como condición de ejecución, ni haberse establecido la relación de la misma con el objeto del contrato (**ATARC Andalucía 207/2017**: el pliego regula las relaciones de los adjudicatarios con el órgano de contratación, pero no las relaciones internas de las empresas con sus trabajadores, por lo que en ningún caso puede excluir la aplicación de cualquier normativa sectorial que pudiera imponer otro tipo de obligaciones a cada una de las partes).

Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, de 4 de noviembre de 2015).

Para el ATACP Madrid 150/2017 el plan de igualdad, el plan de conciliación de la vida laboral y personal y el código de buenas prácticas tienen el carácter de criterios sociales. La incorporación de cláusulas sociales en las licitaciones es una decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación. La inclusión de condiciones sociales relativas al personal que presta los servicios tiene una importancia significativa y determinante de la calidad de la prestación, de naturaleza no discriminatoria, sin que su inclusión vulnere la libertad de empresa de acuerdo con el TRLCSP y su interpretación a la luz de las directivas y jurisprudencia europea (IJCCA de Aragón 1/2015, de 17 de marzo)⁹.

6

Modificación del contrato

Pasamos tras el artículo 203 a la «**potestad de modificación del contrato**». Según el **preámbulo** legal, «respecto de la parte correspondiente a la ejecución de los contratos, hay que hacer una especial referencia a la novedad que

9. En el ATACP Madrid 291/2017, de 11 de octubre, el Tribunal desestima el recurso interpuesto contra la cláusula que exige que la empresa adjudicataria deberá aplicar, durante toda la vigencia del contrato, a todos los trabajadores adscritos a la prestación del servicio, como mínimo, las tablas salariales recogidas en el capítulo XVII del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad. El empleo de cláusulas sociales como condición especial de ejecución no persigue añadir calidad a la prestación (a diferencia de los criterios de adjudicación), por lo que no se persigue acreditar que la prestación será mejor cualitativamente hablando, sino que tiene por objeto garantizar que las prestaciones objeto del contrato se ejecutarán en la forma requerida por el órgano de contratación y cuyo coste ha sido repercutido en el precio del contrato. Son requisitos de operatividad de las condiciones especiales de ejecución: a) su previsión en el anuncio de licitación y en el pliego, o en el contrato; b) carácter no discriminatorio de las condiciones que se establezcan, requisito imprescindible para garantizar las condiciones de igualdad y la libre competencia (artículos 1, 139, 163 y 183 TRLCSP); c) exigencia respecto a la fase de ejecución del contrato (en el PCAP se configura como una obligación del contratista, por lo que su cumplimiento se refiere a la fase de ejecución del contrato, siendo su incumplimiento causa de resolución de contrato, cláusula 42 del PCAP); d) que su contenido concreto sea admisible a la luz de las directivas y los distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los tribunales españoles.

En este contexto el Informe 5/2002, de 13 de junio de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, afirma que la circunstancia «del grado de estabilidad en el empleo» exigida por una disposición reglamentaria de la Comunidad de Madrid, a efectos de la contratación administrativa, no ha de aplicarse como criterio valorable para la adjudicación de los concursos (primando las prescripciones de la legislación pública contractual), sino como causa de selección y exclusión de contratistas que no la cumplan. Es decir, este factor, de carácter social, no se tiene en cuenta en dicha fase de adjudicación.

Más recientemente el CEPES edita la primera Guía sobre contratación pública responsable adaptada a la nueva Ley de Contratos del Sector Público, por tanto en 2018.

supone el régimen de modificación del contrato, en línea con lo establecido en las directivas comunitarias, que por primera vez regulan esta materia».

Las claves de la regulación de los modificados, en la LCSP 2017, se condensan ya en este precepto: primero, las modificaciones son solo posibles si se ajustan a la regulación de esta **subsección**. Y, en este sentido, las modificaciones solo serán posibles si así se previeron en el **pliego** de cláusulas administrativas particulares o, de lo contrario, cuando se cumplan las condiciones que establece el **artículo 205**. Si no es así, se impone la resolución del contrato y la celebración de otro.

