
GÓMEZ-ACEBO & POMBO

Patologías
de la Contratación Pública

Patologías *de la Contratación Pública*

*Grupo de Contratos del Sector Público
de Gómez-Acebo & Pombo*

Enero 2014

Diseño y maquetación: José Ángel Rodríguez León

Impreso en España

Impresión: Comunicación Impresa, S.L.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, 2014. Todos los derechos reservados

Prólogo

El Grupo de Contratos del Sector Público fue creado hace seis años en el seno del Área de Derecho Público de Gómez-Acebo & Pombo Abogados con el convencimiento de que se trataba de un sector dinámico que estaba en proceso de redefinición.

La incidencia del derecho de la Unión Europea en el marco de la contratación pública es —y siempre ha sido— de una envergadura tal que ha llegado a desdibujar los contornos tradicionales dentro de los que se perfilaban los contratos administrativos en la doctrina continental del siglo XIX, transformándolos hasta imposibilitar el encaje actual de alguno de ellos en las categorías decimonónicas.

Las transformaciones económicas, sociales y correlativamente jurídicas que acontecían dentro y fuera de nuestras fronteras, junto con las consecuencias que todo ello proyectaba en la contratación pública española —en especial a raíz de las sentencias condenatorias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea—, terminaron de decidir la creación de un grupo especializado en contratos dentro de la citada Área de Derecho Público para el mejor seguimiento y análisis de tales cuestiones.

La promulgación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y 31/2007, también de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, supuso un revulsivo para el mercado de la contratación pública merced a las profundas transformaciones subjetivas y objetivas que ambas normas introdujeron en la materia.

Tal circunstancia, unida a la cada vez más compleja tarea de concretar la interpretación y el alcance propios de diversos conceptos y preceptos, resultó determinante de una andadura que llevó al Grupo de Contratos del Sector Público a analizar en profundidad unos y otros, trayendo parte de tales conclusiones a artículos muy concisos y sintéticos que comenzamos a remitir a nuestros clientes. La buena acogida de tal iniciativa explica el contenido de este libro.

Transcurrido más de un lustro desde la publicación de la Ley 30/2007, nos hemos propuesto reunir esos artículos en una obra que pone de manifiesto las incidencias que amenazan la contratación pública y sus muchas patologías internas junto a algunos de los varios aspectos que aún hoy adolecen de indefinición.

El examen de los artículos seleccionados y aquí reunidos debe, no obstante, abordarse teniendo en cuenta su virtualidad temporal y la contextualización de la realidad del momento en que fueron escritos. Tal circunstancia permite apreciar en su auténtica dimensión el carácter innovador que tuvieron algunos de sus contenidos. Con una cadencia aproximadamente mensual, su numeración permite ubicar en el tiempo la práctica totalidad de los textos. Algunos anunciaron reformas, otros comentaron sentencias o dictámenes y todos afrontaron la contratación pública como un elemento progresivamente complejo convertido en el mejor definidor de las nuevas relaciones entre lo público y lo privado.

Por ejemplo, el artículo relativo a la no exigibilidad de las garantías provisionales fue un documento de gran repercusión en el que se apoyaron diversos receptores habituales del Grupo de Contratos del Sector Público para reivindicar la supresión de una previsión legal que resultaba perjudicial y antieconómica. No puede afirmarse que la modificación legal al respecto acontecida con posterioridad fuera debida directamente a nuestro artículo, pero tampoco se puede negar que influyera de algún modo en tal sentido.

Por otro lado, forzoso es reconocer que dos de los temas que más han ocupado el interés del Grupo de Contratos han sido el derecho de la competencia y la contratación pública en la Administración local. E incluso la interrelación de ambas. En diversas ocasiones hemos abordado el análisis de las recomendaciones e informes de la Comisión Nacional de la Competencia acerca del funcionamiento del mercado de la contratación pública y la incidencia que ello tiene en aspectos como la creación de empleo por parte de las pymes o el mejor uso de

los recursos públicos, así como la contratación de las entidades locales y sus peculiaridades. El tiempo nos ha dado la razón acerca de la importancia de las referidas materias y sus imbricaciones, como se pone de relieve en uno de los últimos artículos recopilados, en el que ambos asuntos terminan convergiendo: Administración local y competencia.

Combinar una realidad cambiante con un análisis jurídico riguroso ha sido la meta que ha orientado siempre nuestro afán de entregar regularmente a los destinatarios habituales un producto que debía ser —a la par— breve, profundo y práctico, suscriptores entre los que —nos enorgullecemos de referirlo— se encuentra lo más selecto del sector de la contratación pública española. Haciéndonos eco de sus preocupaciones o incertidumbres (que nos han hecho llegar de modo periódico) hemos tratado siempre de avanzar ideas novedosas sobre las reformas anunciadas y consecuencias de las modificaciones operadas en la materia.

Ello nos ha permitido reafirmar la creencia que nos impulsó a crear el Grupo de Contratos: el derecho de la contratación pública europea —y por ende española— no sólo no ha terminado de definirse, sino que está en continua renovación.

Por eso son muchos los conceptos que aún no se han terminado de perfilar: es el caso —un ejemplo más— del poder adjudicador. Una contemplación rápida de las diversas resoluciones administrativas y judiciales dictadas tras la entrada en vigor de la LCSP evidencia la confusión de que aún adolece dicho término, que pronto se verá —además— afectado de una todavía mayor oscuridad: baste recordar la distinción que la propuesta de directiva de concesiones operará entre concesiones de obras y concesiones de obras públicas en función de si el órgano de contratación es una entidad adjudicadora o un poder adjudicador, respectivamente.

Nuevos retos, nuevos problemas, nuevos horizontes que demandarán nuevos estudios.

Finalmente, no se puede olvidar que la situación de crisis económica que ha coexistido con la aplicación de la LCSP y su sucesor, el texto refundido del 2011, ha condicionado su aplicación y virtualidad hasta el extremo de modificar elementos hasta ahora tradicionales. Hasta el punto de que hemos llegado a ver como algunos de los «modos anormales» de terminación de los contratos, tales como el desistimiento o el rescate (a los que se recurría con carácter marginal), están adquiriendo renovado interés y actualidad.

Como toda creación humana, la presente es una obra perfectible y ampliable. Para perfeccionarla y engrandecerla contamos con la impagable contribución de los lectores de estos breves artículos. A ellos nos confiamos y sobre ellos hacemos descansar nuestra segura continuación en esta línea.

A todos, muchas gracias.

Madrid, enero del 2014

Carlos Vázquez Cobos

*Socio de Gómez-Acebo & Pombo
Ex secretario general técnico del Ministerio
de Medio Ambiente*

José Luis Palma Fernández

*Socio de Gómez-Acebo & Pombo
Letrado del Consejo de Estado*

Juan Alfonso Santamaría Pastor

*Letrado de las Cortes Generales
Catedrático de Derecho Administrativo
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

Pilar Cuesta de Loño

Letrada del Consejo de Estado

Patologías

de la Contratación Pública

- | | |
|---------------------------------|---|
| <i>N.º 1</i>
<i>pág. 11</i> | <i>La indemnización de los gastos generales en los contratos de obras</i> |
| <i>N.º 2</i>
<i>pág. 14</i> | <i>El concurso como causa de resolución de los contratos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público</i> |
| <i>N.º 3</i>
<i>pág. 17</i> | <i>La prórroga de los contratos administrativos de gestión de servicios públicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa</i> |
| <i>N.º 4</i>
<i>pág. 20</i> | <i>La suspensión de los contratos administrativos de obras, la producción de daños para el contratista y su indemnización</i> |
| <i>N.º 5</i>
<i>pág. 23</i> | <i>La integración de la solvencia técnica y profesional, económica o financiera, con medios de tercero</i> |
| <i>N.º 6</i>
<i>pág. 26</i> | <i>La falta de legitimación activa de las uniones temporales de empresas para actuar ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo en el caso de no actuar al unísono todos sus componentes</i> |
| <i>N.º 7</i>
<i>pág. 29</i> | <i>La voluntariedad de la garantía provisional y la conveniencia de su no exigencia en situaciones económicas desfavorables o de crisis</i> |
| <i>N.º 8</i>
<i>pág. 32</i> | <i>La viabilidad del artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público</i> |
| <i>N.º 9</i>
<i>pág. 35</i> | <i>La recurribilidad de la adjudicación provisional de los contratos administrativos: contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada</i> |
| <i>N.º 10</i>
<i>pág. 38</i> | <i>La resolución del contrato por causa imputable al contratista</i> |

N.º 11 pág. 41	<i>La radical reforma de la modificación de los contratos públicos a raíz de la Ley de Economía Sostenible</i>
N.º 12 pág. 44	<i>El renovado protagonismo de la contratación público-privada en la Ley de Economía Sostenible</i>
N.º 13 pág. 47	<i>La inminencia del nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales</i>
N.º 14 pág. 50	<i>La defectuosa prestación de servicios por huelga de los trabajadores de la empresa contratista: ¿fuerza mayor o incumplimiento contractual?</i>
N.º 15 pág. 53	<i>Nuevos y por fin efectivos mecanismos de cobro frente a la Administración</i>
N.º 16 pág. 56	<i>El Plan Estratégico de Infraestructuras 2009-2012: resolución y modificación de contratos en ejecución. Rescisión de contratos para su nueva licitación</i>
N.º 17 pág. 59	<i>La clasificación de las uniones temporales de empresas: problemática y soluciones</i>
N.º 18 pág. 62	<i>Régimen del recurso especial en materia de contratación en el ámbito de las comunidades autónomas</i>
N.º 19 pág. 65	<i>La resolución del contrato por concurso del contratista: ¿procede la incautación de la garantía?</i>
N.º 20 pág. 67	<i>La lucha institucional contra el bid rigging o manipulación fraudulenta de ofertas en los procedimientos de contratación pública</i>
N.º 21 pág. 71	<i>La modificación de los contratos públicos y privados tras la Ley de Economía Sostenible. Supuestos, requisitos y procedimiento</i>
N.º 22 pág. 76	<i>Contratación pública y competencia</i>
N.º 23 pág. 79	<i>La resolución de los contratos públicos por imposibilidad</i>
N.º 24 pág. 82	<i>La nueva regulación de la colaboración público-privada: régimen jurídico y financiación</i>
N.º 25 pág. 86	<i>Arbitraje y contratos: el Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública (TACOP)</i>
N.º 26 pág. 89	<i>El restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato al amparo de la doctrina del riesgo imprevisible</i>
N.º 27 pág. 92	<i>El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: novedades</i>
N.º 28 pág. 96	<i>De nuevo sobre contratación pública y competencia</i>

N.º 29 pág. 99	<i>Nuevos y buenos tiempos para las pymes: participación en la contratación pública y cobro de cantidades debidas por el sector público local</i>
N.º 30 pág. 102	<i>¿Embargabilidad o inembargabilidad de los bienes patrimoniales?</i>
N.º 31 pág. 106	<i>La eficacia suspensiva del recurso especial en materia de contratación y la modificación de los contratos</i>
N.º 32 pág. 109	<i>E-Procurement: transición, armonización y nuevo marco legal de la contratación pública electrónica.</i>
N.º 33 pág. 112	<i>El control telemático de la contratación pública por el Tribunal de Cuentas</i>
N.º 34 pág. 115	<i>La funcionalidad de la garantía definitiva tras la desaparición de la previsión legal de incautación automática</i>
N.º 35 pág. 118	<i>El rescate como modo anormal de extinción de las concesiones</i>
N.º 36 pág. 121	<i>Transportes terrestres: reforma normativa y extinción de las concesiones vigentes</i>
N.º 37 pág. 125	<i>Novedades contractuales en materia de exportación de material de defensa: la Ley 12/2012 de 26 de diciembre</i>
N.º 38 pág. 129	<i>El desistimiento unilateral de la Administración en los contratos públicos</i>
N.º 39 pág. 132	<i>Nuevas directivas en materia de contratación pública: sectores clásicos, concesiones y sectores especiales</i>
N.º 40 pág. 136	<i>Administración local y competencia</i>
N.º 41 pág. 139	<i>Revisión de precios: sentido, significación, eliminación y consecuencias</i>
N.º 42 pág. 143	<i>Una nueva visión sobre las encomiendas de gestión y los contratos públicos</i>
N.º 43 pág. 146	<i>Las cláusulas de reserva de derechos en la liquidación de los contratos</i>
N.º 44 pág. 148	<i>La unificación de contratos: concesión de servicios y contratos mixtos. A propósito de una resolución del tribunal administrativo central de recursos contractuales</i>

— N.º 1. Marzo del 2009 —

La indemnización de los gastos generales en los contratos de obras

La suspensión del contrato administrativo de obras genera en el contratista perjuicios graves que merecen ser resarcidos y que son indemnizables siempre que se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe. Frente al criterio del porcentaje del presupuesto de ejecución -normalmente infructuoso- la sustentación de la pretensión indemnizatoria en cuentas, balances y facturas asegura mayor fiabilidad y rapidez en el cobro de la indemnización.

En la vida de los contratos administrativos, como es por todos sabido, surgen contrariedades e imprevistos que desvían de la trayectoria prevista el desenvolvimiento del negocio. Circunstancias ajenas a las partes, o en ocasiones ínsitas en el diseño del contrato, generan interrupciones, modificaciones, transformaciones de la relación contractual en su concepción originaria.

Una de las patologías más frecuentes -y onerosas- con que se encuentran los contratos administrativos en general, y el de obras en particular, es sin duda la suspensión del contrato, la paralización temporal de su vigencia. La figura de la **suspensión**, sin embargo, no es estática ni uniforme en su definición y eficacia, sino que antes bien, produce efectos muy distintos en función del momento en el que se produce, y del carácter total o parcial de dicha suspensión.

Los efectos que la suspensión del contrato proyecta sobre los **gastos estructurales** en la empresa contratista son necesariamente distintos según el momento de desenvolvimiento en que se encuentre el contrato afectado, con consecuencias diversas según se suspenda la ejecución del contrato al comienzo de la obra, justo a la terminación de la misma, o la suspensión tenga lugar en un periodo intermedio del fijado para realización de la misma; y en función

de si la suspensión es total o parcial, y de cual sea dicho porcentaje.

No existen dudas acerca de las **consecuencias negativas** que toda suspensión contractual tiene para el contratista, que se ve obligado a mantener las inversiones, realizar gastos imprevistos, soportar el riesgo que las transformaciones económicas puedan proyectar en el futuro del contrato, etc. Sin embargo estas consecuencias son **indemnizables** por imperativo legal del Artículo 102 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el texto aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio¹, cuyo apartado segundo establece que acordada la suspensión por la Administración, esa deberá abonar al contratista los daños y perjuicios “*efectivamente sufridos*”.

Este abono de **daños y perjuicios** tiene el carácter de **indemnización contractual**, tiene su origen en el contrato, y la acción de indemnización que del mismo se deriva se rige por ello como indemnización *ex contractu* y no por las reglas de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas².

Las consecuencias indemnizatorias que puede eventualmente llevar aparejada la suspensión temporal de una obra (o la suspensión definitiva), han sido

¹ Artículo 203 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, actualmente vigente.

² Son muchos los ejemplos de reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios derivados de la suspensión del contrato de obras que se inician como reclamaciones de responsabilidad patrimonial extracontractual. Los plazos y el procedimiento son diversos, y ello arroja consecuencias importantes para la mercantil contratista.

analizadas con detenimiento por el Consejo de Estado, llegando a la conclusión de que *“los efectos onerosos de la situación no pueden recaer sobre el contratista si no es imputable a él la causa directa o indirecta de la suspensión”*³.

Desde esta perspectiva y reconocido sin discusión el derecho a obtener una indemnización, los problemas afloran en relación con la **evaluación de tales daños**, y su cuantificación. No ofrece duda la evaluación de los costes directos e indirectos que la suspensión haya originado para el contratista, pero si genera dificultades y discrepancias, para los distintos órganos administrativos intervinientes en el procedimiento de indemnización, el cómputo de los **“gastos generales”**.

Son dos las normas que presiden la valoración de los gastos generales:

- El Artículo 131 del Reglamento General de Contratación, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que fija los gastos generales como un porcentaje del presupuesto de ejecución material de la obra, con independencia de la duración de la misma.
- La cláusula 65 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Real Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, que para la determinación del valor de los perjuicios derivados de la suspensión, solo contempla gastos vinculados de forma inmediata a la obra (sin prever, por tanto, en modo alguno la indemnización por aumento de gastos generales).

Sin embargo existe conflicto en cuanto a la forma de calcular los gastos generales y en cuanto a su toma en consideración. Se discuten los mecanismos de cálculo porque, primero, el criterio de los órganos administrativos intervinientes en el procedimiento de fijación y reconocimiento de la indemnización, no es pacífico; y segundo, porque aún admitiendo el criterio del porcentaje, no es claro si el mismo debe aplicarse sobre el presupuesto de ejecución o sobre el presupuesto de contratación.

Tradicionalmente, el Consejo de Obras Públicas viene reconociendo como instrumento idóneo para el cálculo de los gastos generales el del porcentaje

aplicado sobre el presupuesto de ejecución; y ello por la naturaleza de tales gastos en los contratos de obras. Como pone de manifiesto en el estudio incorporado como anexo al acta de su sesión 18/2003, de 12 de junio de 2003, la configuración legal y reglamentaria de los gastos generales como un porcentaje del presupuesto de ejecución no supone que su origen venga producido por la propias partidas de los costes de ejecución material, sino constituye exclusivamente un modo de estimación, dada la dificultad de cuantificarlos de otro modo, ya que esos gastos, en todo caso, se derivan efectivamente de la propia estructura organizativa de la empresa constructora.

La dificultad que comporta determinar los gastos generales que puede irrogar a una empresa una suspensión contractual -dada la distinta estructura empresarial y capacidad de gestión de cada una- ha llevado al Consejo de Obras Públicas a intentar diseñar un modo uniforme de fijación de gastos generales mediante la aplicación de un coeficiente corrector de los mismos distinto del usado para su determinación al establecer el presupuesto de contratación.

Frente a esta postura se alza la del Consejo de Estado que entiende que no cabe establecer *a priori* una regla general, pues cada contratista y cada contrato, al igual que cada patología contractual, es diferente. Por ello, entiende el Alto Cuerpo Consultivo que si bien la regla descrita presenta como utilidad inmediata la de fijar una suerte de tope a la cuantía de la indemnización que pueda efectuar el particular contratista, no es posible sin embargo efectuar una aplicación automática de un porcentaje⁴.

El Consejo de Estado admite por tanto que los daños irrogados como consecuencia de la suspensión de la vida del contrato deben ser indemnizados, si bien rechaza como criterio el de la aplicación de un porcentaje que supla la actividad, exigida como carga general al contratista, de acreditar el daño efectivamente sufrido. Ello es así porque los principios generales que rigen la indemnización de daños contractuales exigen que la misma sea individualizada (para el reclamante) y singularizada (para el contrato y su patología); por lo que los daños alegados deben ser justificados, bien mediante una valoración interna, bien mediante estudio externo por empresa especializada.

⁴ Entre otros, dictámenes núms. 1753/2005, de 22 de diciembre de 2005; y 220/2008, de 17 de abril de 2008.

³ Dictamen núm. 1841/2007.

De este modo, acreditada la certeza y alcance de los gastos generales padecidos por la contratista, **procede el abono de los mismos**, en la cuantía y extensión que previamente haya resultado acreditada o probada en la tramitación del expediente de reconocimiento del derecho de indemnización contractual, como reiteradamente ha mantenido el Consejo de Estado en sus diversos dictámenes en la materia.

El criterio mantenido por el Consejo de Estado para la indemnización de los gastos generales puede consultarse en la página web del Consejo de Estado (<http://www.consejo-estado.es>) y en la página web del Boletín Oficial del Estado, en el apartado de consultas, bases de datos (http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/consejo_estado.php). Entre otros, los dictámenes núms. 1.067/99; 652/2002; 1.753/2005; 37/2006; 1566/2007; y 2.085/2008.

— N.º 2. Mayo del 2009 —

El concurso como causa de resolución de los contratos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público

No toda declaración de concurso de un contratista conlleva necesariamente la resolución del contrato. Las novedades introducidas por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y su aplicación a la luz de la Ley 22/2003, Concursal, arroja un abanico tan amplio de supuestos en los que el concurso no extingue imperativamente el contrato celebrado con una entidad pública, que puede concluirse que la resolución contractual derivada de la insolvencia patrimonial es casi una excepción.

Los contratos celebrados por las distintas entidades del Sector Público- haciendo nuestra la nueva terminología instaurada por la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público- se extinguen, como todo fenómeno contractual, por su cumplimiento.

A esta causa de extinción lógica o natural del contrato, el Artículo 206 de la LCSP añade otra que integra en su seno ciertas **circunstancias sobrevenidas** que inciden en la existencia del contrato y lo hacen morir: **la resolución**. Entre las causas de resolución que enumera el Artículo 206 merece especial atención- probablemente por su actualidad- el **concurso del contratista**.

El protagonismo actual del concurso como causa de resolución de los contratos deriva de la confluencia de diversos factores, entre otros, la novedad que ha supuesto la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que transforma la terminología y régimen jurídico de las situaciones de insolvencia patrimonial; la actual situación de crisis económica que hace aflorar casi diariamente, situaciones abocadas al concurso; y la reciente Ley de Contratos del Sector Público, cuya nueva delimitación subjetiva oscurece la comprensión y aplicación de la norma.

El **concurso** es una **situación jurídica** que precisa su reconocimiento formal mediante declaración judi-

cial (auto); es un efecto de un procedimiento que se sustancia ante un órgano jurisdiccional y que viene a dar trascendencia jurídica a una situación de **insolvencia patrimonial** previa.

Frente a la legislación anterior, la Ley 22/2003, viene a **suprimir la dualidad de fases** - *suspensión de pagos y acuerdo de quita y espera como fases previas a la quiebra y al antiguo concurso de acreedores* - **y de procedimientos** - *deudor civil versus deudor mercantil* -; y regula una **única situación** que se articula a través de un **único procedimiento** y que tiene un mismo régimen jurídico¹, dotando de unidad y claridad la regulación de las situaciones de insolvencia patrimonial.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público configura el **concurso como causa de resolución** -Artículo 206.b-, y el Artículo 207 señala que *“la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato”*.

Ahora bien, las consecuencias de los cambios normativos introducidos por la LCSP y por la Ley Concursal son mucho mayores de lo que pudiera parecer a primera vista. Hasta época reciente, la aplicación del Artículo 111.b) de la antigua Ley de Contratos de las Administraciones Públicas² -que configuraba

¹ Esta nueva regulación se introdujo en la Ley de Contratos entonces vigente por la disposición final decimotercera de la Ley Concursal.

² El Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

como causa de resolución de los contratos la declaración de quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento o el acuerdo de quita y espera-; y las normas procesales establecidas en el ámbito civil y mercantil determinaba la aplicación automática de la causa descrita para la resolución de los contratos administrativos. A ello debe unirse el hecho de que la práctica mayoría de los contratos celebrados por las Administraciones públicas eran contratos administrativos, sujetos a la regla descrita, pues los contratos privados eran una categoría casi residual, reservada para una lista reducida de supuestos.

