

## **LA EFICACIA SUSPENSIVA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN Y LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS**

Con ánimo de garantizar la correcta aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública y su interpretación uniforme en toda la Unión Europea, los Servicios de la Comisión Europea, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, se han dirigido a las autoridades españolas con objeto de solicitar la aclaración, mediante el dictado de la oportuna resolución, de ciertos extremos contenidos en el nuevo Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con dos aspectos concretos: los efectos de la interposición del recurso especial en materia de contratación contra actos dictados en el ámbito autonómico y el régimen de modificación de los contratos por causas vinculadas a errores u omisiones de proyecto o debidas a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o accesibilidad.

### **Grupo de Contratos del Sector Público**

#### **Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.**

La Comisión ha remitido a la Administración española una recomendación en relación con dos aspectos específicos de la normativa española en materia de contratación pública para garantizar que la interpretación y aplicación de la misma se realiza en consonancia con las directivas en la materia y respetan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

En cumplimiento del requerimiento mencionado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa – en adelante JCCA –, en tanto que órgano competente al respecto de acuerdo con el Real Decreto 30/1991<sup>1</sup>, ha dictado dos Recomendaciones dirigidas a los órganos de contratación relativas a la interpretación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público<sup>2</sup> (en adelante TRLCSP):

**1.- Recomendación de 1 de marzo de 2012 de la JCCA sobre la interpretación del régimen contenido en la disposición transitoria séptima – en adelante DT7ª -, norma d) TRLCSP:**

La DT7ª TRLCSP establece que en tanto una Comunidad Autónoma no regule ante quién debe incoarse la cuestión de nulidad prevista en los artículos 37 a 39 o interponerse el recurso contra los actos indicados en el artículo 40.1 y 2, y qué efectos derivarán de su interposición:

*d) Las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.*

La JCCA señala al respecto lo siguiente:

A) El ámbito de aplicación territorial de este precepto es el de las Comunidades autónomas y las Entidades locales existentes dentro de aquéllas.

---

<sup>1</sup> El Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, establece que la JCCA tiene carácter de órgano consultivo de la Administración del Estado, de sus Organismos autónomos y demás Entes públicos estatales, en materia de contratación administrativa y ejerce, además, las funciones que la legislación vigente le atribuye en orden a la clasificación de los contratistas, a la elaboración de los índices oficiales a efectos de la revisión de precios en los contratos y respecto del Registro de Contratos – de acuerdo con el artículo 1 RD 30/1991 – y tiene competencia para exponer a los órganos de contratación las recomendaciones e instrucciones que considere pertinentes en función de la competencia que le esta atribuida, de acuerdo con el apartado c) del artículo 2.4 de la misma norma.

<sup>2</sup> El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

B) La interpretación correcta de la DT7ª norma d), de conformidad con lo dispuesto en la **Directiva 2007/66/CE**, consiste en entender que la interposición del recurso previsto en la misma comporta la **suspensión automática de la adjudicación** cuando sea este acto el recurrido, que, en el caso de interposición del recurso contencioso-administrativo, se mantiene hasta que el órgano de la Jurisdicción contencioso-administrativa decida sobre la misma.

C) En el caso de que las CCAA no tuvieran establecido el órgano independiente que deben crear o no hayan suscrito convenio con el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, si los particulares interponen previamente recurso ante el órgano de contratación, **su interposición comporta la suspensión automática de la adjudicación cuando sea este acto el recurrido**. Los recursos contra los actos de adjudicación que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa tiene carácter suspensivo de la celebración del contrato hasta que dicha jurisdicción se haya pronunciado sobre el fondo o sobre las medidas provisionales.

D) La interposición de recurso especial en materia de contratación comporta la suspensión automática de la adjudicación, y una vez resuelto el recurso la resolución del mismo no será ejecutiva hasta que sea firme por el transcurso del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o bien, en el caso de interposición de dicho recurso, hasta que el órgano de la Jurisdicción decida sobre la suspensión solicitada.

E) En su virtud, suspendida la eficacia del acto de adjudicación, y hasta tanto no se levante, no podrán ejecutarse los actos subsiguientes a la adjudicación, incluida la formalización del contrato<sup>3</sup>.

**2.- Recomendación de 1 de marzo de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 TRLCSP sobre las modificaciones de los contratos:**

---

<sup>3</sup> En este sentido el artículo 140 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificado por la Ley 34/2010, cuya redacción se ha incorporado al artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece unos plazos para la formalización de contrato teniendo en cuenta la posibilidad de la suspensión del contrato, de forma que si la adjudicación resulta suspendida, no resulta posible requerir al adjudicatario para la formalización del contrato.

A) El **artículo 107, apartado 1, letra a), del TRLCSP** se refiere a las modificaciones de un contrato público vinculadas a errores u omisiones del proyecto:

-Este precepto debe interpretarse en términos análogos a los contenidos de forma expresa dentro del artículo 107, apartado 1, letra b), en su último inciso, en cuanto señala que las modificaciones de un contrato público vinculadas a circunstancias geológicas, hídricas, arqueológicas, medioambientales y similares que no fuesen previsibles con anterioridad a la adjudicación del contrato, deben entenderse respetando la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

-La diligencia exigida en el caso de modificaciones producidas por las circunstancias contenidas dentro de este precepto, es la misma que la que se exige en el caso de que se trate de modificaciones de un contrato público vinculadas a errores u omisiones del proyecto, por lo que, aunque no conste así de forma expresa dentro de este subapartado o letra a), la referencia a esta diligencia contenida dentro de la letra b) del mismo precepto, se puede hacer extensiva y aplicable al primer subapartado.

B) El **artículo 107, apartado 1, letra e)**, se refiere a las modificaciones de un contrato público debidas a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato. En estos casos, cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que puedan afectar a las especificaciones del contrato, los pliegos del contrato deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior de la ejecución del contrato.

C) En la calificación de **esencial** de la modificación de un contrato, cuando se realice **en función de las variaciones** que pueda experimentar el precio del mismo, el **porcentaje del 10%** que aparece en el **artículo 107, apartado 3, letra d)**, debe entenderse siempre superado para merecer tal carácter.

Ahora bien, el hecho de que **el porcentaje del 10% deba superarse** para merecer, la variación, la **consideración de esencial**, no implica empero, que las modificaciones que se encuentren por debajo de ese 10% sean siempre calificadas como no esenciales.

Es decir:

- toda modificación que exceda del 10% debe ser considerada como esencial.
- pero no todas las modificaciones del precio que sean inferiores a ese 10% deben ser calificadas automáticamente como no esenciales, pues aunque sean inferiores a dicho porcentaje pueden llegar a considerarse esenciales

D) La recomendación de la JCCA añade, como cierre a lo anterior, que:

- " toda la regulación que aparece dentro del artículo 107 - TRLCSP -, debe entenderse hecha a partir de la línea directriz que supone el segundo apartado de este precepto", (el apartado 2.B anterior) "que debe servir de base para cualquier interpretación que deba hacerse de este artículo"<sup>4</sup>.
- las referencias hechas a las modificaciones que aparecen dentro de los apartados 1 y 3 de la Recomendación (apartados 2.A y 2.C de este artículo), sólo entrarán en juego en el caso de que se trate **de modificaciones que no alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación**, las cuales, según este mismo precepto, deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma [jlpalma@gomezacebo-pombo.com](mailto:jlpalma@gomezacebo-pombo.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid - 28046 (tel: 915 829 415)

---

<sup>4</sup> Es decir, que cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que puedan afectar a las especificaciones del contrato, los pliegos del contrato deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior de la ejecución del contrato.