En términos esenciales sigue valiendo la jurisprudencia a la hora de explicar la modificación de los contratos en un contexto general marcado por la **inalterabilidad de los contratos administrativos**. Es decir, puede seguir afirmándose que en materia contractual rige en general la regla de inalterabilidad del contrato administrativo, pese a que las «prerrogativas» de la Administración amparan excepcionar dicho principio, admitiendo que la Administración pueda introducir las variaciones necesarias en función de lo que más convenga al interés público. Pero, como reconoce la STS de 21 de enero de 1992, «la realidad es que los contratos administrativos son, ordinariamente, acuerdos de larga duración y no exentos de complejidades a la hora de ejecutar lo convenido, por las circunstancias imprevisibles (de orden técnico o económico) que puedan aparecer: de ahí que el principio fundamental *contractus lex inter partes* venga afectado, en la contratación administrativa, por otro principio: el de mutabilidad del contrato administrativo».

En definitiva, cuando se justifica una modificación es porque es el propio **interés público** el que prevalece sobre la inalterabilidad del contrato (STS de 8 de noviembre de 1994). Este planteamiento conduce, pues, a la posibilidad de anular la modificación misma sin perjuicio además de la garantía indemnizatoria. Y es que el hecho de que las modificaciones sean obligatorias para el contratista no impide el derecho de este a contestar esta medida si la considera injustificada. Los órganos jurisdiccionales revisan la decisión administrativa examinando si existe fundamento en el interés público. Por eso puede decirse que el contratista puede llegar a pretender la anulación de la orden que decreta el *ius variandi*. En este sentido, la STS de 10 de febrero de 1997 entra a enjuiciar si «el Ayuntamiento podía o no modificar las condiciones de la concesión en el particular que aquí se examina, o sea, exigiéndole a la actora la instalación de sus oficinas en su término municipal». «Esta facultad discrecional tiene un fundamento que al mismo tiempo es su límite, y que asimismo señala el indicado precepto: el interés público. En otro caso, el ejercicio del *ius variandi* que se reconoce a la Administración constituiría un abuso de derecho o como sostiene la parte actora, un verdadero supuesto de desviación de poder,

al implicar el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico» (STS de 10 de febrero de 1997). Así pues, el TS confirma la sentencia de instancia (ya que la medida decretada por el Ayuntamiento no reporta beneficio alguno a los usuarios... y por no justificarse en virtud del interés público), anulando la decisión administrativa. En cuanto a las «*modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares*», el artículo 204 de la LCSP empieza diciendo que «los contratos de las Administraciones públicas podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del **veinte por ciento** del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad».

Además, la cláusula de modificación «deberá estar formulada de forma **clara**, precisa e inequívoca». No basta con que la modificación esté prevista en el pliego. Este artículo 204 de la LCSP 2017 condiciona el ejercicio de esta potestad a ciertos presupuestos, que en esencia afectan al propio pliego, de ahí la importancia del pliego nuevamente. En esencia, la clave pasa a estar en algo típico no tanto de la materia contractual como de la parte general del derecho administrativo: los principios de claridad del «acto», de no confusión, de precisión y buena administración. En este contexto de las modificaciones contractuales, la claridad es un *presupuesto* más bien de la modificación. Todo ello a fin de que en esta fase no quede desvirtuada la adjudicación hecha en su momento, mediante regulaciones confusas. En el fondo, expresión también todo ello de la seguridad jurídica.

El artículo 106 del TRLCSP 2011 también contemplaba la posibilidad de introducir modificaciones en los contratos cuando así se hubiera previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008, y con apoyo en la STJUE de 29 de abril de 2004, asunto «*Succhi di Fruta*», 496/99, disponía que lo relevante era la *necesidad de prever en los pliegos que rigen la contratación la posibilidad de modificación de las cláusulas contractuales* y las condiciones en que esta puede llevarse a cabo, a fin de garantizar la igualdad de trato entre los licitadores. Es necesaria una previsión expresa en los pliegos y en el documento contractual de la posibilidad de modificación, de las cláusulas susceptibles de ser modificadas, y asimismo que se expliciten de forma clara e inequívoca los términos, condiciones y alcance en que tales cláusulas pueden ser modificadas.

El Tribunal de Justicia de la UE ha sometido a estrictos límites la posibilidad de modificar los contratos públicos, requiriendo el respeto de los principios de igualdad y transparencia respecto de lo que en algunos derechos

nacionales conocemos como prerrogativa del *ius variandi* (STJUE de 29 de abril de 2004, «Succhi di Fruta», asunto C-496/1999, apartados 116 a 127).

Seguidamente, aborda la LCSP (artículo 205) la segunda posibilidad de que se produzca una modificación, es decir, cuando no esté prevista en el pliego, o cuando el pliego no reúna las condiciones de claridad necesarias. Se trata de tres supuestos en que eventualmente podría justificarse una modificación no prevista. El primero básicamente consiste en que no sea posible un cambio de contratista, lo que termina remitiendo a un juicio de proporcionalidad (en especial en cuanto a los inconvenientes o aumento **de costes**; y siempre que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido).