Esta situación se ha transformado notablemente y ello por los siguientes motivos:

1. La LCSP ha introducido novedades profundas en su ámbito subjetivo de aplicación. Para empezar, diferencia tres grupos de sujetos distintos: las Administraciones Públicas (Administraciones territoriales, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, Organismos Autónomos, Universidades Públicas y ciertas entidades de derecho público cualificadas); los “poderes adjudicadores” – una categoría compleja e intermedia-; y el “sector público”, integrado por todos aquellos entes, organismos y entidades que teniendo una cierta relevancia jurídico-pública no son Administración pública.

Esta clasificación tripartita se corresponde con una sujeción a la LCSP de distinta intensidad, de tal suerte que mientras las Administraciones Públicas se someten íntegramente a los postulados de la Ley, los poderes adjudicadores disfrutan de un régimen jurídico de intensidad “intermedia”, y para los entes del sector público la aplicación de la norma es casi mínima, hasta tal punto que todos los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administración son contratos privados.

2. Por su parte, la Ley Concursal –Artículo 67- no determina un mismo régimen jurídico para todos los contratos “públicos”, sino que prevé unos efectos distintos según se esté ante un contrato administrativo o un contrato privado: “*los efectos de la declaración de concurso sobre los **contratos de carácter administrativo** celebrados por el deudor con Administraciones públicas se*

*regirán por lo establecido en su legislación especial (ley de contratos). Sin embargo, respecto de los **contratos privados** celebrados por el deudor con Administraciones públicas los efectos de la declaración de concurso se regirán por lo establecido en la esta Ley (Concursal)*”.

Dado que todos los contratos celebrados por las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administración son contratos privados; y que además muchos de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas son también contratos privados, debe concluirse que una gran cantidad de contratos “públicos³” se sujetarán, en cuanto a los efectos de la declaración de concurso, no a la LCSP, sino a la Ley Concursal, con unas consecuencias bien distintas ya que el régimen jurídico que una y otra norma prevén son diferentes en cuanto a las **facultades resolutorias** de la entidad pública contratante.

De acuerdo con lo expuesto, los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos celebrados por una entidad pública al amparo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público son distintos según se trate de un contrato administrativo o de un contrato privado en los siguientes términos:

Los **contratos administrativos** se regirán por la Ley de Contratos del Sector Público, en cuya virtud la **declaración de concurso** se configura como una causa de resolución del contrato pero opera del siguiente modo:

- Durante la fase común del concurso (y durante la fase de convenio) la tramitación del procedimiento concursal **faculta** a la Administración para resolver el contrato, si el concursado no presta garantías de su cumplimiento, a satisfacción de la Administración.
- La apertura de la liquidación si produce, en todo caso, la **resolución del contrato de forma automática**.

Los contratos privados en cambio no se sujetan a la LCSP, sino a la Ley Concursal, lo que conlleva *prima facie* la sujeción al régimen común previsto en dicha norma, con la consideración de la entidad contratante como un acreedor no cualificado.

³ Es decir, contratos celebrados por una entidad del sector público en general.

La Ley Concursal determina la regla general de la no resolución de los contratos con obligaciones recíprocas, determinando expresamente, en el apartado segundo del Artículo 61 que *“la declaración de concurso, por si sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”*; aunque el segundo párrafo matiza que *“la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso”*.

Así las cosas, la declaración de concurso sólo opera como causa de resolución de los contratos administrativos, e incluso respecto de ellos, no opera de forma automática, pudiendo la Administración contratante acordar el mantenimiento del contrato si el contratista aporta garantías suficientes de su cumplimiento. Solo la apertura de la fase de liquidación opera imperativamente como causa de resolución del contrato administrativo.

Por otro lado, los contratos privados celebrados por la Administración, y cualquier contrato celebrado por una entidad del sector público que no sea Administración quedan *extra muros* de las previsiones contenidas en la LCSP de tal modo que la declaración de concurso no opera ni automática ni imperativamente como causa de resolución del contrato y su eficacia queda supeditada a lo que determine el órgano jurisdiccional a petición de la administración concursal o del propio concursado en la forma prevista y de acuerdo con las previsiones de la Ley Concursal.

La actualidad e importancia de la regulación concursal hoy se pone de manifiesto en la inminente aprobación de una norma dirigida al apoyo de las empresas deudoras. El Consejo de Ministros aprobó el pasado viernes 27 de marzo de 2009 un proyecto de Real Decreto Ley de “medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica” en el que se prevé facilitar la financiación de las empresas viables que aporten garantías, incentivar la suscripción de convenios anticipados que impidan la declaración de concurso, y la agilización del procedimiento y de la liquidación de aquellas empresas cuyo final razonable sea su extinción.

— N.º 3. Junio del 2009 —

La prórroga de los contratos administrativos de gestión de servicios públicos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

Durante las últimas décadas se ha producido en la práctica administrativa una relajación de los requisitos legalmente exigidos para la prórroga de los contratos administrativos en general, y del de gestión de servicios públicos en particular, que ha llegado a desdibujar el régimen legal de la ampliación temporal de los contratos. Este recurso a la prórroga contractual como mecanismo de financiación de obras nuevas o de restablecimiento del equilibrio económico del contrato se ha convertido, por la coyuntura económica, en el foco de atención de todas las miradas, y su utilización comienza a cuestionarse en todos los ámbitos.

Desde la Ley de Contratos del Estado de 1965 –primera norma específica en nuestro país sobre la materia– los contratos administrativos han conocido siempre de ciertos límites, materiales y formales, que los perfilan y definen como tales. Dentro de esta categoría amplia, cada uno de los contratos administrativos típicos reúne unas características y requisitos que lo sustantiva y diferencia de los demás. Entre estos muchos condicionantes y cualidades propias de cada uno de los contratos administrativos se encuentra el temporal: su **duración**.

Desde sus orígenes, los distintos contratos administrativos han tenido un horizonte temporal definido, delimitado por la Ley, y conforme a las características y fines que con la celebración de cada categoría contractual se persigue. Esto explica la tradicional mayor duración del contrato de gestión de servicios públicos, o de concesión de obra pública frente a los antiguos contratos de consultoría y asistencia, o los actuales de servicios.

La fijación legal de una duración máxima de cada contrato administrativo típico debe interpretarse efectivamente como un **límite final**, en el sentido de que no cabe una duración mayor que la autorizada por la Ley. Así las cosas, la Administración contratante puede diseñar en el pliego una duración distinta (y necesariamente inferior) de la máxima legalmente fijada, y prever una o varias prórrogas de uno o varios años en la forma que estime conveniente, sin superar en ningún caso el máximo previsto en la Ley.

Ahora bien, esa facultad legal – y jurisprudencialmente- reconocida a la Administración para diseñar la duración del contrato debe entenderse conforme a los siguientes parámetros:

- En ningún caso el pliego de cláusulas administrativas particulares puede prever una duración total del contrato, incluidas las prórrogas, que supere la duración máxima prevista en la norma vigente en el momento de celebración del contrato.
- La norma que rige la duración de los contratos es el pliego de cláusulas administrativas particulares, de tal modo que cualquier prórroga del mismo debe hacerse en los términos previstos en el pliego, que pueden haber establecido una duración máxima inferior a la prevista legalmente.
- Cualquier prórroga del contrato realizada **extra muros del pliego**, con periodos de superiores o inferiores a los en él previstos, no es una prórroga del contrato sino una modificación contractual.

Estas conclusiones se han mantenido y defendido tanto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) como por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que han reconocido expresamente la aplicación directa y prioritaria del pliego de cláusulas administrativas particulares, y la supletoria de la Ley para la determinación de la duración de los contratos. El **pliego es**, en palabras de la JCCA y del Tribunal

Supremo, la “**ley del contrato**”¹, hasta tal punto que la falta de previsión de prórroga o de su duración, o de la forma de aplicación de la misma en los pliegos impide su aplicación al contrato que regula². Por otro lado en caso de previsión contractual de prórroga, ésta sólo podrá articularse con la periodicidad y duración prevista en el pliego³.

El contrato prorrogado no es un contrato nuevo, sino el propio contrato primitivo que, como ha declarado la JCCA⁴, “*sigue produciendo sus efectos durante el período de prórroga*”.

Cuestión distinta es la de la modificación del contenido del pliego en lo tocante a la prórroga del contrato. En estos casos, la “ley del contrato” es el pliego modificado, de tal modo que para determinar el máximo legal previsto de duración del contrato – para el caso de que el mismo se remita al máximo previsto en la Ley- debe atenderse a la norma vigente en el momento de modificación del pliego.

Ahora bien, a pesar de la concreción con que la Ley define esta técnica, lo cierto es que la práctica administrativa de los últimos años ha incurrido en un uso y verdadero abuso de la misma llegando a deformar la figura, ampliándola y desdibujándola hasta límites insospechados con objeto de dar cobertura, por medio de la ampliación temporal del contrato, a verdaderas modificaciones contractuales en muchos casos sustanciales que no habrían tenido cabida sino mediante la licitación de un nuevo contrato.

La categoría contractual más afectada por este abuso de las prórrogas ha sido sin duda el **contrato de gestión de servicios públicos**, dado que el fin que preside su desenvolvimiento y ejecución, y el perjuicio que su paralización o mal cumplimiento podría irrogar a los destinatarios del servicio (particulares) ha determinado una mayor laxitud en la aplicación de los límites legalmente previstos, y una relativa

condescendencia a la hora de valorar las circunstancias que rodean dicha ampliación temporal.

En efecto, en la práctica administrativa se observan supuestos en los que se acude a la figura de la prórroga para:

- La financiación de obras realizadas por el mismo contratista para fines diversos de los que integran el objeto del contrato.
- La devolución de cantidades debidas por la Administración al contratista por motivos distintos y ajenos al contrato entre ellos vigente.
- Mantener vivo un contrato con duración determinada inferior al máximo legal pero sin que se hubiera establecido en el pliego ninguna posibilidad de prórroga.
- Restablecer el equilibrio económico financiero del contrato a raíz de ciertas inversiones realizadas por el contratista

En los casos de financiación de obras nuevas, ajenas al objeto del contrato de gestión de servicios públicos, o de devolución por la Administración contratante de cantidades debidas al contratista por título distinto de dicho contrato, la doctrina y la jurisprudencia son bastante reacias a su reconocimiento, lo que eleva el riesgo de impugnación de la prórroga; pues la ampliación temporal del contrato para, con su mayor duración, financiar o remunerar inversiones nuevas o cantidades debidas al contratista puede suponer una modificación tácita y sustancial del contrato, lo que resultaría contrario a los principios de publicidad e igualdad en la licitación, como ha recordado el Consejo de Estado⁴ y la JCCA⁵.

Cuestión distinta es la de la prórroga del contrato de gestión de servicios públicos como **mecanismo**

¹ Informes 18/1997 de 14 de julio y 47/1998 de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como la jurisprudencia –vid. STS 2 abril 1996 entre otras–.

² Informe JCCA 38/1998 de 16 de diciembre, y 7/2006 de 24 de marzo.

³ Informe JCCA 59/00 de 5 de marzo de 2001.

⁴ Informe JCCA 30/00 de 21 de diciembre de 2000.

⁵ Dictamen 79/93, de 1 de abril (http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=1993-79) y dictamen 2582/95, de 1 de febrero (http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=1995-2582).

de compensación o para el **restablecimiento del equilibrio económico del contrato**. Para estos casos no sólo no existe una respuesta jurisprudencial clara, sino que además existen pronunciamientos doctrinales –y jurisprudenciales– partidarios, si bien con reservas en cuanto a cada supuesto de hecho concreto.

Así por ejemplo la posibilidad de la **prórroga** como **medida compensatoria** respecto a los desequilibrios económicos que se produzcan al concesionario por inversiones ha sido expresamente admitida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de mayo de 2005⁶ (en la que cita otra de 26 de febrero

de 1998 y el dictamen del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1999).

Por otro lado, el uso de la **prórroga** del contrato para **restablecer el equilibrio económico-financiero** en el seno de un contrato de gestión de servicios públicos ha sido analizado ampliamente por la JCCA⁷, que en sus informes no ha negado de plano tal posibilidad, admitiendo que en aquellos contratos en cuyo pliego se prevea la posibilidad de prórroga, y se acrediten ciertas circunstancias, cabe el uso de la misma para el restablecimiento del equilibrio económico financiero entre las partes.

⁶ Fundamento jurídico tercero.

⁷ Informes JCCA 12/2006 y 7/2006 de 24 de marzo.

La suspensión de los contratos administrativos de obras, la producción de daños para el contratista y su indemnización

En la realidad diaria de la contratación administrativa son habituales los casos de suspensión de la ejecución de los contratos, por la aparición de circunstancias de lo más variadas que impiden temporalmente su continuación. Esta paralización de los contratos no solo no es imputable a los contratistas en la mayor parte de los casos, sino que además les genera una serie de perjuicios económicos cuya indemnización debe afrontar la Administración contratante. Ello no obstante, un mal asesoramiento jurídico lleva normalmente a los contratistas a formular las reclamaciones en términos inadecuados, lo que arroja como resultado el cobro de indemnizaciones muy inferiores a las que corresponderían.

Los contratos administrativos se celebran con el fin primordial de su efectivo cumplimiento. Dicho cumplimiento se somete a plazos que aparecen como límites temporales de la obligación contractual, de tal modo que cualquier alteración de tales los plazos supone una variación de los términos del contrato tal y como fue concebido.

Cabe la modificación del contrato para variar sus límites temporales y por tanto para ampliar o reducir los plazos de ejecución del mismo por la aparición de circunstancias nuevas o de causas imprevistas que no se habían contemplado en el momento de su celebración.

Pero también cabe que, sin acometer ninguna modificación formal del contrato, la duración del mismo varíe como consecuencia de la suspensión del contrato, de la paralización temporal de su eficacia.

La suspensión de los contratos administrativos puede producirse por dos causas:

- Por solicitud formulada por el contratista cuando la Administración ha incurrido en demora en el pago del precio convenido por tiempo superior a cuatro meses (debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en la Ley.) Artículo 200.5 de

la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

- Por el ejercicio por la Administración de la prerrogativa exorbitante que le faculta para suspender la ejecución de los contratos administrativos cuando proceda interés público para ello o sea necesario para remover obstáculos o impedimentos a su correcto cumplimiento. Artículo 203 LCSP.

Es interesante recordar que dicho Artículo 203 establece que cuando se acuerde la suspensión (con independencia de su origen o causa), “*se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél*”. Su apartado segundo señala además que “*Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste*”.

La suspensión del contrato se configura así como una incidencia de carácter **netamente contractual** que al margen de su origen inmediato, produce unas **consecuencias negativas**, verdaderos daños que se deben resarcir. El Consejo de Estado ha reiterado que las consecuencias indemnizatorias que puede llevar eventualmente aparejada la suspensión temporal de una obra (o la definitiva) tiene unos efectos onerosos que no pueden recaer sobre el contratista si no es imputable a él la causa directa o indirecta de la suspensión¹.

¹ Dictamen núm. 1841/2007, citado en la Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2007, disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202007.pdf>.

De lo expuesto deben extraerse tres conclusiones:

- Que la suspensión puede deberse a causas imputables a la Administración o al contratista.
- Que la suspensión produce efectos negativos, consecuencias onerosas.
- Que el contratista no tiene que soportar dichas consecuencias cuando la causa de la suspensión, directa o indirectamente, no le sea imputable.

La suspensión del contrato produce así relevantes daños económicos para los contratistas que, cuando la causa no le es imputable, tienen derecho a exigir que se le indemnice². Sin embargo, a pesar de que así lo establece la ley, lo cierto es que en numerosas ocasiones dichas indemnizaciones no prosperan pues la pretensión indemnizatoria no se ejercita de modo adecuado; ¿por qué? Porque no se acredita correctamente los daños, o no se cuantifica o demuestra su extensión.

La ley establece que la Administración deberá abonar al contratista los **daños y perjuicios “efectivamente sufridos”** desde el levantamiento del acta de suspensión temporal parcial. Ahora bien, el Consejo de Estado ha reiterado que el derecho no decae por el hecho de que la Administración contratante no levante acta de suspensión temporal, pues el derecho a la indemnización nace de la suspensión misma, siendo el acta únicamente un medio privilegiado de prueba.³ De este modo, la omisión del acto administrativo formal y expreso de suspensión no puede tener efectos exoneratorios para la Administración responsable de tal omisión⁴.

Sentada la procedencia de la indemnización, se plantea el problema de la **valoración de los daños**. Ello es así porque según ha señalado el Consejo de

Estado en la Memoria elevada al Gobierno en 2004, el lucro del contratista por la vía de los daños causados es “un supuesto demasiado frecuente, sobre el que el Consejo de Estado ha expresado reiteradamente su preocupación dadas las negativas consecuencias que tiene para los intereses públicos pero no siempre para el contratista, que tiende a calcular al alza los daños y perjuicios “efectivamente sufridos” que la Administración debe abonarle.”

En efecto, la indemnización de los gastos atendiendo a porcentajes o valoraciones globales es vista con recelo por las instituciones públicas, como manifiesta el Consejo de Estado en la referida Memoria, y por ello la Administración trata de evitar que la suspensión sea ocasión de lucro o beneficio del contratista, exigiendo la **debida justificación de los efectivos gastos sufridos** que han de guardar relación directa con la suspensión⁵.

Así las cosas resulta evidente que la **clave de la indemnización de los daños** radica en la **correcta acreditación** de los mismos, en la demostración de su extensión y realidad de forma expresa y documentada. En este sentido, mientras los gastos directos no plantean gran dificultad, la prueba de los gastos indirectos se revela como una tarea casi imposible.

Muchos contratistas recurren a la cuantificación de los gastos generales mediante la aplicación de un porcentaje al presupuesto de ejecución, lo que resulta una estrategia incorrecta además de poco exitosa, pues como ha señalado el Consejo de Estado⁶ tales gastos “pueden y deben ser indemnizados si se producen, pero ha de acreditarse **su realidad, efectividad e importe**, sin que sea dable ni presumir su existencia ni determinar su importe mediante un porcentaje del presupuesto de ejecución material”.

En efecto, la aplicación automática de porcentajes no es lo que prevé el Artículo 203 LCSP – ni antes

² Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2002 (RJ 7060).

³ Dictamen Consejo de Estado núm. 552/2008, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2008-552.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1989.

⁵ Dictamen del expediente 3557/2003, disponible en el siguiente enlace http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2003-3557

⁶ Dictamen 37/2006, disponible en el siguiente enlace http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2006-37

el art. 102 TRLCAP- que se refiere solo a los daños “**efectivamente sufridos**” por el contratista; que, de acuerdo con el Artículo 68 del Reglamento General de Contratación, incluye los “*gastos generales de la empresa, gastos financieros, Impuesto sobre el Valor Añadido, cargas fiscales, tasas de la Administración legalmente establecidas que inciden sobre el costo de las obras y demás derivados de las obligaciones del contrato*”.

Es criterio reiterado del Consejo de Estado⁷ **inadmitir** la procedencia de la **aplicación automática del porcentaje de gastos generales sobre las par-**

tidas indemnizatorias derivadas de sobrecostos por suspensión de las obras, pues tal y como se decía en la Memoria de este Alto Cuerpo Consultivo del año 2001, su abono sólo procede “si han sido soporados efectivamente por el contratista” y en la cuantía en que lo fueron.

Por todo lo expuesto debe concluirse que, para lograr la correcta indemnización de los daños derivados de la suspensión, la estrategia a seguir es la de descartar la aplicación de porcentajes, y realizar un **estudio jurídico y económico exhaustivo** que acredite la **realidad y extensión** de los efectivamente sufridos.

⁷ Por ejemplo, dictámenes números 1067/99, de 10 de junio, 652/2002, de 22 de mayo de 2002 y 1753/2005, de 22 de diciembre de 2005).

— N.º 5. Agosto del 2009 —

La integración de la solvencia técnica y profesional, económica o financiera, con medios de tercero

Por todos es sabido que para contratar con la Administración, o con cualquier entidad del Sector Público, no basta con contar con la clásica capacidad jurídica o capacidad de obrar; sino que es preciso acreditar otros requisitos adicionales pero esenciales para poder ser tomado en consideración en la pugna por resultar adjudicatario de un contrato público. De entre tales requisitos destaca sin duda el de la solvencia, técnica y profesional, y económica o financiera, cuya acreditación puede acometerse ahora mediante la referencia a medios ajenos a la empresa licitadora. En efecto, la capacidad puede completarse acudiendo a la solvencia de otra empresa siempre y cuando se disponga efectivamente de los mismos para el cumplimiento del contrato, y así se acredite oportunamente.

La capacidad para contratar con el Sector Público se nos presenta como una suerte de “capacidad cualificada” que exige el cumplimiento de una serie de requisitos entre los que destaca, como es sabido, el de la **solvencia**, en sus dos versiones de **solvencia técnica y profesional** por un lado, y **solvencia económica o financiera** por otra. La forma de acreditación de dicha solvencia era regulada de forma clara y concisa en los Artículos 16 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) haciendo referencia a la presentación de informes de instituciones financieras, cuentas anuales o declaraciones relativas a la cifra de negocios global durante los últimos ejercicios – para el caso de la solvencia económica y financiera –, o mediante relaciones de los contratos realizados, declaraciones o descripciones de medios, etc. – para el caso de la solvencia técnica y profesional-.

Ello no obstante, lo cierto es que la voluntad última que parecía subyacer en el Derecho comunitario era la de **ampliar** las posibilidades de acreditación de la solvencia previstas en las directivas para facilitar el acceso de cualesquiera contratistas a la licitación pública en el seno de la Unión.

Este criterio se estructuró mediante la posibilidad de que la **solvencia** de una determinada empresa

podiera completarse o incluso integrarse totalmente por los medios disponibles en otra empresa distinta pero con la que aquella guardaba un especial vínculo de relación.

Tal posibilidad, que luego fue recogida expresamente en la Directiva 2004/18/CE, aparecía ya en las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de los contratos públicos de suministros y de los contratos públicos de obras, respectivamente; y se fue perfilando y sobre todo consagrando en la Jurisprudencia del TJCE.

En un primer momento, a principios de los noventa, el Alto Tribunal vino a reconocer la posibilidad de que una **sociedad perteneciente a un Holding empresarial acreditara su capacidad** – a efectos de inscripción en una lista oficial de contratistas clasificados, o a los efectos de resultar adjudicatario de un contrato público – **mediante los medios de sus filiales** siempre que demostrara que **disponía efectivamente de dichos medios** para la ejecución de los contratos¹.

Este criterio, que se mantuvo en sentencias posteriores², se amplió a finales de los noventa, extendiendo la doctrina a los supuestos en los que entre

¹ STJCE de 14 de abril de 1994 (asunto C-389/92)

² STJCE de 18 de diciembre de 1997 (asunto C-5/97)

la empresa licitadora y la entidad con la que pretende completar su capacidad no existe un vínculo estructural que les una sino solo **compromisos de carácter material suscritos entre las partes**³. Esta última doctrina jurisprudencial, más extensa y amplia, ha sido luego reiterada en otras tantas⁴.

En nuestro país, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante JCCA) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance del Artículo 15 TRLCAP en materia de solvencia recordando que la finalidad del referido precepto consistía en incorporar al derecho interno la doctrina de la STJCE de 14 de abril de 1994 que estableció que la Directiva 71/304/CEE y la Directiva 71/305/CEE “*permiten, para la apreciación de los requisitos que debe reunir un empresario en el examen de una solicitud de clasificación presentada por una persona jurídica dominante de un grupo, tener en cuenta a las sociedades que pertenecen a ese grupo, siempre que la persona jurídica de referencia justifique que efectivamente tiene a su disposición los medios de estas sociedades que son necesarios para la ejecución de los contratos*,” correspondiendo al juez nacional apreciar si tal justificación se ha aportado⁵.