El segundo básicamente consiste en «circunstancias sobrevenidas» e imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre que la modificación no altere la naturaleza global del mismo (y que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido).

El tercero consiste esencialmente en que «las modificaciones no sean sustanciales», precisando el artículo este presupuesto profusamente a fin de cerrar que sea una vía para eludir el sistema basado en la excepcionalidad y carácter tasado de las modificaciones contractuales. «En este caso se tendrá que **justificar especialmente** la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial».

Ahora bien, lo interesante es observar los criterios que aporta este artículo 205 de la LCSP 2017 para que una modificación de un contrato sea sustancial: «cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio». **En cualquier caso**, una modificación se considerará «sustancial» cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

- 1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, **habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente** o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de **una clasificación del contratista diferente** a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.
- 2.º Que la modificación **altere el equilibrio económico** del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el con-

trato inicial. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación **amplíe de forma importante el ámbito** del contrato. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:

(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, **del 15 por ciento del precio inicial** del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de **un 10 por ciento**, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del **ámbito de otro contrato**, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.

En efecto, en estos casos tal pretendida modificación de contrato constituiría más bien una nueva adjudicación, como permite razonar, por ejemplo, el apartado 34 de la STJUE de 19 de junio de 2008, *Pressetext*, asunto C-454/2006: «Con objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de los licitadores, las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de este constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/1998, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46)»¹⁰.

10. En consecuencia, no estando prevista la modificación en el pliego, en tales circunstancias lo procedente será convocar un nuevo procedimiento de licitación, tal como permite afirmar la STJUE de 13 de abril de 2010, asunto C-91/08, *Wall AG*, relativa a una concesión de servicios (y por ello, de un contrato no sometido a las directivas sobre contratación pública, apartado 42): «En el supuesto de que, a la luz de dicha apreciación, el órgano jurisdiccional remitente infiriera que se da una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, deberían adoptarse, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado, todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pudiera tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que esta fuera adjudicada». (...) «Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan caracterís-

Asimismo, el cambio en el sistema de retribución del contratista supone una modificación sustancial del contrato contraria al derecho comunitario (ATARC de Aragón 117/2017, de 21 de noviembre de 2017).

Un estudio especial merecería la situación en que la Administración modifica el contrato reduciendo el precio, lo que remite al artículo 242 de la LCSP 2019.

El artículo 206 de la LCSP regula la «obligatoriedad de las modificaciones del contrato»: «En los supuestos de modificación del contrato recogidos en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que **no exceda del 20** por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido».

Finalmente, en el artículo 207 se concretan las «especialidades procedimentales». Si estuvieran en los pliegos, las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en tales pliegos de cláusulas administrativas particulares. Por otro lado, antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205, deberá darse **audiencia** al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente. Finalmente, el precepto regula la publicación del anuncio de modificación.

En lo referente al acto de audiencia, como procedimiento contradictorio, no debería restringirse al contratista, sino a todos los que han sido interesados en la adjudicación del contrato. Y se viene entendiendo como preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente (artículo 211.3 del TRLCSP 2011 y actualmente artículo 191 de la LCSP 2017) en los procedimientos de modificación contractual: «cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6 000 000 de euros». Y, además, en la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, los acuerdos de modificación contractual deberán por lo general ser adoptados previo

ticas **sustancialmente distintas** de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido **un nuevo procedimiento de adjudicación**».

informe del Servicio Jurídico correspondiente. A la vista de estos artículos, podría dudarse si la intervención de los órganos consultivos es también preceptiva en los supuestos de modificaciones a la baja: así lo ha entendido el Dictamen 6/2010, de 20 de enero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Según el artículo 160 del RD 1098/2001 podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando estas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato (Informe de la JCCA 22/04, de 7 de junio de 2004)¹¹.

7

Suspensión de los contratos

El artículo 208 de la LCSP 2017, además del acta que ha de levantarse en caso de suspensión, tiene como objeto precisar las reglas que deben seguirse una vez acordada la suspensión en relación con el abono al contratista de los **daños y perjuicios** efectivamente sufridos por este. En todo caso, en casos de suspensión, hay que ponerse en un escenario de compensación por lucro cesante o beneficio industrial (en los términos previstos en esta normativa) que se reconocen al menos desde la propia Ley de Contratos del Estado aprobada por Decreto 923/1965 (artículo 53) y el artículo 162 de su Reglamento de desarrollo, Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, regulación esta seguida por el art. 171 del RD 1098/2001 (puede verse la STS de 3 de febrero de 2005, RJ 1654).