La Directiva 2004/18/CE reconoce formalmente la posibilidad de integración de la solvencia por medios externos tanto en sus Artículos 47 y 48 como en su considerando 45, al afirmar éste último que “(...) *es importante tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los casos en que un operador económico que forme parte de un grupo utilice la capacidad económica, financiera o técnica de otras sociedades del grupo en apoyo de su solicitud de inscripción. Corresponde en este caso al operador económico probar que dispondrá efectivamente de estos medios durante toda la duración de validez de la inscripción (...)*”.

Los Artículos 47.2 y 48.3 de la Directiva reconocen tal posibilidad respecto de la capacidad económica y financiera (47.2) y de la capacidad técnica y profesional (48.3) señalando que la misma podrá basarse en las **capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de**

los **vínculos** que tenga con ellas, si bien impone al operador económico **demostrar**, ante el poder adjudicador, que **dispondrá de los medios necesarios**, mediante la presentación del **compromiso** de dichas entidades a tal efecto.

Fruto de la incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento jurídico español es el Artículo 52 de la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), relativo a la integración de la solvencia con medios externos, en el que se reconoce la posibilidad de acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado basándose en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas y siempre que se demuestre que para la ejecución de dicho contrato, se dispone efectivamente de esos medios.

Llegado este punto deben extraerse, en consecuencia, las siguientes conclusiones:

- Para celebrar contratos con el sector público, los empresarios deberán **acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica** que se determinen por el órgano de contratación (art. 51 LCSP).
- La **solvencia** necesaria para celebrar un contrato determinado **podrá acreditarse** mediante referencia a la solvencia y medios de otras entidades.
- La acreditación de la solvencia puede realizarse mediante referencia a un tercero con **independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos** que se tenga con el mismo; y por tanto **sin necesidad** de la **previa** existencia de un **contrato o vínculo jurídico** al respecto.
- La integración de la solvencia con medios externos debe **acreditarse** mediante la **demostración**, ante el órgano de contratación, de que se **dispone efectivamente** de los medios de esa tercera empresa (mediante la firma de un compromiso al respecto, la suscripción de un convenio, etc.).

³ STJCE Holst Italia de 2 de diciembre de 1999 (asunto C-176/98)

⁴ STJCE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98), STJCE de 18 de marzo de 2004, (asunto C-314/01), STCE de 18 de noviembre de 2004 (asunto C-126/03), y STJCE de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05), entre otras.

⁵ JCCA INFORME 10/02, de 13 de junio de 2002.

- La posibilidad de acudir a medios externos para la integración de la solvencia se circunscribe a **cada contrato determinado**, conforme determina el Artículo 52 LCSP.

En conclusión, la solvencia que la LCSP exige para poder licitar frente al Sector Público puede acreditarse no solo con medios propios, sino también acudiendo a los medios y recursos de otra/s empresa/s siempre y cuando se disponga efectivamente de los mismos y se acredite o demuestre dicha disponibilidad ante el órgano de contratación.

La expresión legal “para celebrar un contrato concreto” debe entenderse en el sentido de que el

contratista debe acreditar al órgano de contratación de que se trate, la verdadera y plan disponibilidad de los medios de tercero a los que se ha recurrido para acreditar la solvencia, suplir o completar la capacidad, para la **licitación en cada proceso contractual específico**. Sin embargo, lo que no cabe mantener es una interpretación estricta que impida a los licitadores acudir a los medios de otra empresa o entidad para acreditar la solvencia a los efectos de su clasificación, pues ya en la década de los años 90, en las primeras sentencias comunitarias en la materia, se reconocía expresamente la posibilidad de integración de la solvencia por medios externos a los efectos de inscripción en una lista oficial de contratistas clasificados.

— N.º 6. Septiembre del 2009 —

La falta de legitimación activa de las uniones temporales de empresas para actuar ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo en el caso de no actuar al unísono todos sus componentes

De entre los distintos sujetos capacitados para contratar con las Administraciones Públicas tradicionalmente se viene aceptando, de manera pacífica, la capacidad de las Uniones Temporales de Empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin necesidad de acometer la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor. Esta situación temporal y transitoria previa a la formalización de la UTE plantea ciertos problemas relacionados con la posible impugnación en vía jurisdiccional de aquellos acuerdos que las perjudiquen, y ello precisamente por la falta de formalización. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2009 negando la legitimación activa a los miembros de la UTE reclamante dota de interés y actualidad el estudio de la accesibilidad de las UTES a la jurisdicción antes de su constitución formal en escritura pública, y la averiguación de cuales son los criterios jurisprudenciales al respecto.

La capacidad para contratar de las Uniones de empresarios (tradicionalmente conocidas como uniones temporales de empresas bajo las siglas UTE) con la Administración ha sido expresamente consagrada por el art. 24¹ del Real Decreto Legislativo 2/2001, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), y actualmente reconocida para contratar, con el Sector Público, por el art. 48 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

El **régimen jurídico** de las UTEs se caracteriza por ciertas **notas** que sustentan su posición ante la Administración contratante y que se ponen de manifiesto en los distintos planos de su actividad contractual, como son²:

- Las UTEs **no** tienen **personalidad jurídica**.
- Su **duración** es coincidente con la del **contrato** para el que se constituyen y hasta su extinción.
- Los **empresarios** integrados en la UTE quedan **obligados solidariamente** ante la Administración.
- Los empresarios deben nombrar un **representante o apoderado único de la unión** con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se derivan hasta la existencia del mismo³.
- Pueden existir **poderes mancomunados** para la realización de cobros y pagos de cuantía significativa.

¹ La Administración podrá contratar con uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor. En el mismo sentido el art. 48 LCSP.

² Artículos 24 TRLCAP y 48 LCSP así como también los Artículos 7 y 8 de la Ley 18/1982/de 26 de mayo, de Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional.

³ “Gerente” en la terminología de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

La enumeración de estas características es interesante a efectos de valorar en qué supuestos y cómo puede una UTE o sus miembros impugnar un acto o acuerdo que le perjudique en sus relaciones contractuales con la Administración, ya que en principio dicha impugnación solo podría articularse a través del **representante o apoderado único**. Ello no obstante, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido en ocasiones la **legitimación** de un sujeto distinto del “representante o apoderado” formalmente designado – por no haber habido aún nombramiento, pues se está en una fase anterior a la constitución formal de la UTE- en virtud del **principio pro actione** si bien, esto ha generado una jurisprudencia que pudiera parecer, a primera vista, contradictoria en ciertos extremos.

En efecto, el Tribunal Supremo, ha reconocido en ocasiones la legitimación de uno de los componentes de UTEs en la impugnación de actuaciones administrativas:

- En la **STS de 28 de febrero de 2005**⁴ reconoció la legitimación a un empresario individual para actuar en defensa de los intereses de la UTE en la que participaba junto con una S.L., mediante una equivalencia con la legitimación de los miembros de una comunidad de bienes.
- En la **STS de 11 de julio de 2006**⁵, admitió la legitimación de una sociedad para impugnar un acto que declaraba desierta una subasta, en nombre de una UTE (a constituir) participante de la que ostentaba el 70%.

Sin embargo, la **nota común** en éstas y en otras sentencias (STS de 13 de mayo de 2008, dictada en el recurso de casación 1827/2006 y STS de 23 de julio de 2008, dictada en el recurso

de casación 1826/2006, entre otras) radica en que en estos supuestos, el sujeto individual (persona física o jurídica) que actuó en nombre y representación de la UTE, tal vez **no lo hizo con poderes expresos al respecto**, pero si con una situación de **apoyo o aquiescencia** de los demás miembros del grupo, que permite concluir que actuaba como el representante o apoderado único a que se refiere la ley.

Frente a esta jurisprudencia puede destacarse otra que, sin contradecirla, se ha pronunciado **en contra de la legitimación de una o varias empresas** de una UTE para la impugnación de una actuación administrativa cuando se ha entendido que **los componentes** de la agrupación empresarial **no actúan al unísono**.

Así ocurrió en la **STS de 27 de septiembre de 2006**⁶ en la que el TS **negó la legitimación** para recurrir la adjudicación de una concesión a dos empresas que formaron parte de una agrupación de empresas más amplia, al considerar que las mismas no poseían relevancia jurídica a título individual, puesto que no habían concurrido como tales al concurso – correspondiendo por tanto la **legitimación a la entidad colectiva**.

La razón de ser de las diferencias entre unas y otras sentencias no radica en cambios oscilantes ni en contradicciones sino en la premisa de que exista, en aquel que actúa en nombre de una UTE, una cierta cualidad o condición que permita afirmar que actúa en nombre de todos los miembros que la integran, - condición que se presume cuando ningún miembro se opone expresamente a ello-. Por ello el Tribunal Supremo ha admitido en ocasiones la legitimación de uno de los miembros de la asociación empresarial cuando el supuesto de hecho ha

⁴ STS de 28 de febrero de 2005, recurso de casación 161/2002. http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/pdf/28079130042005100144.pdf?formato=pdf&K2DocKey=E:\SENTENCIAS\20050512\28079130042005100144.xml@sent_TS&query=%28%3CYESNO%3E%28161%2F2002%3CIN%3CNumero_recurso%29%29%3CAND%3E%28%3CYESNO%3E%281%3CIN%3CE Idioma%29%29

⁵ STS de 11 de julio de 2006, recurso de casación 410/2004, FJ 3º. http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/pdf/28079130042006100269.pdf?formato=pdf&K2DocKey=E:\SENTENCIAS\20060810\28079130042006100269.xml@sent_TS&query=%28%3CYESNO%3E%28410%2F2004%3CIN%3CNumero_recurso%29%29%3CAND%3E%28%3CYESNO%3E%281%3CIN%3CE Idioma%29%29

⁶ STS de 27 de septiembre de 2006, recurso de casación 5070/2002. http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/pdf/28079130032006100287.pdf?formato=pdf&K2DocKey=E:\SENTENCIAS\20061026\28079130032006100287.xml@sent_TS&query=%28%3CYESNO%3E%285070%2F2002%3CIN%3CNumero_recurso%29%29%3CAND%3E%28%3CYESNO%3E%281%3CIN%3CE Idioma%29%29

evidenciado una **voluntad común de los integrantes**, aunque la interposición del recurso jurisdiccional fuere individual.

A sensu contrario, el Tribunal Supremo niega tal legitimación en los supuestos en los que del ejercicio de acciones por uno de los miembros de la UTE se pone de manifiesto la existencia de disidencia entre sus componentes⁷. El ejemplo más reciente de esta postura se ha materializado en la **STS de 22 de**

junio de 2009, en la que se aprecia una **falta de legitimación activa** al no actuar los distintos componentes de la UTE al unísono, circunstancia ésta que se deduce claramente de la renuncia previa al ejercicio de acciones judiciales por parte de una de las empresas componentes de la agrupación temporal; desistimiento que también realizó la persona física designada por todos los componentes de la UTE para su representación en las actuaciones a llevar a cabo.

⁷ La Jurisprudencia del TJCE ha admitido la compatibilidad con el Derecho comunitario de la norma nacional que exija que sea la totalidad de los miembros de una UTE (que haya participado como tal en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, y que no haya resultado adjudicataria), y no solo de sus miembros a título individual, la que pueda interponer un recurso contra la decisión de adjudicación (STJCE de 8 de septiembre de 2005, asunto 129/2004, Espace Trianon y Sobibail).

— N.º 7. Octubre del 2009 —

La voluntariedad de la garantía provisional y la conveniencia de su no exigencia en situaciones económicas desfavorables o de crisis

La actual situación del mercado, el aumento desorbitado del paro, la constricción del consumo y las dificultades que comporta el acceso a cualquier tipo de financiación – dada la conocida negativa del sector financiero a desarrollar o siquiera mantener su actividad crediticia tradicional – hacen especialmente idónea la toma de conciencia, por parte de la Administración Pública, de la necesidad de orquestar mecanismos que coadyuven a la estimulación del mercado, la creación de nuevas empresas y sobre todo, a la dinamización de los procesos económicos. Así las cosas parece interesante poner el acento en la posibilidad, legalmente reconocida a la Administración, de adoptar ciertas medidas que sin grave riesgo económico para la misma, pueden ofrecer estímulo a la actividad empresarial privada impulsando así el desarrollo del mercado, el crecimiento del consumo y la reactivación económica. Entre tales medidas resulta capital la posibilidad de excluir, en toda licitación, la formalización de la denominada garantía provisional; ello supone ampliar notablemente la concurrencia empresarial y eliminar trabas que en ocasiones impiden el acceso a la contratación pública por parte de pequeñas y medianas empresas.

En la licitación de los contratos administrativos tradicionalmente se viene exigiendo, como es sabido, la necesaria constitución de una **garantía denominada provisional**, cuya finalidad se extiende a garantizar la seriedad de las ofertas económicas.

Esta función de la **garantía provisional**, y su distinción de la **garantía definitiva** (que responde del correcto cumplimiento de los contratos), resulta tradicional en nuestro ordenamiento jurídico ya desde la Ley 198/1963, de 28 de diciembre de Bases de Contratos del Estado¹ – base XVII -, y así se ha mantenido hasta la actual Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante **LCSP**).

Sin embargo, la obligatoriedad de la exigencia de constituir garantía provisional en todos los procesos competitivos en los que la adjudicación se

articulaba mediante subasta o concurso², contenida en la Ley 13/1995, de 18 de mayo³, se ha ido dulcificando, de tal modo que la Ley 53/1999, limitó tal exigencia y redujo su carácter obligatorio a aquellos contratos cuya cuantía excediera de las señaladas por la norma, que coincidían a su vez con los límites cuantitativos para la publicación en el DOCE.

Este criterio, mantenido en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante **TRLCAP**), se ha vuelto a **flexibilizar** en la **nueva LCSP**, en tanto que la misma **excluye el carácter obligatorio de la garantía provisional en todos los contratos**, tanto con Administraciones Públicas (Artículo 91 LCSP) como con cualquier otra entidad del Sector Público (Artículo 92 LCSP), consagrando

¹ Así lo recogió expresamente el artículo 112 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y el Artículo 346 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975; y posteriormente los Artículos 36 y siguientes de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante **LCAP**).

² Esta obligación podía excepcionarse por los órganos de contratación (mediante dispensa en el pliego de cláusulas particulares) y respecto de procesos de adjudicación dirigidos a empresas clasificadas.

³ En los procedimientos negociados, la exigencia de constituir o no una garantía provisional quedaba supeditada a lo que el órgano determinara en el correspondiente pliego.

su carácter voluntario para el órgano de contratación. Así las cosas, la previsión de la exigencia o no de la garantía provisional corresponde al órgano de contratación mediante el diseño de los pliegos.

Los motivos que han determinado esta constante flexibilización del requisito de la garantía provisional no responden, lejos de lo que muchos pudieran pensar, a exigencias del Derecho comunitario; antes bien, la progresiva dulcificación del criterio ha sido motivada en gran parte, por la **posición del sector empresarial**, que ha puesto de manifiesto la **carga financiera** que representa la prestación de garantías en la contratación. En una coyuntura económica como la presente, qué duda cabe de que la prestación de garantías hace aún más onerosa y difícil la participación en los procesos de contratación pública.

No se pretende desde aquí eliminar cualquier clase de garantía, pero sí se propone **sugerir a la Administración** que, dentro de los **límites legalmente previstos** y sin reducir las exigencias de seguridad que para los recursos e intereses públicos debe reunir la contratación, ésta articule los instrumentos a su alcance para reducir las cargas administrativas y -sobre todo- financieras de la contratación, fomentando así un mayor desarrollo empresarial. Tal sugerencia pasa por **eliminar**, de todo contrato administrativo, la **obligación de constituir garantía provisional**; y ello con base en los siguientes argumentos:

1. Lo permite expresamente el Artículo 91.1 LCSP, cuyo tenor es claro cuando establece que “*Considerando las circunstancias concurrentes en cada contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la constitución de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación provisional del contrato. Para el licitador que resulte adjudicatario provisional, la garantía responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del*

Artículo 134.5”. No solo se permite; sino que **la regla es la no exigencia**, que no obstante puede excepcionarse “considerando las circunstancias concurrentes en cada contrato”.

2. La garantía provisional tiene como finalidad **garantizar la seriedad de las ofertas** que se formulen por los licitadores en los procesos de selección de los contratistas con la Administración y como consecuencia de ello lograr la **formalización del contrato** por quien resulta adjudicatario del mismo⁴; es decir, pretende evitar tanto las ofertas que pudieran realizarse sin intención de quedar obligados posteriormente por cualquier causa, como aquéllas que persiguiere intencionadamente perturbar la libre concurrencia en el procedimiento de licitación.
3. La función de seguridad que cumple la garantía provisional – dado que si su finalidad de asegurar el mantenimiento de las proposiciones y de garantizar la formalización del contrato resulta frustrada por causa imputable al contratista procede **decretar la pérdida o incautación** de la misma⁵ – puede articularse a través de otros medios previstos en la propia LCSP.

En efecto, la función de “aseguramiento” que desempeña la garantía provisional mediante la sujeción de una cantidad de dinero al mantenimiento de las proposiciones y a la formalización del contrato por aquella que resulta seleccionada, se cumple también mediante otras figuras que, aunque no comportan la pérdida económica inmediata que supondría la incautación de la garantía provisional por un incumplimiento culpable, sí conllevan consecuencias materialmente idénticas o incluso peores en cuanto a su envergadura y proyección.

La consecuencia fundamental es aquella que deriva de la incursión en una **prohibición para contratar**, pues de acuerdo con el Artículo 49.2.d LCSP, son

⁴ Así lo ha venido reconociendo expresamente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, entre otros, en los Informes 14/92 y 15/92, de 17 de junio de 1992; cuya consulta puede llevarse a cabo en la dirección: <http://www.meh.es/Documentacion/Publico/Patrimonio/Junta%20Consultiva/informes/Informes%201990-1994/contratos%20de%20suministro/Informe%2014-92%20y%2015-92.pdf>

⁵ Así establece la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 31/93, de 16 de febrero de 1994, al entender que procede decretar la pérdida o incautación de la “*fianza provisional*”, no solo por falta de formalización del contrato sino por cualquier otro supuesto de “*frustración de su finalidad por causa imputable al contratista*”. El informe puede consultarse en la página <http://www.meh.es/Documentacion/Publico/Patrimonio/Junta%20Consultiva/informes/Informes%201990-1994/contratos%20de%20consultoria%20y%20asistencia,%20de%20servicios%20y%20trabajos%20especificos/Informe%2031-93.pdf>

causas determinantes de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas:

- Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o
- Haber imposibilitado la adjudicación definitiva del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el Artículo 135.4⁶ dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.

De acuerdo con esto podría sostenerse que **la amenaza de incurrir en una prohibición para contratar con la Administración** desempeña una función **garantista y disuasoria** semejante a la que comporta la incautación de la garantía provisional, cuyo carácter es el de una medida penitencial de la relación precontractual.

La constitución de la **garantía provisional** supone sin duda un *plus* de seguridad para la Administración,

pues en caso de retirada de la proposición o la candidatura, o en caso de falta de formalización del contrato, el licitador **incurre en todo caso en una prohibición para contratar *pro futuro*** además de perder una cuantiosa suma de dinero – que por otro lado recibe la Administración –.

Ello no obstante, no es menos cierto que en una **coyuntura económica** como la actual, en la que la constitución de la garantía provisional resulta extraordinariamente onerosa para los contratistas – dadas las dificultades y garantías que a su vez les exigen a éstos las entidades de crédito –, podría optarse por una renuncia a la exigencia de la misma a favor de una ampliación de las posibilidades de licitar de las pequeñas y medianas empresas, favoreciendo también una mayor accesibilidad a distintos procedimientos de contratación y eliminando las trabas que conlleva constituir garantía provisional en cada proceso al que se quiere optar (con el esfuerzo económico extraordinario que supone el mantenimiento de varias garantías provisionales en distintos procedimientos coetáneos).

⁶ El Artículo 135.4 LCSP establece la obligación del adjudicatario de presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al Artículo 53.2 que le reclame el órgano de contratación, así como constituir la garantía que, en su caso, fuera procedente.

— N.º 8. Octubre del 2009 —

La viabilidad del artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público

Entre las muchas novedades que ha introducido en nuestro “Derecho de la contratación pública” la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, destaca sin duda el denominado “recurso especial en materia de contratación”, una suerte de híbrido entre los clásicos recursos de alzada y potestativo de reposición, que ofrece además un valor añadido: el efecto suspensivo que proyecta sobre la adjudicación provisional de un contrato cuando es ésta el objeto de impugnación. Aunque son muchos los foros desde los que han emergido voces contrarias a esta figura, críticas con su diseño y escépticas en cuanto a su utilidad, lo cierto es que el desenvolvimiento de la norma y la aplicación del mencionado recurso empieza a ofrecer, en el terreno de los hechos, frutos reales y de gran utilidad para quienes participan en los tan arduos procesos de licitación pública.

Como es sabido, en la contratación pública tiene siempre lugar la tramitación de un procedimiento de adjudicación del contrato integrado por varios actos anteriores y distintos al de **adjudicación definitiva**, que es el natural al que tiende el proceso. Estos actos y decisiones se refieren a aspectos diversos del procedimiento, desde el contenido del anuncio de licitación, hasta la redacción de los pliegos, o de las condiciones reguladoras del contrato.

La recurribilidad de tales decisiones se ha articulado tradicionalmente en nuestro derecho a través de los **recursos administrativos ordinarios de alzada y potestativo de reposición** - obligatorio el primero y potestativo el segundo-, siempre que se tratara de “*resoluciones y (los) actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*” (Artículo 107.1 LRJAPPAC¹).

Al margen de los mismos y con posterioridad a ellos queda expedita la **vía jurisdiccional contencioso administrativa**, en la que puede – y debe –, discutirse el ajuste a derecho de las decisiones de los órganos de contratación; si bien con el asumido **inconveniente** que conlleva por un lado, la

continuación del procedimiento de contratación en el que se dictó la resolución cuya legalidad se discute ante los órganos judiciales; y por otro, el **excesivo lapso de tiempo** que discurre **hasta** la obtención del **pronunciamiento judicial** pretendido.

Una de las principales novedades de la LCSP radica en la regulación expresa de un “recurso especial en materia de contratación”, caracterizado porque:

- Sólo cabe contra determinado tipo de actuaciones;
- Su aplicación solo se prevé en relación con contratos concretos;
- Tiene carácter obligatorio (como el recurso de alzada), pero lo resuelve el mismo órgano que dictó el acto o acuerdo impugnado (como el recurso de reposición).
- Tiene efecto suspensivo cuando el objeto de impugnación es la adjudicación provisional del contrato.
- Está sometido a plazos muy breves, tanto para su interposición como para su tramitación y resolución, lo que evita las consecuencias negativas

¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

que el transcurso del tiempo proyecta sobre el procedimiento de contratación.

Sin perjuicio de las posibles críticas que esta figura pudiera suscitar (su carácter obligatorio, o su resolución por el mismo órgano que dictó la actuación que se impugna cuando existiera un superior jerárquico); lo cierto es que la **eficacia de esta figura**, y su **operatividad**, se pone de manifiesto con la **comprobación** de que el precepto se aplica y es eficaz al fin que le justifica.

En fecha muy reciente una empresa X, que participó en la licitación de un contrato de suministro de mobiliario convocado por el Ayuntamiento Z, comprobó como el mismo procedía, de manera contraria a derecho, a adjudicar provisionalmente el contrato a la empresa Y, que estaba incurso en baja temeraria.

Dicha adjudicación provisional fue impugnada mediante la interposición de un recurso especial en materia de contratación – Artículo 37 LCSP -, ante el mismo órgano que había acordado y notificado la adjudicación provisional. Los motivos esgrimidos por la empresa recurrente pusieron de manifiesto cómo la adjudicación provisional impugnada estaba incurso en un error de cálculo a la hora de fijar las puntuaciones finales de las ofertas, en un error en la valoración de las mismas; y sobre todo en la selección provisional de una empresa que había presentado una oferta con valor anómalo.

La **resolución** que puso fin al recurso **estimó la pretensión esgrimida** por la recurrente y no solo **anuló la adjudicación provisional** a favor de la empresa Y; sino que **procedió a la adjudicación provisional** del contrato a la licitadora X, **promotora del recurso**.

Interesa llamar la atención sobre este supuesto de hecho, real y reciente, no solo por el resultado del

recurso, **gratificante y satisfactorio** para la recurrente, sino para subrayar por encima de todo la operatividad del recurso del Artículo 37, cuya indefinición inicial, y escasa regulación legal ha determinado su desahucio por una parte importante de juristas.

Su importancia deriva de la situación jurídica actualmente vigente en materia de contratación; una realidad jurídica en la que la nueva LCSP no ha tenido aún **apenas aplicación** y en la que la **Jurisprudencia Contencioso Administrativa** –guía de interpretación de las normas administrativas y parámetro de actuación para Administraciones y administrados– **no se ha pronunciado todavía sobre la misma**².

A ello debe añadirse la **inexistencia de un verdadero reglamento de desarrollo de la LCSP**³, lo que determina que la **operatividad del recurso especial en materia de contratación** comporta, en este terreno de indefinición y desconfianza en el que aún nos movemos con la nueva norma, una **notable garantía** para todos los interesados en participar en los procesos de licitación pública.

El recurso especial del Artículo 37 LCSP se configura así por tanto, como un instrumento al servicio de los intereses jurídicos de los licitadores, presentando una **posibilidad real** de resolver en breve espacio de tiempo, y en vía administrativa⁴, aspectos que normalmente no encontraban solución definitiva sino en vía contenciosa.

Por otro lado, el **efecto suspensivo** que se atribuye “ex lege” a la **impugnación de las adjudicaciones provisionales** garantiza la **paralización del procedimiento** hasta la resolución del recurso, impidiendo así que el mismo continúe hasta la adjudicación definitiva o incluso hasta la formalización del contrato; problema con el que nos encontramos día a día al

² Las referencias jurisprudenciales actuales a la LCSP lo son de carácter indirecto, pues a fecha de hoy ninguna de las sentencias del Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo aplica todavía dicha norma, y menos aún el recurso especial en materia de contratación.

³ Existe, como es sabido, un reglamento de desarrollo parcial en materia de clasificación de las empresas contratistas; Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas; Mesas de Contratación a constituir en el ámbito de las Administraciones Públicas y comunicaciones al Registro Oficial de Contratos; como es el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. A ello debe añadirse el Proyecto de Ley de Captación de financiación en los mercados por los concesionarios de Obras Públicas, aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de octubre de 2009; pero sigue aplicándose el Reglamento de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

⁴ Por tanto con un inexistente coste económico frente a la impugnación en vía contencioso administrativa.

contemplar resoluciones judiciales favorables al recurrente que se pronuncian sobre la ilegalidad de la adjudicación de un contrato en pleno desenvolvimiento o incluso ya finalizado – con los problemas que ello conlleva para la ejecución de la sentencia y la tutela del interés jurídico esgrimido en vía de recurso.

Todas estas circunstancias permiten plantear la **conveniencia de extender el recurso especial** en materia de contratación a todos los contratos administrativos, eliminando su carácter obligatorio y

mejorando su funcionalidad; y ello no solo con el objetivo de reforzar los mecanismos de impugnación en materia de contratos públicos – lo que siempre mejora la posición jurídica de los licitadores, y la legalidad y transparencia de los procedimientos de contratación -, sino sobre todo a la vista de la reciente **Sentencia TJCE de 3 de abril de 2008**⁵, y de la necesaria transposición de la **Directiva 2007/66/CE**⁶, relativa a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

⁵ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de abril de 2008 en el asunto C-444/06 Comisión contra España, concluye que el Reino de España no había cumplido sus obligaciones de acuerdo con el Artículo 2.1 letras a y b de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, al no establecer un periodo obligatorio para la notificación de la decisión de adjudicación del contrato a todos los licitadores por la autoridad adjudicadora; y al no establecer un plazo mínimo obligatorio de espera entre la adjudicación del contrato y su celebración.

⁶ La nueva Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos; prevé un plazo mínimo entre la adjudicación y la celebración del contrato de entre 10 y 15 días naturales para permitir la interposición del oportuno recurso. El plazo de transposición de la Directiva 2007/66/CE finaliza el próximo 20 de diciembre de 2009.

— N.º 9. Noviembre del 2009 —

La recurribilidad de la adjudicación provisional de los contratos administrativos: contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada

La reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público ha introducido en el ordenamiento jurídico español una serie de novedades en materia de contratación que, sin perjuicio del indudable objetivo de mejora de los mecanismos de recurso perseguido, ha venido a oscurecer la aplicación práctica de la normativa hasta ahora vigente. La distinción entre contratos sujetos y contratos no sujetos a regulación armonizada, y la previsión de distintos mecanismos de recurso para unos y otros (recursos administrativos ordinarios para los contratos no sujetos a regulación armonizada versus recurso especial en materia de contratación para los contratos sujetos a regulación armonizada), ha terminado por confundir a los destinatarios de la norma acerca de los instrumentos de que dispone la actuación administrativa contraria a derecho en materia de contratos públicos. Se pretende aquí esbozar, de forma esquemática, qué recursos caben en cada tipo de contratos a la luz de la nueva ley.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) ha introducido una **reforma sustancial** del derecho español de la contratación pública al diferenciar no solo entre contratos administrativos y contratos privados, como ocurría hasta fecha reciente; sino diferenciando además entre contratos de las Administraciones Públicas y contratos del Sector Público; y contratos sujetos y no sujetos a regulación armonizada.

A esta circunstancia debe añadirse otra: la regulación de un **nuevo recurso especial en materia de contratación** sólo operativo para **determinados contratos**, lo que hace dudar al contratista sobre los mecanismos jurídicos de que dispone frente al órgano de contratación con carácter previo a la vía judicial.

Hasta la promulgación de la LCSP los distintos actos integrantes del procedimiento de contratación (distintos y anteriores al de adjudicación definitiva como son los pliegos o el anuncio de licitación), eran susceptibles de impugnación a través de dos figuras: el **recurso administrativo ordinario de alzada y el también ordinario recurso potestativo de reposición**, siempre que se tratara de “*resoluciones y (los) actos de trámite, si estos últimos deciden directa o*

indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos” (Artículo 107.1 LRJ-PAC¹).

Sin embargo, tras la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y la regulación del nuevo recurso especial en materia de contratación, son muchas las dudas que asaltan a los licitadores en el seno del procedimiento: **¿qué es impugnable?; ¿cómo?; ¿cuando?; y ¿ante quién?**.

En efecto, el Artículo 37 LCSP regula el nuevo recurso especial, que solo cabe contra determinado tipo de actuaciones y en relación con contratos concretos:

- puede interponerse contra los **acuerdos de adjudicación provisional**, los **pliegos reguladores de la licitación** y los que establezcan las **características de la prestación**, y los **actos de trámite** adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos

¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

— en **contratos sujetos a regulación armonizada**, incluidos los **contratos subvencionados**, **contratos de servicios** comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 206.000 euros, o **contratos de gestión de servicios públicos** en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Interesa aquí analizar la **impugnación de la adjudicación provisional**, lo que para los contratos sujetos a regulación armonizada – y los demás previstos en el art.37.1 LCSP –, debe articularse necesariamente a través del recurso especial².

En relación con ello adquiere interés el Artículo 135.4 LCSP, relativo a la clasificación de las ofertas y adjudicación provisional y definitiva del contrato; en cuyo apartado cuarto párrafo tercero se establece que *“La adjudicación provisional deberá elevarse a definitiva dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que expire el plazo señalado en el párrafo primero de este apartado, siempre que el adjudicatario haya presentado la documentación señalada y constituido la garantía definitiva, en caso de ser exigible, y sin perjuicio de la eventual revisión de aquélla en vía de recurso especial, conforme a lo dispuesto en el Artículo 37”*; lo que pudiera sugerir a sensu contrario que la revisión –por impugnación –, de la adjudicación provisional sólo puede articularse a través del recurso especial.

Esta conclusión sería del todo errónea por dos motivos:

1. La redacción del Artículo 135.4 LCSP no quiere significar que contra la adjudicación provisional de cualquier contrato sólo quepa el recurso del Artículo 37 LCSP, sino que la referencia expresa a dicho recurso resulta del efecto suspensivo de la

adjudicación provisional que dicha norma otorga a la interposición del recurso especial³.

2. El Artículo 107 LRJ-PAC determina que son recurribles en alzada y mediante el recurso potestativo de reposición las resoluciones y actos de trámite cualificados siempre que estén viciados de nulidad o de anulabilidad; lo que sin duda resulta aplicable a cualquier contrato no sujeto a regulación armonizada, como ocurría con anterioridad a la LCSP.

De hecho, como señaló el **Consejo de Estado** en su dictamen número 514/2006⁴, *“El vigente sistema de recursos español parece cumplir, de forma general, con este requisito de impugnabilidad de la adjudicación y las decisiones anteriores a ella, en la medida en que -con arreglo a los Artículos 107 de la Ley 30/1992 y 25.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa- los actos de trámite son recurribles cuando deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”*⁵.

Así las cosas debe concluirse que el **sistema de recursos actualmente vigente** tras la promulgación de la LCSP se articula del siguiente modo:

— en los contratos mencionados en el Artículo 37.1 LCSP (fundamentalmente los sujetos a regulación armonizada), solo cabe la impugnación de la adjudicación provisional a través del **recurso especial en materia de contratación**.

— en los contratos no sujetos a regulación armonizada que no estén incluidos en el ámbito de aplicación del Artículo 37, la adjudicación provisional puede impugnarse mediante los siguientes recursos:

² Que tiene carácter obligatorio y es requisito *sine quae non* para acceder a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

³ Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, entre otros en el Informe JCCA 48/08, de 29 de enero, cuya consulta puede llevarse a cabo en la siguiente dirección: <http://www.meh.es/es-ES/Servicios/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Informes/Archivo%20historico/Documents/Informe%2048-08.pdf>

⁴ I Dictamen del Consejo de Estado número 514/2006, relativo al proyecto de ley de contratos del sector público, puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2006-514

⁵ En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su Sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión contra España.

- Como regla general, el mecanismo de impugnación en vía administrativa será el **potestativo de reposición**, ya que normalmente las resoluciones dictadas por los órganos de contratación ponen fin a la vía administrativa.
- Como excepción a dicha regla, podrá interponerse el **recurso de alzada** contra las resoluciones de las Juntas de Contratación, que tienen el carácter de órganos de contratación pero cuyas resoluciones, sin embargo, no ponen fin a la vía administrativa, de tal modo que deberán recurrirse en

alzada ante el superior jerárquico —entendiendo por tal el órgano del que hayan recibido las competencias que tengan atribuidas—.

Además de estos mecanismos de control interno o previo al judicial, una vez agotada la vía administrativa, **queda expedita en todo caso la vía jurisdiccional contencioso administrativa**, en la que los órganos judiciales entrarán a valorar el ajuste a derecho de las decisiones adoptadas por los órganos de contratación en el procedimiento de que se trate.

— N.º 10. Febrero del 2010 —

La resolución del contrato por causa imputable al contratista

El desenvolvimiento del contrato administrativo ofrece en ocasiones ciertas vicisitudes que lo afectan y transforman hasta el punto de convertirlo en poco rentable o incluso en oneroso para el contratista. En tales circunstancias son muchas las ocasiones en las que los contratistas prefieren desistir del contrato y forzar su resolución, (al observar que los mecanismos legales previstos – la revisión de precios, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, etc.–, devienen insuficientes) antes que tratar de llevarlo a su cumplimiento. La adopción de dicha decisión debe hacerse desde el conocimiento de las consecuencias que la resolución por causa que le es imputable puede tener; y tras sopesar el alcance que dicha resolución conlleva no sólo en el plano económico, sino también en el de sus relaciones con el Sector Público.

Los contratos administrativos se celebran, al igual que todo contrato, con el fin de su efectivo cumplimiento y en los términos en que ha sido suscritos, si bien no deja de ser habitual el concurso, a lo largo de la vida del contrato, de circunstancias que pueden hacer necesaria su suspensión, su modificación o incluso su resolución.

Las **causas de resolución** de los contratos vienen reguladas en la ley (en el Artículo 111 del TRLCAP¹ y en el Artículo 206 de la nueva LCSP²), que contiene una enumeración de las mismas distinguiendo entre causas imputables a una o a otra de las partes en el contrato, además del mutuo acuerdo.

La **imputabilidad** de causa de resolución a una de las partes en el contrato **no conlleva per se** que la misma sea **culpable**; pero puede llegar a serlo.

Así por ejemplo, la resolución del contrato por la muerte o la incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista³ en una causa de resolución del contrato **imputable** al contratista pero en principio **no culpable**, mientras que la resolución por no

formalización del contrato en plazo⁴ se presenta a priori como una causa **imputable** al contratista pero también **culpable**.

Esta diferencia es esencial en tanto que la ley contempla como una **prohibición para contratar con la Administración Pública**, “el haber dado lugar, por **causa** de la que hubiesen sido **declarados culpables**, a la **resolución** firme de cualquier contrato celebrado con una Administración Pública” (Artículo 49.2.a LCSP⁵).

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que esta **prohibición para contratar** lo es específica para la contratación **con las Administraciones Públicas**, pero **no** para los contratos licitados por un organismo o entidad integrante del **Sector Público** que no tenga la consideración de Administración Pública.

Al margen del carácter culpable o no de la resolución del contrato, si la **causa** determinante del mismo es **imputable al contratista**, la ley aplicable – tanto la LCSP ahora como el TRLCAP antes –, prevé una serie de consecuencias como son, fundamentalmente:

¹ Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, en adelante TRLCAP.

² La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP.

³ Artículo 206.a) LCSP y en los mismos términos, Artículo 111.a) TRLCAP.

⁴ Artículo 206.d) LCSP, y de forma idéntica, en el Artículo 111.d) TRLCAP.

⁵ En idénticos términos se pronuncia el Artículo 20.c) TRLCAP.

- la **incautación de la garantía**: En todo caso el acuerdo de resolución deberá pronunciarse expresamente acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida (Artículo 208.5 LCSP).
- la **indemnización de los daños y perjuicios irrogados a la Administración**: Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

El **Consejo de Estado** ha reiterado la procedencia tanto de la **incautación de la garantía** como de la fijación de la **indemnización de los daños y perjuicios** que procedan en todos aquellos supuestos de resolución contractual en los que haya resultado acreditado el **carácter culpable del incumplimiento** del contratista⁶; lo que no excluye, no obstante, que el mismo – el contratista –, reciba el **precio** que le corresponda por la parte del contrato efectivamente ejecutada siempre que lo haya sido en los términos previstos en el contrato, y haya sido recibido por el órgano o entidad con quien contrató; pudiendo proceder a la compensación entre el contratista y la Administración⁷.

Así las cosas pueden señalarse dos consecuencias típicas de la **resolución** de todo contrato administrativo por causa imputable al contratista, y una tercera consecuencia que sólo se produce en aquellos casos en los que el contratista resulte declarado **culpable**

de la resolución firme de un contrato celebrado con la Administración Pública:

- la **devolución, pérdida o cancelación** de la **garantía**;
- la **indemnización de los daños y perjuicios** irrogados;
- la **prohibición para contratar** con las Administraciones Públicas⁸.

Resulta importante para el contratista interesado en resolver el contrato recordar los criterios aplicados por la doctrina y la jurisprudencia en relación con el régimen jurídico aplicable en los **supuestos de concurrencia de varias causas de resolución de los contratos**, pues la aparición anterior de una causa puede frenar el juego de la posterior, silenciando sus consecuencias y transformando de forma total la situación del contratista.

Tanto el Consejo de Estado⁹ como el Tribunal Supremo han declarado reiteradamente que, cuando concurren varias causas de resolución de los contratos, ha de estarse a la **primera producida en el tiempo** como **determinante de la extinción del vínculo contractual**.

Así ocurre por ejemplo en los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento del plazo final del mismo cuando hubiera concurrido primero una demora en el pago por la Administración con una duración superior a 8 meses. El incumplimiento de la Administración sería la causa determinante de la resolución y no al revés.

Un supuesto distinto es aquel en el que se articula la resolución del contrato por una causa imputable a

⁶ Dictamen número 2895/1999, de 24 de febrero de 2000. Para consulta: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=1999-3895

⁷ Así por ejemplo, en el supuesto de un contrato de obras, el contratista culpable de la causa determinante de la resolución tiene derecho no obstante a que se le abonen los trabajos ejecutados que fueren de recibo, para lo cual las obras deberían recibirse y liquidarse, compensándose, en su caso, hasta la cuantía concurrente, el importe de dichos trabajos con el de la indemnización por los daños y perjuicios producidos que hubiere de abonar la adjudicataria a la Administración. Así lo ha reconocido expresamente el Consejo de Estado, entre otros, en el dictamen número 2505/2000, de 20 de julio de 2000. http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2000-2505

⁸ Que no con el Sector Público en la nueva LCSP.

⁹ Entre otros, dictamen número 2505/2000, de 20 de julio de 2000. http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2000-2505

la Administración contratante (por ejemplo la demora en el pago) y resulta del expediente que el contratista no había constituido la garantía definitiva¹⁰. Esto conllevaría la imputación de la resolución al contratista, con las consecuencias que de ello se derivan.

De este modo, el exacto conocimiento de las circunstancias que concurren en la vida del contrato,

el examen de las causas de resolución que puedan coexistir en el mismo y el manejo de las consecuencias que puede llevar aparejada la adopción de una u otra decisión en relación con el mantenimiento o la resolución de un contrato público, pueden transformar de manera notable la posición jurídica de un contratista frente a la Administración, y hacer ventajosa u onerosa la extinción del contrato.

¹⁰ Esta causa de resolución de los contratos, prevista expresamente en el Artículo 111.d) TRLCAP, no aparece reconocida – no de forma expresa -, en el listado contenido en el Artículo 206 LCSP; si bien cabe prever la falta de prestación de la garantía definitiva como causa de resolución del contrato mediante su inclusión como tal en el clausulado del mismo.

— N.º 11. Marzo del 2010 —

La radical reforma de la modificación de los contratos públicos a raíz de la Ley de Economía Sostenible

El anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, a punto de iniciarse su tramitación como proyecto de ley en las Cortes Generales, se nos presenta como un texto de envergadura casi inabarcable que esconde en su seno reformas de mucho mayor calado que las que en un primer momento se pudiera sospechar. Junto a importantes medidas dirigidas a solventar, si no capear, la crisis económica que nos asola, el proyecto de norma incluye una reforma contundente en materia de contratos administrativos. Prensa y revistas especializadas en materia de contratación han subrayado como novedad trascendental la reducción del plazo de pago por las Administraciones Públicas hasta un máximo de 30 días siguientes a las certificaciones de obras, si bien lo cierto es que es otra y no ésta la verdadera clave de la reforma: ha desaparecido la “modificación de los contratos”.

La **modificación de los contratos** se ha configurado tradicionalmente como un instrumento al servicio de la Administración Pública – y también del contratista –, para ampliar, reducir, alterar el objeto del contrato ya adjudicado; introducir aspectos o elementos que no fueron tenidos en cuenta en el momento de su adjudicación; o en su caso para perfilar su contenido y adaptarlo a nuevas circunstancias.

Esta facultad de modificación de los contratos se ha ido reduciendo paulatinamente a golpe de reforma normativa. El *ius variandi*, que en un primer momento podía ejercitarse por razones de interés público, siempre que fueran debidas a **necesidades nuevas o causas imprevistas** en el momento de su adjudicación (TRLCAP¹); se ha limitado en la nueva Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP²) a aquellos supuestos en los que concurran razones de interés público y para atender a **causas imprevistas**; desapareciendo por tanto la posibilidad de acudir a

este mecanismo para atender a necesidades nuevas, posteriores al momento de perfección del contrato.

El Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible contiene en su seno la previsión de una reforma profunda del régimen de los contratos administrativos, que incluye el de la **modificación de los contratos**.

Esta reforma se articula fundamentalmente mediante la introducción de un nuevo Título V en el Libro I (relativo a los contratos del Sector Público) (I), y la modificación del Artículo 202 LCSP (relativo a los contratos administrativos³) (II); y consiste, fundamentalmente, en hacer desaparecer de un soplo y para siempre cualquier modificación contractual que conjunta o aisladamente supere el 20% del precio de adjudicación del contrato.

Por encima de dicho límite porcentual no existirá ya modificación, sino resolución del contrato; con

¹ Artículo 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

² Artículo 202 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

³ Como es sabido, debido a la nueva clasificación subjetiva introducida por la LCSP, acontece una clasificación objetiva de los contratos que permite diferenciar entre contratos administrativos, y contratos del Sector Público.

celebración de uno nuevo en el que se incluyan aquellos aspectos o necesidades que hacían necesaria la modificación.

I. El nuevo **Título V del Libro I**⁴ establece que los **contratos del Sector Público sólo** serán susceptibles de **modificación**:

- en los supuestos previstos en la propia LCSP⁵;
- cuando esté previsto en los pliegos;
- cuando esté previsto en el anuncio de licitación;
- en los casos y con los límites del Artículo 92 quáter.

Así las cosas, en lo tocante a los contratos del Sector Público, solo cabe su modificación, fuera de los supuestos legalmente previstos, en dos casos:

- a) Cuando esté previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación (lógicamente con importantes **límites y requisitos**; con obligación de prever con detalle el **cuándo** y el **cómo** de la modificación, y sobre todo la indicación del **porcentaje del precio del contrato** al que como máximo se pueda afectar así como el **procedimiento** para ello).
- b) Cuando no esté previsto en la documentación que rige la licitación, Para las modificaciones no previstas será necesario justificar el concurso de alguna de las circunstancias previstas en la ley (Artículo 92 quáter.1), se prohíbe cualquier modificación que comporte una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación⁶; y se advierte que **en todo caso, las modificaciones del contrato no podrán exceder el 20% del precio de adjudicación**.

Fuera de estos supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a la **resolución del contrato** en vigor y a la **celebración de otro** bajo las

condiciones pertinentes (Artículo 92 bis.1 segundo párrafo).

II. Para los **contratos administrativos**, el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible prevé modificar el Artículo 202 LCSP y **limitar la facultad modificatoria** a razones de interés público y en los **casos** y en la **forma** prevista en el Título V del Libro I, de acuerdo con el procedimiento regulado en el Artículo 195 LCSP⁷; es decir, que sólo cabe la modificación de los contratos administrativos en los casos previstos para los contratos del Sector Público y con la misma **limitación del 20% del precio de adjudicación**.