8

Extinción de los contratos

Los contratos se extinguirán por su cumplimiento o por resolución (**artículo 209 de la LCSP**). Ha de quedar claro que, pese a la posibilidad de que haya una resolución contractual, **el principio es el de conservación de los contratos**. El principio de conservación de los contratos válidamente celebrados restringe la posible resolución del contrato. Los tribunales restringen esta a los supuestos en que se

11. Finalmente, téngase en cuenta la DA 33 de la LCSP 2017: contratos de servicios que se realizan de forma sucesiva a precios unitarios como defensa jurídica, publicidad, etc., en los que, por circunstancias sobrevenidas, **se excede la consignación presupuestaria (me remito al informe de la IGAE de 3 de febrero de 2016, El Consultor, 6 de julio de 2016)**.

potencie una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que lo impida de forma definitiva. Se entiende en este sentido que el incumplimiento capaz de justificar la resolución contractual es únicamente el que afecta a las *obligaciones principales*, y no el que solo incide en las accesorias o complementarias (STS de 16 de mayo de 1997, citando a su vez las SSTs de 23 de febrero de 1979, 16 de octubre de 1984 y 11 de marzo de 1985, etc.).

Ha de seleccionarse la **causa de resolución adecuada**. En cuanto al «incumplimiento» del contratista es preciso prestar atención a su posible invocación interesada o indebida como causa de resolución del contrato administrativo, cuando tal invocación sea una forma de eludir responsabilidades propias de la Administración, así por el hecho de proceder el desistimiento de aquella, en vez del incumplimiento del contratista. Lo contrario redundaría en conflictividad en ocasiones inconveniente para los propios intereses públicos y en causación de procesos judiciales evitables. Si bien al final predominará la lógica de defensa.

Otro problema que puede plantearse es el de la **identificación del contratista** realmente incumplidor, ya que, en relación con los contratos de obras, puede haber un contratista ejecutor de la obra, pero también un contrato de dirección de obras o para la redacción del proyecto. Lo más común en estos casos es que la resolución de obras afecte al contratista que la lleva a cabo. No obstante, el contratista de obras podrá justificar la demora en el hecho de que esta se haya debido a insuficiencias del proyecto técnico (STSJ de Castilla y León de 5 de septiembre de 2008). Pero es raro que este tipo de conflictos puedan llegar a afectar a la dirección de obras (me remito a la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de enero de 2005).

Otro principio que condiciona la resolución, y que da juego habitualmente en los contencioso-administrativos de resolución contractual, es aquel a cuyo tenor *para que la acción de resolución por incumplimiento proceda es preciso que la parte que la ejercite haya cumplido con las que le incumben* (SSTs de 3 de febrero de 1989 y de 9 de octubre de 1987; STSJ de Aragón de 2 de septiembre de 1998).

9

Cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación (artículos 210 y 243 de la LCSP)

Interesa destacar que, excepto en los contratos de obras, que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 243, dentro del plazo de treinta días a contar desde la fecha del **acta de recepción** o conformidad, deberá acordarse en su caso y cuando

la naturaleza del contrato lo exija, y ser notificada al contratista, **la liquidación correspondiente del contrato**, y abonársele, en su caso, el saldo resultante.

El legislador intenta en este artículo 210 establecer un marco general en materia de cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación, estableciendo unas pautas o regulaciones generales, en el sentido de que se produzca un acto de recepción y se siga por la Administración un plazo de garantía, produciéndose finalmente la liquidación del contrato y el abono de la prestación efectuada, previa emisión de la correspondiente factura.

No obstante, en el caso concreto no quedará más remedio, para el conocimiento de los criterios de responsabilidad del contratista y demás incidencias, que acudir a las regulaciones de cada contrato donde se contienen reglas más precisas en la materia.

De hecho, en el apartado 4 el precepto se ve en la necesidad de remitirse al artículo 243 respecto del contrato de obras. Por otro lado, este marco regulador provoca numerosa casuística, ya que cada una de estas regulaciones podrá ser vista, en el supuesto concreto, de forma distinta por contratista y Administración.

También la **liquidación** del contrato (apartado 4) remite a otros posibles momentos de la LCSP, así al artículo 246.1, donde se prevé la liquidación en el contrato de obras.