En cuanto al **régimen de aplicación transitorio** de esta novedosa regulación de la modificación de los contratos, lo cierto es que ninguna de las ocho disposiciones transitorias del Anteproyecto prevé específicamente tal extremo, limitándose a señalar, la Disposición Final Cuadragésimosegunda que la norma entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado salvo en lo tocante a dos modificaciones concretas relativas al régimen de los seguros, que entrarán en vigor el 1 de enero de 2012.

Así las cosas, debe acudir al Código Civil, cuyas disposiciones se aplican con carácter supletorio a las materias regidas por otras leyes de acuerdo con su Artículo 4.3. En su Artículo 2.3 señala que *“Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”*; mientras que su disposición transitoria segunda contempla que *“Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas”*.

Debe llegarse por tanto a la convicción – sin perder de vista que el Anteproyecto de Ley podría ser modificado en los extremos mencionados tanto antes de adoptar la forma de proyecto de ley como durante su tramitación parlamentaria –, de que el nuevo régimen

⁴ El nuevo Título V del Libro I estará integrado por los Artículos 92 bis a 92 quinquies.

⁵ Los supuestos previstos en la LCSP son los de sucesión de la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución.

⁶ El Artículo 92 quáter.2 establece en sus apartados a) a d), los casos en los que se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de la liquidación y adjudicación del contrato.

⁷ El Artículo 195 LCSP también resulta afectado por el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible.

de modificación de los contratos será de aplicación a aquellos que se adjudiquen con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Economía Sostenible.

Conclusión: si la reforma proyectada por el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible prospera, **desaparecerán los modificados de los contratos** tal y como los hemos conocido; limitando la facultad de modificación al concurso de causas más severas y sobre todo con el **límite máximo e insuperable del 20%** del precio de adjudicación del contrato.

Cualquier **modificación** superior que se pretenda resultará ya **imposible**, obligando en todos los supuestos que tradicionalmente admitían una variación del objeto, plazo o prestación de cuantía superior al 20% del precio del contrato; a **resolver el contrato** en vigor, y a celebrar uno nuevo; con los graves problemas que ello conllevará para los **contratistas**; y con imposición a éstos de un deber implícito de extremar las previsiones y cautelas a la hora de presentar unas propuestas que ya no admitirán, en adelante, posibilidad de modificación alguna; transmutando el principio de riesgo y ventura a otra realidad.

— N.º 12. Abril del 2010 —

El renovado protagonismo de la contratación público-privada en la Ley de Economía Sostenible

La corta edad de la Ley de Contratos del Sector Público no ha permitido la puesta en marcha de una figura contractual novedosa y atractiva: el contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado. La ausencia de Jurisprudencia y de contratos anteriores que sirvan de referencia ha llevado al Sector a dejar un tanto de lado un instrumento que en un contexto económico como el actual se presenta como el mecanismo idóneo para la contratación pública. Frente a las ventajas derivadas de su dinamicidad y su carácter abierto, se elevan los inconvenientes de su parca regulación y su joven trayectoria. La reforma que se pretende acometer desde la Ley de Economía Sostenible corrige las vaguedades de la figura y amplía notablemente su utilización.

El contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado es una nueva forma contractual introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de Contratos del Sector Público: la Ley 30/2007, de 30 de octubre (en adelante LCSP). Esta figura, prevista ya en la Directiva 2004/18/CE, pretende recoger una práctica contractual existente en los distintos Estados europeos para la colaboración a largo plazo de un socio privado con otro socio público en el **desarrollo de prestaciones complejas** y con **participación** de aquél en los **riesgos** y la **financiación** del proyecto.

La Comisión Europea¹, impulsora de esta figura – de su regulación y utilización por los Estados Miembros –, ha clarificado el régimen jurídico de los contratos de colaboración público-privada (en adelante **CPP**) mediante la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea², de 12 de abril de 2008, relativa a la aplicación de dicho Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la llamada colaboración público-privada institucionalizada (**CPPI**)³.

En España, sin embargo, esta nueva figura contractual no ha obtenido el eco merecido y no se está utilizando para abordar la contratación de prestaciones complejas en un momento en el que los **avances tecnológicos** y la **dinamicidad de los mercados** aconseja acudir a formas de contratación que permitan **diseñar ex novo el marco jurídico contractual** y pactar un reparto de riesgos acorde con las características peculiares que sustentan cada contrato.

Ante esta realidad; una vez constatada la dificultad de utilización del contrato de colaboración público-privada, y tras observar, no sin cierta sorpresa, como Administraciones y particulares se esfuerzan por encajar en otras formas contractuales tradicionales, **prestaciones** que encuentran su desarrollo natural bajo el **contrato de colaboración**; el legislador ha decidido dar carta de naturaleza a esta nueva figura ampliando y clarificando su regulación a través de la reforma que pretende acometer el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible (en adelante LES).

¹ Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones

http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&andoc=2004&nu_doc=327

² <http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:091:0004:0009:ES:PDF>

³ El Parlamento Europeo dictó una Resolución legislativa sobre la colaboración público-privada en la que asumía la necesidad de clarificar la legislación en materia de creación de empresas público-privadas en relación con la adjudicación de un contrato o una concesión (CPPI), e invitó a la Comisión a formular las aclaraciones pertinentes; lo que se acometió a través de la Comunicación interpretativa mencionada.

Señala la memoria de impacto del anteproyecto que uno de los objetivos de la misma es **impulsar la colaboración público privada** (tanto a través de fórmulas contractuales como institucionales), con objeto de contribuir a la **sostenibilidad de la financiación de las Administraciones Públicas y de fomentar formas de contratación que** – como ocurre con la contratación público-privada-, permiten crear las condiciones necesarias para **incrementar la eficiencia en la gestión de los fondos públicos y aumentar la inversión en infraestructuras y dotaciones clave**.

Con este fin, el anteproyecto:

- Amplía notablemente la utilización de esta forma de contratación al permitir su empleo no solo a las Administraciones Públicas – como establece la LCSP -, sino **también a las entidades públicas empresariales** (en adelante EPEs) y a los organismos similares de las Comunidades Autónomas (I).
- Reduce las cargas procedimentales al **eliminar la obligación** de realizar la “**evaluación previa**” cuando la Administración o entidad en la que se integre o de la que dependa el órgano que pretenda realizar el contrato, ya la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo (II).
- Se **flexibiliza el régimen de financiación** de los contratos de colaboración público-privada y en especial se da un impulso notable a los contratos de colaboración SP-SP bajo **fórmulas institucionales** (III).
 - I. En efecto, el Anteproyecto de LES acaba con el **monopolio** de las Administraciones Públicas en la utilización de esta forma contractual – cualquier otro organismo o entidad que tuviera la consideración de Sector Público pero que no fuera Administración Pública podía por supuesto usarla si bien no como un contrato administrativo sino como un contrato privado -, y amplía la posibilidad de celebrar esta clase de **contratos administrativos** a las **EPEs** y a los organismos similares de las Comunidades Autónomas mediante la modificación del apartado 1 del Artículo 11 LCSP.
 - II. El Anteproyecto **elimina** la obligación de realizar la “**evaluación previa**” cuando la Administración o entidad en la que se integre o de la que dependa el órgano de contratación, ya

la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo, lo que reduce gastos y cargas administrativas que entorpecen la contratación.

- III. Se flexibiliza el **régimen de financiación** de las CPP y se **impulsa** la colaboración público-privada institucionalizada (**CPPI**).

El Artículo 52 de la LES añade a la LCSP una nueva disposición adicional trigésimo cuarta en la que bajo la rúbrica “**Régimen de adjudicación de los contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado**”, da un espaldarazo a esta forma de contratación, fomentando la adjudicación de los contratos públicos directamente a una sociedad de Economía Mixta en la que concurren capital público y privado.

Por otro lado, y con el objetivo ya señalado en la memoria de incrementar la eficiencia en la gestión de los fondos públicos y de aumentar la inversión en infraestructuras, el Artículo 38 de la LES establece en su apartado 2.a) que cuando se determine el **régimen de remuneración del contratista** podrán establecerse precisiones sobre las garantías que conforme a lo previsto en las disposiciones reguladoras de la financiación privada de las concesiones de Obras Públicas puede obtener el contratista para la **captación de la financiación** necesaria para la ejecución del contrato.

Respecto de los contratos de colaboración público-privada bajo fórmulas institucionales establece, el apartado 3 del Artículo 38 LES, que la **financiación de las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución del contrato** de acuerdo con la Disposición Adicional 34 LCSP antes mencionada, podrá articularse:

- Mediante la **emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos**;
- Acudiendo a **ampliaciones de capital**, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación (salvo que hubiera estado prevista en el contrato);
- Mediante la **titulización de los derechos de cobro** que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre el mercado de valores.

Así las cosas, si la reforma prevista por el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible prospera en estos términos, el **contrato de colaboración** (en sus dos modalidades de colaboración contractual y colaboración institucionalizada) será objeto de un impulso notable - formal (en su regulación) y materialmente (en su utilización) -, que aconseja valorar su utilización para aquellos supuestos en los que la complejidad de las prestaciones, su indefinición originaria o la necesidad de su modernización constante

obligaba al diseño de **contratos mixtos** de difícil interpretación y ejecución.

Por otro lado, el **reparto de riesgos**, la participación del socio privado en el **diseño del contrato** –mediante el procedimiento de diálogo competitivo –, y la mejora de los **mecanismos de financiación** del mismo aconsejan reconsiderar el valor de esta figura y potenciar su empleo para optimizar los recursos y rendimientos de ambas partes en el Sector.

— N.º 13. Mayo del 2010 —

La inminencia del nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introdujo como novedad en nuestro ordenamiento jurídico el denominado “recurso especial en materia de contratación”, una suerte de híbrido entre los clásicos recursos de alzada y potestativo de reposición, que ofrece la notable ventaja de su efecto suspensivo sobre la adjudicación provisional de los contratos. No obstante sus ventajas, el Sector ha venido a criticar la parca regulación contenida en la norma, y ha puesto el acento sobre la desventaja que supone la resolución del recurso por el mismo órgano de contratación. Éstas y otras deficiencias son abordadas por el Anteproyecto de Ley de Modificación de las Leyes 30/2007 y 31/2007, para su adaptación a la Normativa Comunitaria, que crea un órgano independiente y específico para la resolución de estos recursos: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), vino a incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/18/CE, y a consecuencia de ella, a regular un nuevo recurso: el recurso especial en materia de contratación.

Su razón de ser responde al interés comunitario de reforzar los **mecanismos de garantía** en la contratación pública, con objeto de facilitar a los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación la defensa de los principios de publicidad, igualdad, transparencia y no discriminación que presiden tal actividad.

El **recurso especial**, regulado en los Artículos 37 a 39 LCSP, es un instrumento cualificado que sólo cabe contra un determinado tipo de actuaciones en relación con contratos concretos; y que presenta como ventaja la brevedad de su tramitación, y el

efecto suspensivo que proyecta cuando el objeto de impugnación es la adjudicación provisional del contrato.

Sin perjuicio de las ventajas¹ que dicho recurso presenta, lo cierto es que su regulación ha devenido insuficiente por diversos motivos; entre otros:

- Diferencia entre **adjudicación provisional y definitiva**, admitiendo el recurso únicamente frente a la primera, lo que contraría el objetivo comunitario.
- Atribuye la **resolución del recurso** al mismo órgano que dictó el acto que se recurre, incluso en aquellos supuestos en los que existiera un superior jerárquico.

Por tales circunstancias, y fundamentalmente a raíz de la Directiva 2007/66/CE², se ha abordado la

¹ El Consejo de Estado, en su Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006, sugirió ya la conveniencia de valorar la extensión de este nuevo recurso a todos los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del anteproyecto de ley (hoy LCSP).

² Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

modificación de la LCSP a través del Anteproyecto de Ley de modificación de las Leyes 30/2007³ y 31/2007⁴ para su adaptación a la normativa comunitaria⁵.

La Directiva 2007/66/CE pretende **reforzar los efectos de la resolución del recurso**, por lo que prevé con carácter general la facultad de solicitar la adopción de medidas cautelares, y obliga a prescindir de la distinción tradicional en nuestro derecho de la contratación entre adjudicación provisional y definitiva; de tal modo que se refunden ambos en uno solo (**acto de adjudicación**), y se hace coincidir la **perfección del contrato** con la **formalización** del mismo⁶.

El Anteproyecto de Ley mencionado suprime el Capítulo VI del Título I del Libro I de la LCSP (Artículos 37 a 39, relativos al recurso especial en materia de contratación), y crea un nuevo Título IV en el Libro V, que bajo la rúbrica “**Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos**,” introduce las siguientes novedades:

- Regula de forma más pormenorizada las denominadas “medidas provisionales,” que pasan a llamarse “medidas cautelares de carácter provisional”
- Contiene una reglamentación más extensa del procedimiento de recurso, con regulación detallada de la interposición del escrito, la tramitación del procedimiento y su resolución.
- **Refuerza** la posibilidad de que, a solicitud de interesado y siempre que proceda, pueda reclamarse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la

infracción legal que hubiese dado lugar al recurso; señalando que dicha indemnización deberá resarcir al reclamante **cuando menos** de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación.

- Prevé un nuevo órgano competente para la resolución del recurso: el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**.

La creación de este nuevo órgano responde a la necesidad, impuesta por la Directiva 2007/66/CE, de atribuir la competencia para la resolución del recurso especial a un **órgano independiente** de la Administración contratante.

El Anteproyecto crea un nuevo Artículo 311 en la LCSP en el que regula el órgano competente para la resolución del recurso y establece que en el ámbito de la Administración General del Estado será el **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, y compuesto por un Presidente y el número de vocales que reglamentariamente se establezca.

En las **Comunidades Autónomas**, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas⁷ con obligación no obstante de garantizar que el titular o el presidente – si fuera colegiado –, del órgano independiente, ostente cualificaciones jurídicas y profesionales análogas a las exigidas para formar parte del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En el ámbito de las **Corporaciones Locales**, la competencia corresponderá al órgano independiente⁸ creado al efecto por las Diputaciones Provinciales o

³ Ley de Contratos del Sector Público.

⁴ Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales.

⁵ Cuyo texto puede descargarse de la página web del Ministerio de Economía y Hacienda <http://www.meh.es/Documentacion/Publico/PortalVarios/Gesti%C3%B3n%20del%20Portal/Proyectos%20normativos/ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20DE%20RECURSOS%208-1-2010%20Version%20posterior%20Com%20Subsecretarios.pdf>

⁶ Tradicionalmente en nuestro derecho, la perfección del contrato tiene lugar por la adjudicación definitiva del mismo. Así lo reconoce expresamente el Artículo 27 de la LCSP y el Artículo 53 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁷ La norma prevé también la posibilidad de que las Comunidades Autónomas atribuyan la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

por la Comunidad Autónoma cuando ésta esté integrada por una sola provincia.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias, la competencia corresponderá a un órgano creado en cada una de las provincias que la integran por el Gobierno de Canarias; y en el de las **Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla**, éstas podrán crear sus propios órganos independientes ajustándose a los requisitos establecidos para los órganos de las Corporaciones Locales.

Este nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales será competente para conocer, además, de la nueva “cuestión de nulidad” que regula

el Artículo 39 LCSP en la redacción dada al mismo por el Anteproyecto mencionado.

Así las cosas, de prosperar las reformas previstas en el Anteproyecto mencionado, el nuevo Tribunal vendrá a configurarse como un **órgano independiente y especializado** en la resolución de un recurso especial en fase de expansión; y contra cuyas resoluciones quedará expedita la vía jurisdiccional contencioso administrativa; lo que en última instancia refuerza la **posición de los licitadores frente a la Administración**, y dota de mayor **seguridad jurídica** la adjudicación – y la impugnación del procedimiento de adjudicación –, de los contratos públicos.

⁸ La norma prevé también la posibilidad de que las Corporaciones Locales atribuyan la competencia para la resolución de los recursos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

— N.º 14. Junio del 2010 —

La defectuosa prestación de servicios por huelga de los trabajadores de la empresa contratista: ¿fuerza mayor o incumplimiento contractual?

En determinadas coyunturas económicas como la actual, los mecanismos de presión laboral de los trabajadores en la empresa recobran un protagonismo inusitado, dando lugar a un auge del medio más tradicional de conflicto colectivo: la huelga. A ello debe añadirse las consecuencias negativas que para toda empresa tiene la huelga de sus trabajadores, lo que reviste especial transcendencia en aquellos supuestos en los que el empresario es una mercantil contratista de la Administración. La falta – o el deficiente – cumplimiento del objeto del contrato conlleva una serie de efectos que tendrán mayor o menor vigor, rigor y consecuencias desfavorables en función de si el mismo se debe a una circunstancia ajena, improbable e impredecible; o es por el contrario imputable al contratista – también con diversa graduación de sus consecuencias en base al carácter culpable o no del incumplimiento.

La grave crisis que nos asola, la reducción de las inversiones, la disminución de los sueldos y la constricción del gasto que ello conlleva ha determinado un renacimiento de los clásicos mecanismos de conflicto colectivo, que algo aletargados y borrosos habían pasado a un segundo plano durante estos últimos años de bonanza económica.

En esta coyuntura de recortes y reducciones los trabajadores acuden al medio de presión laboral por definición, la **huelga**, lo que tiene muy diversas consecuencias en función de la naturaleza y actividad del empresario afectado. En mercantiles contratistas de la Administración, la huelga de sus trabajadores puede determinar una falta de cumplimiento del objeto del contrato, con efectos casi contrapuestos según se entienda que se está ante un supuesto de fuerza mayor (que exonera al contratista de cualquier responsabilidad) o ante un incumplimiento contractual (que culpable o no tiene consecuencias económicas).

En todo contrato administrativo – al igual que en todo contrato privado –, ambas partes se obligan a ciertas

prestaciones cuya inobservancia o mal cumplimiento determina, a priori, un **incumplimiento contractual**. Ello no obstante, en los contratos administrativos pueden concurrir determinadas circunstancias que, aun determinando la falta de cumplimiento por el contratista de sus obligaciones contractuales, le exonera de responsabilidad y por tanto, de las consecuencias negativas que para tal incumplimiento prevén la ley y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rija el contrato.

Este es el caso de la **fuerza mayor**, un elemento cuyo concurso comporta una **excepción al principio de riesgo y ventura**¹ que elimina la responsabilidad derivada del incumplimiento e incluso prevé un derecho de indemnización del contratista perjudicado por los daños y perjuicios que se le hubieren producido², siempre que el mismo no se deba a una actuación imprudente del mismo.

La posible configuración de la **huelga de los trabajadores** como causa de **fuerza mayor** en el incumplimiento de un contrato administrativo podría plantearse desde la consideración de dos circunstancias:

¹ El principio de riesgo y ventura lo consagra el Artículo 98 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP); y el Artículo 199 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

² La fuerza mayor se regula en el Artículo 144 del TRLCAP y en el Artículo 214 de la LCSP.

- Determina un incumplimiento ajeno a la voluntad del contratista.
- La antigua legislación de contratos del Estado (el Artículo 132 del Reglamento General de Contratación³) y el Artículo 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales incluían entre los casos de fuerza mayor a “los destrozos ocasionados violentamente a mano armada, en tiempos de guerra, sediciones populares o robos tumultuosos.” La sedición, tipificada en el Código Penal de 1963, incluía en su Artículo 222.3 el castigo, como reos de sedición, las huelgas de los obreros.

La Constitución Española de 1978 ha configurado la **huelga** como un **derecho constitucional** (Artículo 28.2 CE), por lo que aunque puede experimentar limitaciones o restricciones a su ejercicio derivadas de su conexión con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, estas limitaciones o restricciones no pueden rebasar su contenido esencial⁴, hacerlo impracticable o despojarlo de protección, ya que se está ante un **derecho fundamental** de los especialmente tutelados por la Constitución.

Entre las limitaciones del derecho de huelga se encuentra el aseguramiento de la **prestación de servicios esenciales de la comunidad**, función de garantía que deriva de la necesaria coordinación de los posibles intereses en juego. Por ello “el derecho de la comunidad a ciertas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga”⁵.

Resulta claro por tanto que el legítimo ejercicio del derecho de huelga, de manera ordenada y con observancia de los servicios mínimos no puede configurarse como un supuesto de fuerza mayor⁶ en relación con el principio de riesgo y ventura en la ejecución de los contratos sino como un suceso de relativa normalidad – mientras que la fuerza mayor deriva de un acontecimiento insólito y no razonablemente previsible–.

La **huelga de los trabajadores** de la mercantil contratista de la Administración no constituye así un supuesto de fuerza mayor sino un **incumplimiento del contrato** caracterizado por dos notas:

- El cumplimiento o correcta prestación de los servicios mínimos es una **carga** que recae sobre la **contratista** y no es repercutible o imputable a la Administración Pública con la que contrató, pues como ha señalado el Consejo de Estado⁷, los concesionarios de servicios públicos tienen el deber jurídico de soportar las cargas que impone la determinación del servicio mínimo.
- Se trata de un **incumplimiento no culpable** ya que la falta de cumplimiento del contrato es directamente imputable a los trabajadores y no a la empresa contra la que ejercitan las medidas de conflicto colectivo.

Por ello, como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁸:

- No puede derivarse acción de responsabilidad contra los trabajadores, pues dado que es un derecho constitucionalmente reconocido no puede deducirse contra su ejercicio, ninguna consecuencia negativa.
- No puede aplicarse al contratista las penalidades u otras consecuencias negativas previstas en el pliego para los supuestos de incumplimiento.

El hecho de que **no se impute al contratista responsabilidad derivada del incumplimiento** – lo que acontece en tanto que el incumplimiento no se califica de culpable, pues de lo contrario debería indemnizar a la Administración con todos los daños y perjuicios ocasionados⁹ –, no conlleva que éste no produzca ningún efecto. Antes bien, **es el contratista** y no la Administración, el que debe **soportar las consecuencias de la huelga**, de manera que resulta

³ Aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia 51/1986, de 24 de abril de 1986.

⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia 11/1981, de 8 de abril de 1981.

⁶ Tribunal Supremo, Sentencia de 20 de junio de 1988.

⁷ Dictamen del Consejo de Estado número 55.853, de 19 de febrero de 1991.

⁸ Informe JCCA 60/2008, de 31 de marzo de 2009.

procedente el descuento en el canon o precio que la Administración contratante abone al contratista, de las cuantías relativas a los servicios no prestados por los trabajadores; así como los derivados del establecimiento de los servicios mínimos en el caso de que la contratista no los asegurara.

Conclusión: la **falta de cumplimiento**, por el contratista, de las prestaciones que constituyen el **objeto del contrato** por causa directa de la **huelga de sus trabajadores** no puede configurarse como un supuesto de fuerza mayor que exonere al mismo de cualquier responsabilidad, reconociéndole además un derecho de indemnización por los daños y perjuicios sufridos; pero tampoco puede concebirse como un incumplimiento culpable que

determine la obligación de la mercantil de indemnizar a la Administración contratante por los daños y perjuicios que ésta hubiere podido padecer a raíz del incumplimiento.

Cuando el contrato administrativo no se cumple en sus términos por causa de una huelga de los trabajadores de la empresa contratista, dicho incumplimiento se configura como un **incumplimiento no culpable**, de tal manera que aun cuando es dicha contratista la que debe soportar las consecuencias económicas del incumplimiento (consistente en no percibir las cuantías correspondientes a los servicios no prestados, y en la financiación de la prestación de los servicios mínimos), **no** puede depurarse contra ella ningún género de **responsabilidad**.

⁹ Artículo 113.4 TRLCAP y Artículo 208.4 LCSP.