En cuanto a la recepción y plazo de garantía en el contrato de obras (artículo 243 LCSP 2017), en esquema, los hitos son:

- Terminación de las obras y **recepción de las mismas (concurriendo un facultativo** designado por la Administración representante de esta, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista asistido, si lo estima oportuno, de su facultativo).
- **Certificación final de las obras** dentro del plazo de tres meses contados a partir de la recepción.
- **Acta y comienzo del plazo de garantía** si se encuentran las obras en buen estado, o apuntando los defectos cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas. Siendo el plazo de garantía el fijado en el pliego y no inferior a **un año**, salvo casos especiales.
- **Informe** sobre el estado de las obras 15 días antes del cumplimiento del plazo de garantía, redactado por el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia del contratista.
- Exoneración de responsabilidad al contratista, devolución o **cancelación de la garantía, liquidación** del contrato: sesenta días si dicho informe es favorable. En el caso de que el informe no fuera favorable el director facultativo procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la reparación de lo construido.

Una **definición** de la recepción puede ser la de acto administrativo que debe preceder a toda entrega al uso o servicio público de cualquier obra pública: «Desde un punto de vista sustantivo, en el caso de la particular recepción del contrato de obras, se trata de un acto administrativo complejo que lleva aparejadas, de una parte, la verificación física de que la obra se ha realizado a satisfacción de la Administración conforme al proyecto primitivo o, en su caso, reglamentariamente modificado, y, de otra, la aceptación de la obra por la Administración, esto es, la toma de posesión de la obra para su entrega al uso o servicio público» (Informe de la JCCA 46/12, de 21 de marzo de 2014, «Sanción al contratista por demora en la ejecución de las obras»).

La **naturaleza jurídica** del acto de recepción es más la de un acto unilateral que bilateral, siguiendo el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 13/2013, de 22 de mayo de 2013, recogiendo sentencias que mantienen una y otra posición.

La recepción, porque se conceptúa como una toma de posesión, constituye una **condición** o un requisito legal previo a la ocupación física de la obra. O, dicho en sentido negativo, **la ocupación** no será conforme a derecho cuando se hubiese omitido la preceptiva recepción o cuando, intentada esta, se hubiese suscrito acta de disconformidad y la obra hubiese sido entregada al uso público sin la previa subsanación de los defectos puestos de manifiesto en el acta.

Después, se inicia el **plazo de garantía** a contar desde la fecha del acto de recepción o conformidad, que será el fijado en cada caso dentro del contrato, de manera que solo se extingue la responsabilidad del contratista una vez que haya pasado el plazo de garantía pactado. Veamos algunas incidencias posibles:

Primera incidencia: interesa la cuestión de si cabe imponer penalidades al contratista después de la recepción en el contrato de obras. Según el citado Informe 46/12: «De todo lo anterior, llegamos a una primera conclusión, como es que la simple expedición del acta de recepción o conformidad no extingue por sí misma la responsabilidad del contratista, sino que es necesario además, que transcurra el plazo de garantía sin que se hayan formulado objeciones por parte de la Administración (*ex artículo 222.3 del TRLCSP*). Por lo tanto, **el contratista es responsable del cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato, hasta que finalice el plazo de garantía** establecido en el mismo, incluyéndose entre las obligaciones del contratista, la terminación de la obra en plazo, *por lo que, en el caso de que incurra en mora, aun en el supuesto de que la mora sea apreciada por la Administración después del acta de recepción del contrato, mientras no haya pasado el plazo de garantía establecido en el mismo, el contratista deberá responder de los daños y perjuicios que esa demora haya podido causar a la entidad contratante*».

Segunda incidencia: interesa observar las consecuencias del no seguimiento de las pautas procedimentales por la Administración. No se acoge la pretensión de la Administración de legitimar la exigencia de reparación al contratista si los defectos no le han sido oportunamente notificados y la reparación debidamente requerida en plazo (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 23 de julio de 2014). Según este fallo, la Administración contratante giró una propuesta de liquidación del contrato «con un saldo a favor de la Administración de 35 800,52 euros, acordándose a la vez requerir a la citada empresa para que realizase el ingreso, procediéndose en caso contrario a la incautación de la garantía». Dicho importe se correspondía con el valor de las reparaciones necesarias por haberse verificado goteras en el comedor del colegio y contenidas en un informe de la dirección técnica, **«pero sin que conste su remisión formal y fehaciente a la contratista»**. Por tanto, lejos de comunicar al contratista las deficiencias, «la Administración sorprende iniciando el procedimiento de liquidación en 29/08/2017 cuya propuesta, y lo que se mantiene en las resoluciones impugnadas, fija un saldo a favor de la Administración de 35 800,52 euros por el que se pretende incautar la garantía, pero sin que antes la contratista hubiese recibido alguna otra notificación tras el reiterado informe técnico de 15 de julio de 2009 que le fue enviado por la empresa, lo cual además se hace una vez rebasado ampliamente el plazo no consumido de la garantía constituida y pese a que se había solicitado con anterioridad la devolución de dicha garantía hasta en dos ocasiones».

Asimismo, es improcedente la retención del aval cuando la Junta de Contratación no comunicó objeción alguna en el plazo de garantía (STSJ 43/2015, de 30 de abril de 2015, Rec. 23/2015). Y es que las prerrogativas del poder público, en especial esa posibilidad tan tentadora de poder interpretar el contrato, pueden llevar a la Administración a probar suerte con el argumento de que hubo defectos, a fin de no devolver la garantía al contratista.

Tercera incidencia: ¿impugnabilidad del acto de recepción de las obras? Según el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 13/2013, de 22 de mayo, será de aplicación el mismo régimen impugnatorio de los actos administrativos (y debería contener «pie de recurso» a los destinatarios o interesados).

10

La resolución contractual: causas y efectos

Se regulan en el artículo 211 de la LCSP 2017. Téngase en cuenta que, cuando **concurren varias causas de resolución**, debe aplicarse de manera preferente

la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico (Dictamen del Consejo de Estado número 2230/2004, de 14 de octubre; Dictamen de 27 de septiembre de 2007).

Es interesante no confundir **resolución con nulidad**, tal como permite razonar la STS de 11 de enero de 2013, rec. 5082/2010, cuando, tras sostener las diferencias entre resolución y nulidad del contrato, concluye que no procede condenar a la Administración por lucro cesante *en casos de nulidad del contrato*.

El precepto apunta las causas de resolución del contrato: las dos primeras tienen fácil interpretación: la **muerte** o incapacidad sobrevenida del contratista individual, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista (sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 relativo a la sucesión del contratista); así como la declaración de **concurso** o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

En cuanto a la **demora** en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (ya antes en el artículo 223.d del TRLCSP), las sentencias que dan la razón a la Administración, declarando **resuelto el contrato**, enfatizan la condición «esencial» del plazo y el incumplimiento del contratista (*STS de 17 de octubre de 2000*, rec. 3554/1995).

Pero también se rechaza la resolución contractual instada por la Administración con dos argumentos centrales: el primero, la existencia de una causa de justificación para la demora; el segundo, la ausencia de culpa (*STS de 14 de diciembre de 2001*, rec. 9017/1997; *STS de 12 de julio de 2016*, rec. 3070/2014).

A continuación, la letra «f» prevé como causa de resolución el incumplimiento de la **obligación principal** del contrato. Evidentemente, estamos ante una causa (el **incumplimiento**) que se alega frecuentemente, pero que requiere presupuestos concretos. Obsérvese que la ley habla en dicha letra «f» de un incumplimiento «de la obligación principal del contrato». O al menos de «incumplimiento de las restantes *obligaciones esenciales*», pero siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes: «1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos. 2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general»¹².

12. Sobre esta causa de resolución («incumplimiento») existen numerosas resoluciones (lo que evidencia el interés práctico del tema), en particular en relación con los contratos de obras, caso por ejemplo de incumplimiento de los plazos de ejecución de la obra (STSJ

En la letra «g» este artículo alude seguidamente como causa de resolución a la **imposibilidad** de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados. Este tema remite a los artículos 204 y 205 de la misma LCSP 2017, ya que esta causa de resolución opera cuando no se puede realizar una modificación del contrato; o cuando, dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del impuesto sobre el valor añadido.

En la letra «h» se afirma que también son causas de resolución «las que se señalen específicamente para cada categoría de **contrato** en esta Ley». Esta causa, aparentemente baladí, nos permite, sin embargo, completar las referencias anteriores con otras reflexiones. Y es que, en puridad, existen causas de resolución que no se mencionan en este marco general, pese a que tienen una especial trascendencia en la práctica. En realidad, es fundamental estar a la regulación de las causas de resolución que la LCSP 2017 prevé para los distintos contratos, «causas» a veces por interés de la Administración, en atención a la protección que merece el interés público (rescate, secuestro, supresión del servicio, imposibilidad de explotación de la obra o servicio).