— N.º 15. Julio del 2010 —

Nuevos y por fin efectivos mecanismos de cobro frente a la Administración

El devenir de los acontecimientos de los dos últimos años ha agravado una realidad ya anterior que sin embargo ahora proyecta unas consecuencias de mayor calado en el tejido empresarial de nuestro país, y que no es otra que la de la morosidad de las Administraciones Públicas. En circunstancias económicas como las actuales el endeudamiento y la morosidad de las empresas son circunstancias casi generalizadas si bien no es menos cierto que cuando el impago de las cantidades debidas es imputable a un ente público las razones que la justifican languidecen y los mecanismos de reacción frente a tal incumplimiento se reducen, dada la posición de prevalencia en que se sitúa la Administración incluso frente a quienes ostentan un derecho de crédito frente a ella. Esta realidad, unida al aumento exponencial del endeudamiento de las Entidades Locales, y las consecuencias que ello proyecta en los pequeños y medianos constructores ha determinado la toma de razón por parte del legislador de la necesaria modificación del régimen actualmente vigente en materia de morosidad de las operaciones comerciales en general y de morosidad de las Administraciones Públicas en particular.

Aunque la reforma se ha hecho esperar, y han tenido que transcurrir más de 5 años desde la transposición de la Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo; el 7 de julio de 2010 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad.

La reforma que alberga la Ley 15/2010 persigue hacer frente al aumento de impagos, retrasos y prórrogas que está estrangulando aún más la situación económica del sector empresarial. Para ello modifica la Ley 3/2004 en materia de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), con ánimo de establecer **plazos concretos y mecanismos eficaces** para el **cobro** de las deudas vencidas.

La norma **amplía su ámbito subjetivo** en tanto que modifica su Artículo 2.b) y define como “Administración,” a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el Artículo 3.3 de la LCSP (es decir, poderes adjudicadores)¹ y **refuerza notablemente la obligación de pago** desde la fijación *ex lege* de

plazos de vencimiento de las deudas. En efecto, la Ley 3/2004 establecía en su Artículo 4.1 que “el plazo de pago será el que se hubiera pactado entre las partes dentro del marco legal aplicable” y en su defecto, regía el establecido en el apartado 2 del mismo precepto. La Ley 15/2010 suprime la previsión del Artículo 4.1 y **dispone imperativamente el plazo de pago** que deberá cumplir el deudor, pues la norma persigue **suprimir** la posibilidad de “**pacto entre las partes**” que normalmente alargaba el pago efectivo de las deudas.

En materia de contratos del Sector Público la Ley 15/2010 introduce una **reforma sustancial en la LCSP**, de manera que modifica el apartado 4 del Artículo 200 LCSP para **recortar el plazo de abono del precio de 60 a 30 días**, a contar desde la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los documentos que acrediten la realización parcial o total del contrato.

La reducción del plazo de 60 a 30 días es, no obstante, **transitoria**, pues la Ley 15/2010 añade una nueva disposición transitoria octava a la LCSP en la que se prevé que el **plazo de 30 días** se aplicará a partir del 1 de enero de 2013. Hasta entonces dispone que:

¹ Frente a la redacción anterior, que definía como “Administración,” a las Administraciones Públicas, organismos y entidades previstas en los apartados 2 y 3 del Artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

- desde la entrada en vigor de la norma (8 de julio de 2010) hasta el 31 de diciembre de 2010 el plazo será de **55 días**;
- durante el año 2011 será de **50 días** y
- durante el año 2012 se reducirá a **40 días**.

Al margen del carácter progresivo y paulatino de la reducción de los plazos, que pudiera haberse deseado más inmediata, lo cierto es que la nueva redacción que se da al apartado 4 del Artículo 200 tiene también trascendencia en la medida en que el mismo reconoce el **derecho del contratista**, transcurrido el plazo legal en los términos expuestos, al **abono de los intereses de demora** y la **indemnización por los costes de cobro**² en los términos previstos en la Ley 3/2004 (Artículos 5, 7 y 8). El Artículo 8 de dicha norma ha resultado también afectado por la Ley 15/2010 para la eliminación de la previsión de exclusión del derecho de indemnización cuando el coste de cobro de que se trate hubiera sido cubierto por la condena en costas del deudor.

Otra de las novedades que aborda la Ley 15/2010 en materia de morosidad de las Administraciones Públicas radica en la **previsión de mecanismos de transparencia en el cumplimiento de las obligaciones de pago**, consistentes en:

- El establecimiento de un **sistema de información trimestral pública** sobre el cumplimiento de los plazos de pago legalmente previstos que será realizado por el Interventor General del Estado para la Administración General del Estado y por los Tesoreros o Interventores e las Corporaciones Locales para éstas – las Comunidades Autónomas podrán establecer su propio sistema de información al respecto-. Dada la elevada morosidad de las Entidades Locales, el Artículo cuarto apartado 4 de la

Ley 15/2010 establece que el informe relativo a éstas deberá remitirse, en todo caso, al Ministerio de Economía y Hacienda.

- La creación de un **registro de facturas** que deberá establecerse en toda **Entidad Local** para la inclusión en el mismo de las facturas y documentos emitidos por los contratistas para justificar las prestaciones realizadas. En dicho registro deberá anotarse todo documento o factura de manera que transcurrido un mes desde la anotación sin que el órgano gestor haya procedido a tramitar el oportuno expediente de reconocimiento de la obligación – derivado de la aprobación de la certificación o acto administrativo de conformidad -, la **Intervención** (o el órgano en su caso competente) requerirá **justificación documental** de dicha omisión.

Sin embargo, la novedad más importante es sin duda la creación de un nuevo Artículo 200 bis en la LCSP en el que se prevé que transcurrido el plazo previsto en el Artículo 200.4³, los contratistas podrán **reclamar por escrito** a la Administración contratante el **cumplimiento** de la obligación de pago y en su caso, los intereses de demora. El transcurso del **plazo de un mes** sin respuesta expresa por la Administración requerida opera una suerte de silencio positivo en cuya virtud se entenderá **reconocido el vencimiento del plazo de pago**, lo que habilita al interesado para accionar ante el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo y exigir judicialmente el pago.

El mecanismo de impugnación jurisdiccional es el del Artículo 29⁴ de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LJCA) – por **inactividad de la Administración** -, de manera que el plazo de presentación del recurso es de dos meses a contar desde la fecha en que se entiende reconocido el vencimiento del plazo de pago.

² El derecho al abono de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro lo es sin perjuicio del derecho del contratista a suspender el contrato en los supuestos de demora superior a cuatro meses (Artículo 200.5 LCSP) y a resolver el contrato en los supuestos de demora superior a ocho meses (artículo 200.6 LCSP).

³ De 55 días hasta el 31 de diciembre de 2010, 50 días durante 2011, 40 días durante 2012 y 30 días a partir del 1 de enero de 2013.

⁴ Debe decirse al respecto que el mecanismo que hasta ahora se viene empleando para solicitar judicialmente el pago de las cantidades debidas por la Administración contratista es precisamente el del Artículo 29.1 LJCA, de tal modo que se presentaba la factura al pago y transcurridos tres meses desde entonces, se acudía al Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo por inactividad de la Administración. La reforma operada acorta los plazos de los tres meses mencionados a un mes, lo que refuerza la protección del contratista y acorta la morosidad.

Las **pretensión** susceptible de ser esgrimida en el procedimiento será la **condena a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones de pago**, si bien cabe solicitar – y esto es una novedad de la Ley 15/2010 –, como **medida cautelar el pago inmediato de la deuda**. La trascendencia de esta previsión radica en que el nuevo Artículo 200 bis de la LCSP impone al órgano judicial adoptar dicha medida cautelar a menos 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. Esta previsión supone el traslado de la carga de la prueba a la Administración, que vendrá obligada a acreditar la improcedencia de la deuda, y la tutela efectiva de los derechos del contratista impagado toda vez que se impone *ex lege* la **obligación judicial de adopción automática de la medida cautelar de pago inmediato** a menos que esta fuera improcedente.

A lo expuesto debe añadirse **otra circunstancia** que ponen de relieve el notable reforzamiento de la posición jurídica del contratista que acomete la norma mencionada: la declaración, por el nuevo Artículo 200 bis de la LCSP, de la **condena en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro**.

Así las cosas puede concluirse que la reforma operada por la Ley 15/2010 **mejora la defensa de los contratistas** en el cobro de las cantidades adeudadas por la Administración competente, **refuerza el control y la reducción de la morosidad** en las operaciones derivadas de los contratos e introduce **instrumentos eficaces** dirigidos al cobro efectivo de las deudas, en tanto que no solo mejora los mecanismos en vía administrativa – mediante la reducción de los plazos de pago – sino que construye un nuevo supuesto de hecho de inactividad de la Administración que permite acceder a la vía judicial para la **tutela jurisdiccional** de los derechos de pago.

Este mecanismo jurisdiccional constituye una medida eficaz en tanto que por un lado, conlleva el **cobro inmediato de la deuda** a menos que la misma fuera improcedente – pues si fuera menor de la solicitada, la medida cautelar se limita a la cuantía efectivamente exigible –, por otro, **invita a los contratistas impagados a ejercitar sus derechos en vía judicial**; y por último **fuerza a la Administración al pago en tiempo y forma** de las cantidades debidas en vía administrativa en tanto que, de no hacerlo, sabe que resultará condenada judicialmente a su realización en un margen de tiempo breve y con condena en costas, lo que en última instancia no hace sino retrasar – poco – y encarecer – mucho – algo que judicialmente se le va a imponer.

— N.º 16. Agosto del 2010 —

El Plan Estratégico de Infraestructuras 2009-2012: resolución y modificación de contratos en ejecución. Rescisión de contratos para su nueva licitación

El 22 julio de 2010 el Ministro de Fomento ha comparecido en la Comisión de Fomento del Congreso de los Diputados para informar de los planes del Ministerio en el nuevo escenario presupuestario diseñado en el marco del Plan de Austeridad y el Plan de Eficiencia, así como de los recortes que se van a abordar en materia de obra pública. Aun cuando las medidas anunciadas por el titular del Departamento se enmarcan en el denominado Plan Extraordinario de Infraestructuras y se justifican por el necesario recorte de gasto que la situación actual impone a todos los Ministerios, no es menos cierto que las mismas supondrán perjuicios de gran calado para las empresas contratistas de infraestructuras objeto de revisión o rescisión.

El Ministerio de Fomento ha concretado una amenaza que venía oyéndose en los círculos de la construcción desde hace unos meses y que consiste, ni más ni menos, en la **reducción de las inversiones en infraestructuras** y en la anulación y modificación del 20% de los contratos actualmente vivos y en fase de ejecución.

Los planes del Ministerio pretenden continuar la licitación y ejecución de inversiones si bien desde el empleo masivo de la **fórmula de colaboración público-privada**, y previa la reducción de las cantidades ya comprometidas en contratos cuya resolución o reprogramación se prevé.

Una de las medidas que más asombro – y recelos – ha causado es sin duda la de la **“rescisión”** de 32 contratos de obra nueva de más de un millón de euros, y la **“reprogramación”** de 199 contratos de las mismas características: rescisión y reprogramación que no son otra cosa que **anulación y modificación** de contratos.

La rescisión de muchos contratos persigue en realidad una nueva licitación de los mismos bajo

fórmulas de contratación más ventajosas para el Ministerio, en especial mediante la colaboración público-privada, que permite la **no consolidación de deuda** a efectos del SEC 95, y se articula sobre una notable **financiación privada** del objeto del contrato.

En relación con los contratos cuya **resolución** se proyecta, los contratistas no deben perder de vista que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la contratación civil, la legislación de contratos administrativos¹ atribuye a la Administración², en concreto al **órgano de contratación**, la **prerrogativa de declarar unilateralmente resuelto el contrato**. Ello no obstante debe recordarse que por un lado, la causa de resolución debe estar prevista en la ley que resulte de aplicación (TRLACP o LCSP) o en el contrato; y por otro, que el contratista tiene una serie de derechos que puede ejercitar frente al acuerdo de resolución.

Las causas de resolución de los contratos se enumeran, con carácter general, en el Artículo 206 LCSP³, y entre ellas se incluyen tres cláusulas de amplio contenido:

¹ Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) para los contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la nueva legislación en la materia, y Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, actualmente vigente (en adelante LCSP).

² Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1983. (RJ 4203).

³ Cada una de ellas tiene un régimen jurídico propio y diverso.

- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en el pliego o en el contrato (206.g).
- Las establecidas expresamente en el contrato (Artículo 206.h LCSP).
- Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en la ley (206.i).

Así las cosas parece indubitado que la Administración encontrará la base normativa o contractual en la que apoyar la resolución de los contratos que pretende extinguir, pues a falta de cualquiera de ellas siempre le queda la posibilidad de acudir al *mutuo disenso*⁴.

Lo que interesa retener es que, dado que se van a anular 32 contratos en 11 Comunidades Autónomas, los contratistas afectados disponen de mecanismos en vía administrativa y contencioso administrativa para luchar contra tal medida, o contra las consecuencias de la misma que les resulten perjudiciales.

En efecto, el órgano de contratación ostenta la **prerrogativa legal** de **acordar la resolución** de los contratos y de determinar los efectos de ésta, pero el contratista tiene derecho a **oponerse a la resolución**, en cuyo caso deberá ser oído a tales efectos y será preceptivo el Dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma correspondiente en su caso⁵. El acuerdo de resolución pone fin a la vía administrativa y es impugnabile ante el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo. En una y otra vía tiene derecho a **reclamar el abono del precio** en la parte que corresponda en función del grado de cumplimiento del contrato, así como la **devolución de la garantía** y la **indemnización de los daños y perjuicios** que se le

hayan ocasionado en caso de incumplimiento de la Administración.

En cuanto a la “**reprogramación**” que se proyecta sobre 199 contratos (112 de carreteras y 87 de ferrocarriles), la misma comprenderá probablemente una **modificación a la baja** y una **alteración de los plazos de ejecución**, lo que obligará en todo caso al ajuste del régimen económico financiero de los contratos, y a la indemnización de los daños y perjuicios que se ocasionen.

No es improbable que la reprogramación consista en un retraso en la ejecución de los contratos, retraso derivado de una **suspensión**, lo que permitiría **posponer** tanto el **compromiso de gasto** derivado del abono del precio del contrato (certificaciones de obra), como el compromiso de gasto generado por la necesaria indemnización de los daños y perjuicios derivados del retraso provocado por la suspensión.

Como es sabido, los **gastos derivados de la suspensión** del contrato – por causa imputable al órgano de contratación –, **no** tienen que ser soportados por el contratista, pues la ley le reconoce el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios “**efectivamente sufridos**”⁶ desde el levantamiento del acta de suspensión temporal parcial⁷.

A este respecto debe recordarse dos cosas:

- El **derecho no decae** por el hecho de que la Administración contratante no levante **acta de suspensión temporal**, pues el derecho de indemnización nace de la suspensión misma, y la omisión del acto administrativo formal y expreso – que es solo un medio privilegiado de prueba – no exonera de dicha obligación legal.

⁴ La Administración solo puede acudir al mutuo disenso previo el concurso simultáneo de dos presupuestos legalmente establecidos: la inexistencia de otra causa de resolución que sea imputable al contratista y el concurso de una razón de interés público que haga innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

⁵ La omisión de este dictamen preceptivo tiene eficacia invalidante del procedimiento de resolución (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1994, RJ 5677)

⁶ Artículo 203 de la LCSP y Artículo 102 del TRLCAP.

⁷ El derecho a la indemnización de los daños y perjuicios efectivamente sufridos ha sido reconocida en diversas ocasiones tanto por la Doctrina del Consejo de Estado (entre otros en los dictámenes núm. 37/2006, de 20 de abril de 2006 y 552/2008, de 14 de mayo de 2008), como por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2002 – RJ 7060 –).

- La indemnización comprenderá los **gastos efectivamente sufridos**, y por tanto solo los derivados de la suspensión y en la medida en que resulten debidamente acreditados.

La reprogramación puede consistir también en una **modificación a la baja de los contratos**, con una **reducción del precio** acordado, la minoración de las tarifas, o incluso la reducción de la duración del contrato – para los de concesión de obras públicas –; circunstancias éstas que generarían un **desequilibrio económico-financiero** en el seno de los contratos afectados por tales medidas, lo que legitimaría

a los contratistas para **exigir el restablecimiento del equilibrio** de un contrato que se transforma en oneroso para ellos.

Así las cosas puede concluirse que las medidas adoptadas por el Ministerio de Fomento en el marco del Plan estratégico de infraestructuras 2009-2012 (resolución de 32 contratos y reprogramación de otros 199 contratos – todos ellos de cuantía superior a un millón de euros –) comportan, sin perjuicio de su oportunidad a efectos presupuestarios, un **perjuicio considerable** para el sector, cuya **reparación** se hace **precisa**.

— N.º 17. Noviembre del 2010 —

La clasificación de las uniones temporales de empresas: problemática y soluciones

No son pocas las ocasiones en las que varias empresas, decididas a agruparse en una unión temporal para la licitación de un contrato público, quedan fuera de dicho proceso a consecuencia de defectos vinculados a su clasificación. En ocasiones como consecuencia del desconocimiento por los empresarios de las reglas exigibles en materia de clasificación de Uniones Temporales de Empresas – siempre complejas y controvertidas –, y en otras ocasiones por errores en la interpretación de las normas vigentes en materia de contratación por parte de los órganos competentes para ello, lo cierto es que son muchas las veces que empresas capacitadas y solventes quedan fuera de la licitación pública, con la consiguiente pérdida de oportunidades que ello conlleva. Un análisis detenido de la legislación vigente, y de la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa permite esbozar las reglas básicas en la materia para evitar la exclusión de un procedimiento de contratación pública, ya sea la causa del mismo imputable al desconocimiento del órgano de contratación, ya sea consecuencia de una omisión de los propios empresarios.

Como es bien sabido, para contratar con las Administraciones Públicas se exige, a priori, acreditar la capacidad y la solvencia – económica o financiera, técnica y profesional - de las empresas interesadas en participar en los procedimientos de contratación. El requisito de la solvencia puede acreditarse mediante la clasificación de la empresa en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, clasificación que por otro lado es obligatoria para aquellos contratos de obras o de servicios que superen las cuantías legalmente previstas.

Mientras que la clasificación de las empresas, con carácter general, no plantea grandes problemas – se realiza individualmente para cada empresa mediante acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (o del órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma), disfrutando el acuerdo de una vigencia de dos años –, la clasificación de las Uniones Temporales de Empresarios (UTE), se enfrenta con muchos problemas en la práctica contractual, y ello fundamentalmente por dos motivos:

— En primer lugar porque la **clasificación de las UTEs** se lleva a cabo no por la Junta Consultiva

de Contratación Administrativa a través de sus Comisiones de Clasificación (o por los órganos autonómicos competentes), sino que se acomete por los propios órganos de contratación por medio de la **Mesa de contratación**¹, según se desprende de la dicción del Artículo 52.1 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas².

— En segundo lugar porque la especial configuración de la UTE permite integrar en la misma a diferentes empresas con distintas clasificaciones, y las **reglas de valoración** de dichas clasificaciones a los efectos de determinar la clasificación de la UTE son complejas y han venido planteando **dudas interpretativas**.

I. La primera premisa de la que debe partirse es que para la licitación **todas las empresas de la unión temporal tienen que estar debidamente clasificadas**³, en gran medida en porque la UTE carece de personalidad jurídica y la capacidad y solvencia de sus empresas integrantes se acredita mediante su clasificación. El requisito de la clasificación es por tanto exigible a todas y cada

¹ Junta Consultiva de Contratación Administrativa, informe 2/2004, de 12 de marzo de 2004.

² Reglamento aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

³ JCCA Informe 2/2004, de 12 de marzo de 2004.

una de las empresas que se integren en la UTE⁴, tanto a la luz del Artículo 38.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁵ (en adelante TRLCAP) como a la vista del Artículo 56.5 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)⁶.

Esta afirmación, quizá clara ahora, ha sido controvertida hasta época reciente. De hecho la JCCA en su informe de 15 de octubre de 1984 (expediente 33/84) – fundado en la entonces vigente Ley de Contratos del Estado de 1965 -, mantuvo que existían argumentos para sostener que era suficiente la clasificación correspondiente de alguna de las empresas asociadas, sin que el requisito de la clasificación fuera exigible a todas.

- II. No solo es necesario que todas las empresas que concurren en la UTE estén clasificadas sino que además **deben estarlo como contratistas de obras o como contratistas de servicios**⁷, según el contrato de que se trate. Ello conlleva dos cosas:

- Es necesario que las empresas que acuden agrupadas en unión temporal estén debidamente clasificadas para el tipo de contrato de que se trate (y por tanto obras o servicios), pero **no es necesario que lo estén en el mismo grupo y subgrupo** que los exigidos en la licitación⁸.

- En numerosas ocasiones se ha planteado si es posible exigir simultáneamente la clasificación como empresas de obras y la clasificación como empresa de servicios para la licitación de un contrato mixto de los regulados en el Artículo 6 TRLCAP – actual Artículo 12 -, y la respuesta de la JCCA ha sido negativa en reiteradas ocasiones⁹. El criterio sostenido al efecto radica en que la expresión “en relación con el contrato al que se opte” (contenida en el Artículo 38.1 TRLCAP y 56.5 LCSP) debe interpretarse en el sentido más general de **excluir la exigencia de doble clasificación en los supuestos de contratos mixtos de obras y de servicios**.

- III. Entendido así que para que la UTE pueda ser debidamente clasificada es preciso que todas las empresas en ella integradas también lo estén y para el tipo de contrato de que se trate, no es necesario en cambio que dichas empresas estén clasificadas en el (o los) mismos grupos y subgrupos exigidos para la adjudicación del contrato que se licita¹⁰. El **criterio contrario a la extensión de la exigencia de clasificación a los grupos y subgrupos** exigidos por la convocatoria ha sido sostenido tanto por la JCCA¹¹ como por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo¹².

La **clasificación exigible** solo alcanza a la **genérica del tipo de contrato** al que se opte. Para la

⁴ La falta de calificación de una de las empresas integrantes de la Unión Temporal de Empresas en el momento de la adjudicación o celebración del contrato constituye una causa determinante de la nulidad de pleno derecho de dicha adjudicación. (JCCA informe 29/2002, de 23 de octubre de 2002).

⁵ Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

⁶ Ley 30/2007, de 30 de octubre.

⁷ JCCA Informe 2/2004, de 12 de marzo de 2004.

⁸ JCCA Informe 22/96, de 5 de junio de 1996.

⁹ JCCA Informe 46/2002, de 28 de febrero de 2003.

¹⁰ Así las cosas, si se concurre en UTE a un contrato de obras, es preciso que todas y cada una de las empresas estén clasificadas como contratistas de obras, no siendo suficiente que lo estén solo como contratistas de servicios, y viceversa.