Por ejemplo, no aparecen en este listado de causas generales de resolución el desistimiento y el rescate, respectivamente a los contratos de concesión (de otra pública) y de servicios. La relación que acaba de hacerse entre desistimiento y rescate tampoco es baladí. Ambas causas de resolución revelan la conveniencia de terminar con el contrato dando continuidad al servicio, si bien el «rescate» se realizará en el ámbito de las concesiones, mientras que el «desistimiento» operará en los contratos de obras y suministros y de servicios. En definitiva, el rescate viene a ser un desistimiento *ad nutum*, por seguir la terminología civilista. El desistimiento no deja de ser un abandono del contrato, pero también consciente o deliberado, con la consiguiente liquidación con el contratista y tras sopesar la posible aplicación del principio de conservación del contrato.

Lo propio es que el abandono o suspensión de las obras o la no realización del servicio se entienda como incumplimiento del contratista, originador de resolución contractual (así, Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón 214/2001, en un caso en que la empresa había incluso manifestado su renuncia a ejecutar las prestaciones contractuales y no com-

de Murcia de 25 de octubre de 2004, FJ 2 *in fine*; STSJ de Galicia de 22 de marzo de 2006; igualmente, STSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de marzo de 2005, STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2004, etc.).

pareció al acto de formalización del acta de comprobación del replanteo). En todo caso, el desistimiento del contratista no está previsto como causa de resolución en general en la legislación contractual pública (salvo en el contexto de la concesión de obra pública regulada en la legislación contractual general, bien en la especial, como ocurre con las concesiones de puertos), a diferencia del desistimiento de la Administración.

Finalmente, en la letra «i» se afirma que es causa de resolución «el impago, durante la ejecución del contrato, de los **salarios por parte del contratista a los trabajadores** que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato».

En cuanto al artículo 212 («Aplicación de las causas de resolución»), resaltar que «la resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato». Ello significa que, si concurre otra causa de resolución de la que sea responsable el contratista, la Administración no podrá acogerse al mutuo acuerdo, sino que, si considera innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, deberá acogerse a la causa de resolución concurrente, lo que se ha considerado que supone una excepción al principio sentado por el Consejo de Estado (dictámenes 5/1992, de 23 de enero, y 712/1994, de 23 de junio) de que, de concurrir varias causas de resolución, deberá aplicarse de manera preferente la que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico¹³.

Asimismo, «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 preste las garantías adicionales suficientes para su ejecución».

En sentido procesal, sobre la aplicación de las causas de resolución, es claro que, si la Administración alega una causa de resolución contractual (esencialmente, el incumplimiento imputable al contratista), este se tendrá que defender mediante los mecanismos procesales (recurso especial o recursos en vía administrativa y posterior recurso contencioso-administrativo). Pero en este contexto una situación típica (que conviene comentar en este lugar) se referirá a aquellos casos en que el contratista piensa que, más bien, la causa de resolución se imputa a la propia Administración, que, tomando la delantera, está ocultando sus propias faltas, tomando ventaja de la posición

13. F. CASTRO ABELLA (coordinador), *Contratación del sector público local*, Madrid, 2010, p. 1052.

que le arbitra el ordenamiento jurídico en este sentido. Obviamente, todo podrá reconducirse a problemas de interpretación diferente de los hechos concurrentes. La primera cuestión es si es posible «reconvención» a favor del contratista. Se niega esta opción en los procesos contencioso-administrativos. Y, por ello, ante la inexistencia de una reconvención en vía contenciosa, el contratista podría ver mermada su defensa contra las pretensiones de la Administración de declarar resuelto el contrato por culpa del contratista.