¹¹ JCCA Informe de 30 de octubre de 2000 (expediente 40/00) e Informe 46/2002, de 28 de febrero de 2003.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 4ª) de 2 de febrero de 2005 [RJ/2005\1650].

clasificación en los grupos y subgrupos exigidos, y para determinar si la UTE tiene o no la categoría exigida por la convocatoria, la legislación vigente fija una serie de reglas:

III. A. Si una o varias empresas integrantes de la UTE están **clasificadas en el grupo y el subgrupo exigido**, con categoría igual o superior a la exigida, la **categoría pedida se le reconoce a la UTE**¹³ en tanto que una de sus empresas alcanza o supera la clasificación; con independencia de si esa empresa ostenta una participación superior o inferior al 20%¹⁴. (Artículo 52.2 del Reglamento de Contratos)

III. B. Cuando se exige clasificación en varios subgrupos y los integrantes de la UTE están **clasificados individualmente en los distintos subgrupos**, la unión de empresarios alcanzará la **clasificación en la totalidad de ellos** con las máximas categorías ostentadas individualmente. (Artículo 52.3 del Reglamento de Contratos)

III. C. Si **ninguna de las empresas** integradas en la UTE alcanza la **categoría exigida** por la convocatoria se aplican las **reglas de acumulación de características** contenidas en el apartado 4 del Artículo 52 del Reglamento de Contratos, y por tanto mediante la suma de los valores medios de los intervalos de las respectivas categorías ostentadas en ese grupo o subgrupo, por cada una de las empresas,

- cuando la participación en la unión temporal sea igual o superior a un

porcentaje mínimo del 20%, mediante la fórmula legalmente prevista¹⁵,

- cuando la participación en la unión temporal sea inferior al 20% mediante la aplicación, al valor medio del intervalo de la categoría, de un coeficiente reductor igual a su porcentaje de participación, dividido por 20.

Por tanto, mientras que las reglas de los apartados 2 y 3 del Artículo 52 del Reglamento de Contratos se aplican a aquellos supuestos en los que todas las empresas estén clasificadas en el mismo grupo y subgrupo – Artículo 52.3 – o en distintos pero con una de ellas que cumple los tres requisitos de “grupo-subgrupo-clasificación” – Artículo 52.2 –; las reglas del apartado 4 del Artículo 52 se aplican a aquellos supuestos en que la unión de empresarios, por permitirlo la legislación vigente, integre a empresas que no estén clasificadas en el subgrupo exigido sino en otros distintos de la clasificación de obras o de servicios según proceda.

Conclusión: Para la clasificación de una Unión Temporal de Empresas es preciso que todas y cada una de las que vayan a formar parte de la misma estén debidamente clasificadas como contratistas de obras o como contratistas de servicios, en función del contrato al que se opte. A partir de dicho momento las reglas de clasificación varían para cada supuesto de hecho en función de si al menos una de las empresas está clasificada en el grupo y subgrupo exigido con la categoría requerida; si las distintas empresas están clasificadas individualmente en los distintos subgrupos exigidos, o si bien, por último, las empresas no están clasificadas en los subgrupos exigidos pero si en otros, en cuyo caso se aplica la acumulación de características con distintas reglas según el porcentaje de participación de cada empresa sea superior o inferior al 20% en la UTE.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 4ª) de 2 de febrero de 2005 [RJ\2005\1650].

¹⁴ JCCA Informe 2/2004, de 12 de marzo de 2004.

¹⁵ La fórmula legalmente prevista para obtener el valor medio (Vm) de las categorías es: $Vm = (\text{Límite inferior} + \text{Límite superior})/2$.

— N.º 18. Diciembre del 2010 —

Régimen del recurso especial en materia de contratación en el ámbito de las comunidades autónomas

La Ley 34/2010, de 5 de agosto ha venido a modificar, de nuevo, las Leyes 30 y 31/2007, de contratos, introduciendo novedades de gran calado entre las que merece mención la creación de una nueva cuestión de nulidad que puede no obstante sustituirse por la imposición de multas al poder adjudicador; y la creación de un nuevo órgano especial e independiente al que le encomienda la resolución del recurso especial en materia de contratación – cuya regulación profundiza notablemente – y el conocimiento de los supuestos especiales de nulidad contractual: el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Para las Comunidades Autónomas, sin embargo, la norma prevé la alternativa de crear un órgano propio – a semejanza del Tribunal Central – o bien atribuir al de ámbito nacional la competencia para el conocimiento de los recursos derivados de la contratación autonómica. Para el periodo intermedio entre el dictado de la norma y la adopción de una decisión al respecto se prevé un régimen supletorio y transitorio peculiar.

La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público; 31/2007, también de 30 de octubre de 2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio de 1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, ha venido a modificar sustancialmente el régimen contenido en la Ley 30/2007 mediante la creación de un órgano independiente para la resolución del recurso especial en materia de contratación y la creación de una nueva cuestión de nulidad en los contratos.

La Exposición de Motivos de la Ley 34/2010 señala que la Ley 30/2007 prevé “...el plazo de suspensión subsiguiente a la adjudicación, la suspensión del acto como consecuencia de la interposición del recurso o reclamación y la adopción de medidas cautelares. **Quedan, sin embargo, por resolver algunas cuestiones tales como la relativa a la competencia para la resolución del recurso que la nueva Directiva¹ exige se atribuya a un órgano independiente o a la suspensión de la**

adjudicación que debe mantenerse hasta que dicho órgano resuelva sobre el mantenimiento o no de ella o sobre el fondo.”

En este contexto interesa analizar, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, dos aspectos:

- La competencia para la resolución del recurso que la nueva Directiva exige se atribuya a un órgano independiente.
- La suspensión de la adjudicación que debe mantenerse hasta que dicho órgano resuelva sobre el mantenimiento o no de ella o sobre el fondo.

I. Competencia para la resolución del recurso.

El Artículo 311 de la Ley 30/2007 en la redacción dada por la Ley 34/2010 establece que “En el ámbito de las Comunidades Autónomas, así como en el de los órganos competentes de sus Asambleas Legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, **debiendo crear un órgano**

¹ Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos

independiente” individual o colegiado, o bien **atribuir tal competencia al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, para lo cual deberán celebrar el correspondiente convenio con la Administración General del Estado, en el que se estipulen las condiciones en que la Comunidad sufragará los gastos derivados de esta asunción de competencias.

II. Suspensión cautelar del acto de adjudicación.

El Art. 315 de la Ley 30/2007 prevé que una vez interpuesto el recurso frente al acto de adjudicación, **“quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación”**, y respecto de dicha suspensión, conforme al Art. 316.3 de la misma ley, el órgano encargado de resolverlo resolverá si procede o no el mantenimiento de la suspensión automática, entendiéndose vigente ésta en tanto no se dicte resolución expresa sobre la misma acordando el levantamiento.

En todo caso, de acuerdo con el Art. 317.4 de dicha ley, **la resolución del recurso deberá acordar también el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación** si en el momento de dictarla continuase suspendido.

A ello debe añadirse que el artículo 311.2 párrafo segundo de la Ley 30/2007 establece que las Comunidades Autónomas **“podrán prever la interposición de recurso administrativo previo al contemplado en el Artículo 310.**

En este último caso, la ejecución de los actos de adjudicación impugnados quedará suspendida hasta que el órgano competente para resolverlo decida sobre el fondo de la cuestión planteada. En todo caso, si la resolución no fuese totalmente estimatoria, la suspensión persistirá en los términos previstos en el Artículo 315” y por tanto **“si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación”**, se entiende, hasta la interposición del recurso especial en materia de contratación y con el mismo régimen antes expuesto.

A la vista de todo ello se deduce que la virtualidad de la suspensión del recurso administrativo previo que las Comunidades Autónomas pueden prever se extiende, si la resolución no fuese totalmente estimatoria, hasta la interposición del recurso especial. Por su parte y respecto de la virtualidad de la suspensión automática del recurso especial en materia de contratación, se

deduce de lo expuesto que sólo durará hasta que se levante expresamente durante la tramitación del mismo, o en todo caso, cuando se dicte resolución resolviendo el citado recurso, momento en el que dicha resolución será ejecutiva conforme dispone el Art. 319.2 de esa ley.

III. Régimen transitorio

No obstante lo anterior, resulta paradójico que, de forma transitoria, dicho régimen sea aparentemente distinto en relación con las Comunidades Autónomas, pues se regula en la Disposición Transitoria Segunda, como régimen supletorio:

“En tanto una Comunidad Autónoma no regule ante quién debe incoarse la cuestión de nulidad prevista en los Artículos 37 a 39 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, o en los Artículos 109 a 111 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, o interponerse el recurso contra los actos indicados en el Artículo 310.1 y 2 de la primera o en el Artículo 101.1 de la segunda, y qué efectos derivarán de su interposición, serán de aplicación las siguientes normas:

(...)

b) La **competencia para la resolución de los recursos continuará encomendada a los mismos órganos que la tuvieron atribuida con anterioridad.**

(...)

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.”**

De este modo, se prevé en dicha disposición transitoria que **la resolución del recurso especial en materia de contratación** – y de la cuestión de nulidad – corresponda a los **mismos órganos que tuvieron atribuida la competencia con anterioridad**, en tanto lo determine, cada Comunidad Autónoma, si crea un órgano propio o si atribuye la competencia al Tribunal Administrativo Especial de

Recursos Contractuales; decisión que por otro lado parece no conocer límite temporal alguno, lo que puede acarrear una situación compleja y alejada de los fines perseguidos por la Directiva.

Por otro lado, y también a la vista de la disposición transitoria segunda, resulta que la resolución dictada

no será ejecutiva hasta que no sea firme, o si ha sido recurrida, hasta que el órgano judicial decida sobre la suspensión, de modo que así **se extiende de facto a la vía judicial el efecto de la suspensión en vía administrativa, impidiéndose por ley la ejecutividad de dicho acto en tanto no se pronuncie el órgano judicial.**

— N.º 19. Enero del 2011 —

La resolución del contrato por concurso del contratista: ¿procede la incautación de la garantía?

La regulación tradicional de las situaciones de insolvencia en el ordenamiento jurídico español configuraba las mismas como una causa de resolución de los contratos celebrados con la Administración, que permitía, para los supuestos de quiebra culpable o fraudulenta la extinción del contrato con pérdida de la garantía definitiva. La regulación actual en la materia, contenida en las Leyes de Contratos del Sector Público y Concursal, ha sido modificada recientemente por el Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, introduciendo un nuevo inciso en la redacción del Artículo 208 de la Ley de Contratos del Sector Público para matizar que solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, vino a modificar el régimen tradicional que en materia de situaciones de insolvencia existía en España. A partir de dicha norma, las figuras anteriores – declaración de quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores – se han subsumido bajo la figura única del concurso.

El Artículo 67.1 de la Ley 22/2003 establece que “**Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial.**”

El Artículo 206.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, reconoce como **causa de resolución** de los contratos la **declaración de concurso** o declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

El Artículo 207 LCSP determina por su parte que en caso de declaración de concurso y mientras no se

haya producido la apertura de la fase de liquidación, la Administración **potestativamente continuará el contrato** si el contratista prestare las **garantías suficientes** a juicio de aquélla para su ejecución¹. La **apertura de la fase de liquidación**, dará lugar en todo caso a la **resolución del contrato**.

Así las cosas, presenta especial interés determinar si la resolución del contrato por concurso del contratista determina *per se* un incumplimiento culpable y por tanto conlleva la incautación de la garantía en el momento de la resolución, o si por el contrario, no obstante ser un incumplimiento, no puede afirmarse a priori su carácter culpable quedando la fianza libre de ejecución.

El Artículo 208.4² LCSP establece que “**En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.**”

¹ La anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas permitía también a la Administración, para los supuestos de quita y espera y de suspensión de pagos, la posibilidad de continuar el contrato si el contratista prestaba garantía suficiente a juicio de aquella para la ejecución del mismo.

² El Artículo 208 LCSP ha sido modificado por el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo y por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”

A la vista de la nueva redacción del precepto mencionado resulta que no cabe la resolución del contrato con incautación de la garantía sino cuando el concurso haya sido calificado como culpable.

El Artículo 163 de la Ley 22/2003, establece que procederá la **formación de la sección de calificación** del concurso cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio (...) y **en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.**

La apertura de la fase de liquidación determina preceptivamente la **resolución del contrato** (artículo 207 LCSP) y determinará la formación de la sección de calificación del concurso³, de manera que:

- si se califica el **concurso como culpable**, procederá la **resolución del contrato con incautación de la garantía**, y
- si se califica el **concurso como fortuito**, deberá acordarse la **resolución del contrato sin ejecución de la fianza.**

Para aquellos contratos en los que se acordara la resolución **antes** de la **fase de liquidación**⁴ – pues la Administración está facultada para resolver desde el momento en que se haya acordado judicialmente la declaración de concurso -, y en tanto no hubiera tenido lugar la apertura de la 6ª pieza en el procedimiento concursal, puede acordarse la resolución del contrato por concurso del contratista pero **sin** que proceda la **incautación de la garantía.**

Ahora bien, el hecho de que no pueda incautarse la fianza en el propio acuerdo de resolución del contrato cuando éste no ha sido calificado como culpable no conlleva que la Administración no pueda resarcirse de los **daños y perjuicios** derivados de causas ajenas a la propia opción de la Administración de resolver el contrato con base en el mero hecho de la declaración de concurso. Al contrario, **el contratista deberá resarcir a la Administración de los daños y perjuicios que su incumplimiento le hubiera irrogado**, si bien en un momento posterior, y no mediante el mecanismo tradicional de deducir de la mencionada garantía el importe de los daños originados por el contratista⁵.

Conclusiones:

1. El **concurso del contratista**, aunque determine un incumplimiento del contrato, **no conlleva** per se un incumplimiento culpable y no faculta para la **incautación de la fianza.**
2. Solo cabe la incautación de la garantía en el momento de resolución del contrato cuando el **concurso** hubiera sido calificado como **culpable**, lo que solo puede acontecer una vez abierta la pieza 6ª del procedimiento concursal.
3. En aquellos supuestos en los que la Administración estuviera facultada para la resolución del contrato y **no** se hubiera procedido todavía a la **calificación** del mismo, y en aquellos supuestos en los que el concurso hubiera sido **calificado como fortuito**, la Administración podrá acordar la resolución pero **no podrá incautar la fianza**, todo ello sin perjuicio de la posible **indemnización de los daños y perjuicios** que el incumplimiento del contratista le hubiese irrogado.

³ Al abrirse la fase de liquidación del concurso el Juez calificará el mismo como culpable o fortuito (arts.163 y 164 Ley 22/2003).

⁴ También para aquellos supuestos en los que habiéndose acordado la resolución en la fase de liquidación, la calificación del concurso hubiera sido la de fortuito.

⁵ Así lo ha señalado el Consejo de Estado en el Dictamen 1.736/2010, de 23 de septiembre de 2010.

— N.º 20. Febrero del 2011 —

La lucha institucional contra el bid rigging o manipulación fraudulenta de ofertas en los procedimientos de contratación pública

La Comisión Nacional de la Competencia ha publicado una “guía sobre contratación pública y competencia” que pretende establecer pautas para el diseño de los procedimientos de contratación pública y prevenir y evitar actuaciones colusorias de los licitadores en tales procedimientos de contratación. A la vista de estimaciones realizadas en el ámbito internacional, el precio de los bienes y servicios se incrementa en más de un 20% cuando ha existido conductas colusorias de las empresas participantes en los procedimientos de contratación. Ante tal circunstancia y a la vista de la intensa actividad sancionadora de las autoridades de la competencia de países de nuestro entorno en materia de conductas restrictivas de la competencia en la contratación pública, la Comisión Nacional de la Competencia trata de facilitar a las Administraciones Públicas la detección de conductas colusorias en la contratación mediante la identificación de una serie de indicadores de la existencia de colusión entre los licitadores.

La CNC ha elaborado una guía sobre contratación pública y competencia¹ para el fomento y la promoción de la competencia efectiva en los procedimientos de contratación pública en la que establece una serie de **recomendaciones**.

Las recomendaciones – fundamentalmente dirigidas a las entidades del Sector Público que demandan bienes o servicios en el mercado mediante procedimientos de contratación pública – se establecen a través de dos vías:

- el establecimiento de **pautas para el diseño de los procedimientos de contratación** (destacando los aspectos del proceso de contratación en los que puede introducirse restricciones injustificadas de la competencia);
- el dictado de **orientaciones para prevenir y evitar actuaciones colusorias** de los licitadores en los procedimientos de contratación.

Especialmente interesante se hace la segunda de las vías de fomento de la competencia, pues la guía

señala cómo dicho objetivo responde a la prevención y el combate de potenciales **actuaciones ilícitas de colusión** de las empresas oferentes en el proceso de contratación, es decir, las actuaciones de **manipulación fraudulenta de ofertas o BID RIGGING** en la terminología internacional.

Pretende, la CNC, facilitar herramientas para la detección de indicios de conductas contrarias a la normativa de la competencia que puedan cometer las empresas participantes en los procedimientos de contratación pública. Para ello la Comisión Nacional de Competencia recuerda que la **colusión entre empresas** se encuentra **prohibida** por el Artículo 1 de la LDC², y, de acuerdo a su Artículo 62, podría ser considerada **infracción muy grave**. En este caso, el Artículo 63 contempla la posibilidad de imponer una **multa** que podría alcanzar el 10% de la cifra total de negocios de la empresa, o, cuando no fuera posible delimitarla, una multa de más de 10 millones de euros.

Añade además que el **falseamiento de la competencia** en licitaciones públicas no sólo constituye

¹ La guía puede descargarse en este link

<http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=295830&Pag=1>

² Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

una infracción administrativa, sino que puede constituir un **ilícito penal**. En efecto, el Artículo 262 del Código Penal establece que quienes alteren los precios en concursos y subastas públicas pueden ser sancionados con **penas de prisión de uno a tres años, y sanción de días-multa de doce a veinticuatro meses**, así como la posible **pena de inhabilitación especial para contratar con las Administraciones Públicas por un periodo de tres a cinco años**.

Asimismo, la Disposición Adicional 27ª de la LCSP recoge la **obligación** de los órganos de contratación y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de **notificar a la CNC** los hechos observados que puedan constituir **infracciones a la legislación de defensa de la competencia**. Del incumplimiento de esta obligación podría derivarse responsabilidad administrativa.

La guía expone cómo la **colusión** suele tener dos **objetivos**:

- La fijación de los precios. con el fin de alcanzar un precio superior al que se derivaría de una licitación competitiva³.
- El reparto del mercado mediante el acuerdo entre empresas licitadoras de repartir mercados geográficos o de clientes.

Identifica como **técnicas para realizar la colusión**:

- Las posturas encubiertas: los miembros del acuerdo designados previamente para no ganar la licitación presentan ofertas que no tienen ninguna posibilidad de salir vencedoras⁴.
- La supresión de propuestas: una vez decidida la empresa que debe ser ganadora de la licitación, el resto de empresas se abstienen de presentar ofertas.

- La rotación del ganador: los miembros del acuerdo pueden coordinarse para ganar por turnos las licitaciones de un órgano de adjudicación, a través habitualmente de la utilización de posturas encubiertas⁵.

Señala además la guía una serie de **indicadores para la detección, por las Administraciones Públicas, de la existencia de colusión entre los licitadores**, en concreto identifica:

- Indicadores en relación con la **presentación y adjudicación de las ofertas**, como por ejemplo:
- El número de empresas que presentan ofertas es más reducido de lo habitual.
- Algunas empresas no acuden a una licitación a la que normalmente se hubieran presentado, mientras siguen acudiendo a licitaciones de similares características ante otros organismos de adjudicación.
- Algunas empresas se presentan siempre a pesar de que nunca resultan ganadoras.
- Varias empresas presentan una oferta conjunta a pesar de que, al menos una de ellas, podrían haberlo hecho de manera individual.
- Algunas empresas sólo obtienen ofertas ganadoras en determinadas áreas geográficas, aunque se presentan en varias.

Indicadores relacionados con los **precios**:

- Aumentos repentinos e idénticos de precios por los licitadores no justificados por incrementos de costes.
- Las empresas realizan unas estimaciones de costes de determinadas partidas idénticos y/o poco realistas.

³ Lo que puede lograrse por los licitadores acordando los descuentos ofertados, fijando precios mínimos de participación, o aplicando una misma fórmula de cálculo de precio.

⁴ Estas ofertas, conocidas bajo distintas denominaciones, - “de resguardo”, complementarias, simbólicas... - pueden adoptar diversas formas, por ejemplo, los supuestos competidores pueden aceptar presentar una oferta demasiado elevada para ser tenida en cuenta, o lo suficientemente alta para superar a la acordada como ganadora, o incluir en su oferta términos especiales difícilmente aceptables por el órgano contratante. De esta manera consiguen señalar la oferta ganadora y dar apariencia de legitimidad al proceso.

⁵ De este modo, al presentar la oferta ganadora de forma rotatoria, todas las empresas resultan adjudicatarias de algún contrato y, por tanto, en estos casos podría no ser necesario un reparto posterior de las ganancias

- Diferencias significativas en los precios que una misma empresa oferta para un contrato similar ante diferentes órganos adjudicadores.
- Ofertas de precios más altos ante los órganos de contratación radicados en determinado territorio que ante otros órganos de contratación.
- Subidas generales en los precios de todas las ofertas respecto a licitaciones previas sin aumentos de costes o justificación aparente.
- Presentación de ofertas con precios superiores al presupuesto máximo de adjudicación⁶.

Indicadores en la **documentación** o en el **comportamiento** de las empresas:

- Características inusuales de las propuestas y en su presentación, por ejemplo:
 - ▶ Errores de cálculo, fallos ortográficos o problemas formales de presentación de la oferta que se repiten en varias propuestas.
 - ▶ La presencia de borrones o tachaduras en todas las ofertas podría ser indicativo de un acuerdo de última hora.
 - ▶ Ofertas de diferentes licitadores presentadas con tipografía o papelería idénticas.
- Declaraciones de los oferentes:
 - ▶ Rechazo sistemático a ofertar en determinadas áreas o a ciertos órganos de contratación.
 - ▶ Uso por parte de varios oferentes de terminología similar al explicar, por ejemplo, elevaciones de los precios.

- Otros comportamientos sospechosos:

- ▶ Una empresa adquiere las bases para sí y para algún competidor, o bien presenta su propuesta y la de otra empresa a la vez.
- ▶ Una empresa presenta una propuesta que no tendría capacidad de ejecutar.
- ▶ Únicamente una empresa ha buscado la información relevante de costes y precios para presentar una oferta.

- ▶ Por último, la guía pone el acento en el caso de las **UTE** y las **AIE** pues entiende que aun teniendo un efecto positivo en la contratación (al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de PYMES que pongan en común recursos complementarios), también **pueden facilitar la colusión** y por ello merecen “especial atención”

Se identifica para ello unos “**posibles indicadores de existencia de un acuerdo anti-competitivo**” entre los que figuran:

1. La capacidad de participar individualmente en la licitación correspondiente de alguna de las empresas miembro de la AIE o UTE.
2. La participación simultánea de empresas de un mismo grupo empresarial en un procedimiento de licitación, de manera individual y a través de una UTE o AIE.
3. Las empresas que forman la UTE o AIE concentran una parte importante de la actividad en el ámbito público o privado.

⁶ Las empresas podrían haber llegado a un acuerdo para que se declare desierta la licitación y forzar al órgano adjudicador a incrementar su presupuesto máximo

-
4. Una UTE o AIE con cuota de mercado global elevada rechaza la participación en la agrupación de otras empresas que no disponen de capacidad para formar una UTE o AIE diferente y competitiva para una determinada licitación.
 5. Las empresas han intentado acudir al concurso mediante UTE o AIE previamente y

no se les ha permitido. Cuando finalmente participan de forma individual pueden mantener la intención de actuar de forma coordinada⁷.

6. Las empresas acuden individualmente a la licitación y luego subcontratan la ejecución con una AIE de la que todas forman parte⁸.