Ante estos hechos, la jurisdicción contencioso-administrativa parece generalmente acoger pretensiones tanto anulatorias como otras de prestación en el seno de los propios procesos administrativos instados por el contratista contra una resolución contractual de la Administración, haciendo primar el conocido antiformalismo a efectos de superar una posible indefensión. Pero no siempre queda claro este planteamiento. Y, por contrapartida, deben asentarse unos criterios para evitar la posible inseguridad jurídica derivada del casuismo. Cierto es que es común que, en los procesos sobre resoluciones contractuales, se enjuicien las distintas pretensiones de las partes. Es decir, si se recurre una resolución contractual, se suele permitir con mayor o menor alcance ejercitar pretensiones de responsabilidad administrativa o de propia resolución por incumplimiento de la Administración (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 19 de noviembre de 2004; ATS de 20 de junio de 1988; STSJ de Asturias de 10 de enero de 2008; STSJ de Extremadura de 18 de enero de 2008; SSTSJ de Madrid de 11 de marzo de 2005 y de 21 de junio de 2004; STSJ de Navarra de 6 de junio de 2003; STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2004). Sin embargo, para mayor seguridad, nada excluye a la defensa iniciar un segundo contencioso. Es decir, por cautela y para evitar posible indefensión, podrá ser aconsejable (para asegurar este enjuiciamiento reconvencional de fondo, y en función del caso concreto) presentar una solicitud requiriendo de la Administración el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, o que, en su caso, revise de oficio el acto de resolución, o que se indemnicen los daños causados y se abonen las cantidades pendientes. Seguidamente, habría que ampliar el recurso contencioso-administrativo interpuesto al acto presunto denegatorio (no rige al efecto la regla del silencio positivo) o, de denegarse esta jurisdiccionalmente, presentar por separado otro recurso contencioso-administrativo, originando un nuevo procedimiento ordinario que, en su caso, podrá acumularse al anulatorio contra la resolución.

En cuanto a los **efectos de la resolución (artículo 213 de la LCSP)**, parece claro que el acento se pone en este precepto en el tema indemnizatorio (además a los efectos del «mutuo acuerdo», que también aparece de nuevo en este artículo, igual que en el anterior). El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella,

con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. Y cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados.

Además, cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra «g» del artículo 211 (es decir, imposibilidad de ejecutar la prestación, en el contexto de los modificados), el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista (...) (un ejemplo puede ser la STSJ de Extremadura de 31 de enero de 2017, rec. 471/2015). Además, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios requiere que se incurra en negligencia por una de las partes (STSJ de Aragón de 18 de junio de 2001). La indemnización será tanto del daño emergente como del lucro cesante o beneficio industrial (SSTS de 20 de abril de 1999 y de 9 de diciembre de 1997). Sobre la **incautación de la fianza** se sostiene igualmente que, si no hay incumplimiento culpable del contratista, no procede la misma (STS de 9 de abril de 2008, recurso 4486/2006; de 21 de diciembre de 2007; STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2004). La **incautación de la fianza** al contratista solo puede acordarse por el órgano de contratación en el caso de resolución culpable del contrato, pero no por cualquier causa (por ejemplo, por falta de abono del ICIO por parte del contratista) o por impago a proveedores, porque en estos casos no hay realmente perjuicio (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña 8/2011, de 27 de octubre de 2011).

11

Cesión de contratos y subcontratación

El artículo 319 de la LCSP 2017 obliga a que los pliegos prevean expresamente las regulaciones legales en materia de cesión, que no vienen a ser sino pura expresión de unas reglas de cultura general en la materia; como por ejemplo que el cedente tiene que haber cumplido el 20 % del contrato si quiere la cesión; o que no procede la cesión cuando se trate de condiciones personalísimas; o que esta tiene que materializarse en una escritura pública, etc.

En cuanto a la regulación legal y contractual sobre la **«subcontratación»**, no apreciamos los «porcentajes» de subcontratación. Ahora la nueva Ley habla, no obstante, de que la subcontratación tiene que ser parcial, y se insiste en que el licitador tiene que indicar en la oferta los elementos sobre los que va a recaer la subcontratación, que no puede abarcar la totalidad del con-

trato; y por otro lado nuevamente el legislador insiste en que, cuando se vaya a iniciar la ejecución del contrato, se tiene que notificar a la Administración las partes que va a realizar el subcontratista.

La subcontratación es un fenómeno positivo porque favorece a las pequeñas y medianas empresas y el tráfico mercantil, pero se producen en la práctica abusos sobre los subcontratistas.

Aunque hubo un periodo en que procedieron las acciones directas del subcontratista contra la Administración, ya con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público 3/2011 anterior no procedían tales acciones directas. La nueva LCSP prevé que se pueden establecer en los pliegos los pagos directos a los subcontratistas. Puede ser aconsejable esta medida, a mi juicio, porque, en definitiva, lo que interesa al poder contratante es que se ejecute el contrato, y de esta manera parece que disminuye el riesgo de inejecución.

La Ley establece ahora la obligación de comprobación de pagos cuando se trate de contratos de obras y servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 5 000 000 € y siempre que la subcontratación sea más del 30 %¹⁴.

14. Para ampliar estos contenidos véase S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, editorial Civitas, tomo 3: Comentarios a la LCSP 2017, marzo 2018.