⁷ Esta situación ha sido objeto de investigación y posterior sanción por parte del TDC en diversas ocasiones

⁸ Esto podría reflejar la existencia de un acuerdo de reparto de mercado para asegurar que, independientemente de quién gane la licitación, la ejecución se realizará de forma conjunta

— N.º 21. Abril del 2011 —

La modificación de los contratos públicos y privados tras la Ley de Economía Sostenible. Supuestos, requisitos y procedimiento

La temida reforma legal del régimen de modificación de los contratos del Sector Público a través de la Ley de Economía Sostenible ha sido finalmente de envergadura mayor a la sospechada en un primer momento. Por un lado se extiende la reducción del ius variandi a los contratos privados y por otro lado, el porcentaje máximo de modificación permitido se reduce al 10% del precio de adjudicación. Por encima de dicho porcentaje se entenderá que la modificación altera las condiciones esenciales de licitación y adjudicación, de manera que solo será posible la modificación si se hubiera previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación – con importantes condiciones y requisitos -. Fuera de esta posibilidad solo cabe la resolución del contrato en vigor y la celebración de otro bajo las condiciones que procedan.

La situación de España en el punto de mira de la Unión Europea en materia de contratación pública ha determinado la necesidad de abordar una nueva reforma de la Ley de Contratos del Sector Público, operada ahora desde la Ley de Economía Sostenible. Entre las diversas reformas introducidas por dicha norma destaca la reducción, notable, de la facultad de modificación de los contratos del sector público.

El ejercicio del *ius variandi*, que fue reducido ya por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) – limitando su ejercicio a **razones de interés público y por causas imprevistas**, frente a la posibilidad de atender necesidades nuevas que contemplaba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas anterior – ha sido cercenado de nuevo tras la aprobación de la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), si bien en este caso con un vigor que carece de antecedentes en nuestro derecho.

Por un lado se **limitan de forma extraordinaria** las posibilidades de **modificar los contratos** públicos, y por otro lado se extienden tales limitaciones también a los contratos privados.

I. Contratos privados.

Son contratos privados, en la regulación de la LCSP:

- los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas,
- los contratos celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, y
- cualquier otro contrato distinto de los previstos en el Artículo 19.1 LCSP¹ que no tenga la consideración de contrato excluido de acuerdo con el Artículo 4 LCSP.

Estos contratos, en cuanto a **su preparación y adjudicación** y en defecto de normas

¹ Es decir, contratos administrativos típicos o contratos de naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del Artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.

específicas, se rigen por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus **efectos y extinción**, estos contratos se rigen por el derecho privado.

Ello no obstante, la LES ha introducido una modificación en la LCSP para señalar que serán de aplicación a los **contratos privados**, las normas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos, por lo que sin perjuicio de la regulación de la ejecución del contrato privado conforme el derecho privado, la **modificación** de los mismos debe sujetarse a las previsiones contenidas en los **Artículos 92 bis a 92 quinquies LCSP**.

II. Contratos públicos.

Señala la LCSP que, sin perjuicio de los supuestos previstos en ella de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse:

- cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o
- en los casos y con los límites establecidos en el Artículo 92 quáter.

Fuera de estos supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada inicialmente, deberá procederse a la **resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro contrato** que deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III.

Señala además el Artículo 92 bis.2 que la modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documen-

tación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente².

De acuerdo con la nueva regulación introducida por la LES la modificación de los contratos puede clasificarse en dos categorías:

- (i) **modificaciones previstas** en los pliegos o en el anuncio de licitación
- (ii) **modificaciones no previstas** en los pliegos o en el anuncio de licitación
- (i) **Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación:**

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

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

En estos casos en los que se prevea la modificación futura del contrato, se considerará **valor estimado del contrato** el importe máximo que éste pueda alcanzar en caso de producirse todas las modificaciones previstas³.

² En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los Artículos 155.b) y 158.b).

³ Artículo 76 LCSP también modificado por la LES

(ii) Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación:

Las **modificaciones no previstas** en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse con el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Deberá **justificarse suficientemente** la concurrencia de alguna de las **circunstancias** previstas en el **apartado 1 del Artículo 92 quáter LCSP**⁴.
2. La modificación deberá limitarse a introducir las **variaciones estrictamente indispensables** para responder a la **causa objetiva** que la haga necesaria.
3. La modificación **no podrá alterar las condiciones esenciales** de la **licitación y adjudicación**. El apartado 3 del Artículo 92 quáter LCSP entiende que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato cuando:
 - La modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
 - La modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
 - Para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una

habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

- Las **modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.**
- En cualquier otro caso en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

III. Procedimiento a seguir para la modificación de los contratos:**III. A. Contratos privados:**

Para el supuesto de **modificaciones previstas** en la documentación que rige la licitación, la modificación contractual se acordará en la forma que se hubiera especificado en **los pliegos o en el anuncio de licitación**.

Para los supuestos de **modificaciones no previstas**, la modificación se regirá por las

⁴ Como son:

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

normas de derecho privado que le sean de aplicación si bien, antes de proceder a la modificación del contrato, deberá darse **audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas**, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

III.B. Contratos administrativos:

1. Para el supuesto de **modificación prevista en la documentación** que rige el contrato, la modificación del contrato deberá tramitarse en la forma prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación si bien con los siguientes requisitos:

- En el procedimiento que se instruya para la adopción del acuerdo de modificación deberá darse **audiencia al contratista**.
- En la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, el acuerdo de modificación deberá adoptarse **previo informe del Servicio Jurídico** correspondiente.
- Cuando la modificación de la cuantía del contrato – conjunta o aisladamente – sea superior a un 10 % del precio primitivo del contrato, y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros, será **preceptivo el informe del Consejo de Estado** u órgano consultivo

equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

2. En el caso de **modificación del contrato no prevista** en los pliegos ni en el anuncio de licitación, será precisa la verificación del concurso de los requisitos antes señalados, así como:

- La **audiencia al contratista**.
- El **informe previo del Servicio Jurídico** correspondiente en el caso de contratos de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales.
- **Audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas**, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

A todo lo expuesto debe añadirse que, la modificación deberá **formalizarse** en la forma prevista en el Artículo 140 LCSP⁵, y que como contrapartida de este nuevo y riguroso régimen de modificación de los contratos, la LES ha modificado la LCSP para disponer que las **modificaciones acordadas por el órgano de contratación son obligatorias para el contratista**⁶, suprime la posibilidad – tanto de la Administración como del contratista – de instar la resolución del contrato cuando la modificación fuera superior al 20% del precio primitivo del contrato, e introduce una nueva causa general de resolución de los contratos⁷, la **imposibilidad de ejecutar la prestación en los**

⁵ Modificado a su vez por la Ley 34/2010, de 5 de agosto.

⁶ Art 202

⁷ Artículo 206 g)

términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una grave lesión al interés público de continuarse la

ejecución del contrato, para aquellos supuestos en los que no sea posible la modificación del contrato en la forma expuesta⁸.

⁸ Esta ampliación de la facultad resolutoria de la Administración determinará un mayor uso de la misma no solo por la mayor dificultad para la modificación de los contratos sino también porque la indemnización a satisfacer al contratista por la parte del contrato que le resta por ejecutar ha sido reducida al 3% (Artículo 208 LCSP).

— N.º 22. Mayo del 2011 —

Contratación pública y competencia

Durante los últimos años, las instituciones públicas a nivel nacional e internacional han experimentado una preocupación cada vez mayor por las consecuencias que para los mercados tienen las actuaciones colusorias de quienes participan en ellos, y en concreto, aquellas conductas que se generan en el marco de los procedimientos de contratación pública. La Comisión Nacional de la Competencia acaba de publicar una guía sobre contratación pública y competencia que pretende facilitar la detección por las Administraciones Públicas de conductas colusorias en los procedimientos de contratación en los que demanden bienes o servicios. Por su parte, la OCDE ha elaborado diversos documentos subrayando la necesidad de reforzar las normas de competencia para evitar conductas colusorias en los mercados vinculados a la contratación pública, y la Unión Europea ha lanzado una iniciativa en diversos frentes – las Directrices de interpretación del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Libro Verde sobre contratación Pública, entre otros –, con objeto de identificar, reducir y evitar las conductas anticompetitivas en el marco de los procedimientos públicos de contratación.

La **competencia** en los mercados en general y en los de bienes y servicios demandados por el **sector público** en particular, es una cuestión de gran importancia y ello no sólo por la necesidad de asegurar la transparencia y la accesibilidad a los mismos por los distintos licitadores, sino porque a mayor competencia, menor precio y por tanto mayor eficiencia en la utilización de los fondos públicos con que los compradores – autoridades públicas – operan.

La **persistencia de conductas anticompetitivas** en los procedimientos de **contratación pública** a pesar de las numerosas normas vigentes en la materia ha hecho saltar las alarmas de las instituciones públicas a nivel interno e internacional, preocupadas ahora por poner freno a tales conductas y a sus consecuencias mediante un reforzamiento de la legislación sobre competencia, complementado con otros instrumentos tales como **recomendaciones** para diseñar los procedimientos de contratación, **orientaciones** para prevenir actuaciones colusorias e incluso **indicadores para la detección** de conductas anticompetitivas.

La **OCDE** ha puesto el acento, los últimos años, sobre los riesgos y las consecuencias negativas que para el mercado tienen las acciones colusorias desarrolladas en los procedimientos públicos¹ y ha sugerido reforzar la legislación sobre competencia y educar a los poderes públicos a todos los niveles para ayudarles a identificar los signos de conductas anticompetitivas desde un primer momento.

En el marco comunitario, la toma de conciencia de la importancia de asegurar una **competencia efectiva en la contratación pública** y de surepercusión en numerosas políticas comunitarias ha determinado una regulación cada vez mayor - en envergadura e intensidad-, de las “Compras Públicas” en el contexto del mercado interior y en su accesibilidad por empresas de terceros Estados. En los últimos meses se han publicado dos documentos que ponen de manifiesto la preocupación comunitaria por la materia:

— La Comunicación de la Comisión “**Directrices sobre la aplicabilidad del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**”²

¹ Entre otros documentos:

— Regulating Market Activities by the Public Sector (2004).

— Competition in Bidding Markets (2006). Competition Policy and Concessions (2007).

² En adelante “Tratado”.

a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01):”

- El “**Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente**”, publicado el 27 de enero de 2011, en relación con el cual se ha abierto una consulta pública con objeto de modernizar la regulación de las compras públicas y proceder a su adaptación a la Estrategia Europea 2020, que hace especial hincapié en que las políticas de contratación pública deben garantizar el uso eficiente de los fondos públicos.

Directrices sobre la aplicabilidad del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01).

Las directrices contienen una serie de principios aplicables a la **evaluación de conformidad** con el Artículo 101 del Tratado de los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas relativas a la cooperación horizontal, entendiendo por tal los **acuerdos entre competidores reales o potenciales**. Ello no obstante, las directrices también son aplicables a los acuerdos de cooperación horizontal entre no competidores cuando se trate de empresas activas en los mismos mercados de productos en mercados geográficamente distintos sin ser competidores potenciales y a los acuerdos de cooperación vertical (es decir, entre empresas situadas a niveles distintos de las cadenas de producción o distribución).

Tales directrices definen los **principios** que deben tomarse en consideración a los efectos de asegurar la compatibilidad de un acuerdo de cooperación con el Artículo 101 del Tratado, principios que analizan los problemas de competencia y los efectos restrictivos de la misma que pueden derivarse de la adopción de acuerdos de carácter horizontal – y en ocasiones también de naturaleza vertical – en cada supuesto específico, distinguiendo entre acuerdos de investigación y desarrollo, acuerdos de producción, de compra, de comercialización o de estandarización, dedicando un apartado específico a cada una de estas modalidades.

Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE.

El objetivo de la consulta es presentar, a principios de 2012, propuestas legislativas orientadas a simplificar y modernizar las normas sobre contratación pública y mejorar la utilización de los contratos públicos, e **incrementar la eficiencia del gasto público**, lo que obliga a adoptar mecanismos que generan la competencia más fuerte posible, garantizar a los licitadores la oportunidad de competir en condiciones equitativas y evitar los falseamientos de la competencia. El Libro Verde se plantea además abordar una cuestión importante que hasta ahora no ha sido tratada suficientemente como es la **prevención de la corrupción y el favoritismo en la contratación pública y la lucha contra ellos**.

La Comisión Europea insiste en la necesidad de asegurar una competencia leal y efectiva, partiendo de que en ocasiones los compradores públicos operan en **mercados de estructura anticompetitiva** de modo que las decisiones de contratación, aunque se tomen de forma plenamente conforme a las directivas, no tienen en cuenta las estructuras del mercado, lo que conlleva el **riesgo de consolidar o incluso agravar estructuras contrarias a la competencia**, como ocurre en los contratos de alto valor en los sectores en los que las autoridades públicas son los principales clientes, y la demanda privada no es suficiente para compensar la repercusión de las compras de las autoridades públicas en el mercado.

Por ello, para determinados contratos que solo puedan ser ejecutados por un operador o por un número reducido de ellos y con objeto de **evitar la consolidación de estructuras oligopolísticas**, el Libro Verde propone que los poderes adjudicadores conozcan la estructura de los mercados y que adapten los contratos al mismo, por ejemplo reduciendo el volumen o la duración de los contratos, o dividiendo los contratos en lotes, con objeto de maximizar la competencia³.

Ello no obstante, la adopción de tales medidas exige el buen conocimiento por el poder adjudicador del mercado en el que opera, lo que se alcanza mediante estudios sobre la estructura y forma del mercado al que se dirige antes de la contratación efectiva.

³ Sugiere también otros instrumentos como la reducción del nivel de exigencia de los criterios de selección, lo que incrementa normalmente el número de ofertas válidas.

Comportamientos anticompetitivos

Como cuestión conexa se aborda, en el Libro Verde, el problema de los comportamientos anticompetitivos en los mercados de contratación pública, especialmente propensos a prácticas de colusión (**manipulación de las licitaciones, reparto de los mercados...**)

Desde esta perspectiva, la Comisión plantea si, aunque existen normas y principios que orientan a los agentes de contratación sobre como detectar e impedir prácticas colusorias, basta con la orientación para combatir la colusión en los mercados de contratación o si se hace preciso **adoptar instrumentos legislativos específicos como:**

- Medidas más estrictas de exclusión en caso de colusión en un procedimiento de licitación.
- La utilización de certificados de determinación de ofertas independientes.
- La obligación de los contratadores de consultar a las autoridades de la competencia en los casos de pautas sospechosas en las ofertas.

Lucha contra el favoritismo y la corrupción

El Libro Verde parte de que **los mercados de contratación pública**, y en especial los proyectos de

obras de gran envergadura son “**blanco de potenciales sobornos, y de conductas favoritistas**” que, aunque no impliquen necesariamente una conducta corrupta, si ponen en peligro la integridad del proceso de contratación.

Aun cuando muchos Estados miembros disponen en su legislación interna de mecanismos específicamente destinados a **prevenir y combatir la corrupción y el favoritismo**, plantea la conveniencia de introducir en la legislación de la Unión Europea sobre contratación pública determinadas salvaguardias como una mayor transparencia en la apertura de las ofertas o la publicación obligatoria de los informes que documenten el proceso de contratación y plantea incluso el desarrollo de herramientas específicas como un teléfono gratuito o sistemas de notificación del fraude basados en internet, para animar a los participantes u otras personas a proporcionar información sobre las faltas o irregularidades que se detecten.

Así las cosas, puede concluirse que la preocupación de las instancias nacionales e internacionales por la pervivencia de prácticas anticompetitivas y actuaciones colusorias en el marco de la contratación pública dará lugar, antes o después, a una **reforma sustancial de las normas en la materia**, cada vez **más estrictas**; y se dotará a los poderes públicos de **instrumentos** aun hoy desconocidos para **la detección y la represión** de tales conductas.

— N.º 23. Junio del 2011 —

La resolución de los contratos públicos por imposibilidad

La resolución de los contratos administrativos se ha ordenado tradicionalmente sobre la base de una enumeración tasada de las causas que permiten poner fin a los mismos y estructurada en el binomio “causas generales de resolución-causas específicas de cada modalidad contractual”. La Ley de Economía Sostenible ha modificado el listado de causas generales de resolución de los contratos para introducir una nueva causa de resolución: “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos”. Esta causa de resolución opera en aquellos supuestos en los que no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I tras la reforma operada en el mismo por dicha norma. Esta nueva causa de resolución opera de forma autónoma frente a las restantes y produce consecuencias propias y distintas de las generales, tales como la reducción de la indemnización por beneficio industrial únicamente al 3% del importe de la prestación dejada de realizar y la obligación del contratista afectado por la resolución de adoptar medidas durante la tramitación del expediente de resolución y hasta la formalización de un nuevo contrato con el mismo objeto a favor de otro contratista.

La resolución de los contratos administrativos tiene lugar por causas tasadas cuya enumeración acoge actualmente el Artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), ha introducido una **nueva causa de resolución de los contratos administrativos** en el apartado g) del Artículo 206 LCSP: “La **imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados** o la **posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público** de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando **no sea posible modificar el contrato conforme** a lo dispuesto en el título V del libro I”.

Esta nueva causa de resolución responde a la radical **reforma** operada por la LES en la LCSP en materia de modificación de los contratos públicos, limitando la misma a dos posibilidades:

- La **previsión de la modificación futura** del contrato en los propios pliegos o en el anuncio de licitación, en cuyo caso deberá determinarse en los mismos los límites de dicha modificación así como las causas que la justificarían, debiendo licitarse el contrato por el importe que el mismo alcanzaría de acometerse la modificación prevista

en los pliegos o en la documentación que rige la contratación.

- La modificación del contrato por el **concurso de una causa objetiva de entre las tasadas** por el apartado 1 del Artículo 92 *quáter* LCSP, previa justificación suficiente de su concurso y sin que la modificación pueda alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, con la peculiaridad de que el apartado 3 del Artículo 92 *quáter* mencionado entiende que altera las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación las modificaciones del contrato que igualen o excedan, en más o en menos, el 10% del precio de adjudicación del contrato.

Fuera de estos supuestos **no cabe modificación del contrato** de modo que se hace necesaria la **resolución del mismo** y la celebración de un nuevo contrato que permita lograr la consecución del objetivo perseguido – e inviable – por aquel que se resuelve.

Para permitir articular la resolución de aquellos contratos que no pudiendo modificarse, no permiten tampoco ejecutar la prestación convenida sin modificarlos fuera de los márgenes legalmente previstos, la LES ha introducido en la LCSP “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de

continuarse ejecutando la prestación en esos términos” como **causa de resolución** de los contratos.

Para estos supuestos de “**resolución del contrato por imposibilidad**”, el Artículo 208.5 LCSP prevé el **derecho del contratista a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar**, salvo que la causa sea imputable al contratista.

I. La resolución del contrato por imposibilidad

El Artículo 206.g) LCSP prevé dos supuestos de resolución del contrato que podrían incluirse bajo la rúbrica común de “resolución del contrato por imposibilidad”:

- La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados.
- La posibilidad cierta de producir una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en los términos inicialmente pactados.

A este binomio pueden añadirse otros supuestos que merezcan encaje en el concepto de “imposibilidad de ejecución o cumplimiento del contrato” por causas distintas de la necesidad e imposibilidad legal de modificación del mismo.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la imposibilidad material de ejecución del contrato derivada de la **desaparición sobrevenida de su objeto**, como ha reconocido el Consejo de Estado en alguno de sus dictámenes¹. Ello no obstante, en estos otros supuestos de “resolución del contrato por imposibilidad” distintos de los previstos expresamente en el Artículo 206.g) LCSP no cabe la aplicación automática del Artículo 208.5 LCSP – y por

tanto la indemnización del 3% - sino que habrá de analizarse, caso por caso, las circunstancias de dicho contrato y la actuación de cada una de las partes contratantes en el mismo.

II. Consecuencias de la resolución del contrato por imposibilidad

El Artículo 208. 5 LCSP establece que cuando la **resolución** se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del Artículo 206, **el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar**, salvo que la causa sea imputable al contratista y continúa en su apartado 6 que al tiempo de la resolución podrá iniciarse la adjudicación del nuevo contrato que vaya a celebrarse para el cumplimiento de la prestación objeto del anterior.

Deben diferenciarse dos consecuencias o efectos distintos en la resolución del contrato por imposibilidad:

1. Liquidación del contrato.

La resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en los términos pactados determina:

- a) Con carácter general el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar².
- b) Si la causa de resolución fuera imputable a la Administración, ésta deberá además indemnizar al contratista por los daños y perjuicios que se le irroguen³.

¹ En dictamen 1.358/2009, de 12 de noviembre de 2009, se contempla la posibilidad de que el contrato sobre el que versa el dictamen – un contrato de consultoría y asistencia – y respecto del que la Administración Pública proponía la resolución por incumplimiento culpable del contratista, se considere terminado “por la desaparición sobrevenida de su objeto pendiente de ejecución”, concluyendo que se ha producido un cumplimiento del resto del contrato y por tanto sin que proceda la incautación de la garantía.

² Parece que la LES ha reducido el porcentaje de indemnización tradicionalmente reconocido como beneficio industrial (del 6% para los contratos de obras – Artículo 222 LCSP- y para los contratos de suministro – Artículo 273 LCSP- y del 10% para los contratos de servicios – Artículo 285 LCSP) para aquellos supuestos en los que la resolución del contrato se articule al amparo del Artículo 206.g) LCSP.

³ La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido aceptando el tanto por cien bajo el concepto de beneficio industrial del contratista (Sentencia Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004 en el recurso de casación 6812/2001 con cita de otras

- c) En el caso de que el contratista resultara culpable del concurso de la causa de resolución mencionada, perdería el derecho a percibir una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar y debería indemnizar a la Administración contratante por los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado tal actitud.

2. Licitación de un nuevo contrato.

El Artículo 208.6 LCSP prevé que **al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato** (solo en el caso de resolución por la causa prevista en el Artículo 206.g), podrá **iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato**, si bien la **adjudicación** de éste quedará **condicionada** a la **terminación del expediente de resolución**.

Tanto el **procedimiento de resolución del contrato** afectado por la “imposibilidad” como el **procedimiento para la adjudicación** de un nuevo contrato con el mismo objeto serán tramitados por el **procedimiento de urgencia**.

No obstante la tramitación del expediente de resolución del contrato y hasta que tenga lugar la formalización del nuevo contrato, el **contratista quedará obligado**, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a **adoptar las medidas** necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado.

Estas medidas se adoptarán por el contratista hasta el momento de formalización del nuevo contrato, y, una vez concluidos los trabajos, tiene derecho a solicitar una **retribución por los mismos**, retribución que se fijará mediante acuerdo, y a falta del mismo, a instancia del contratista por el órgano de contratación, tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato.

La remuneración que se señale por el órgano de contratación por los trabajos realizados durante la tramitación del expediente de resolución del contrato es impugnabile por el contratista ante el mismo órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles.

Así las cosas puede concluirse que la reforma operada por la Ley de Economía Sostenible **no beneficia a los contratistas**, que no solo ven reducidas las posibilidades de modificar un contrato que les ha sido adjudicado, sino que en aquellos supuestos en que, sin modificación, el contrato resulte de imposible ejecución en los términos inicialmente pactados – o pueda ejecutarse pero con grave lesión del interés público -, el contrato deberá resolverse con una **indemnización solo del 3% del importe de la prestación dejada de realizar** y siempre y cuando la causa de resolución no resulte imputable al contratista, supuesto en el que no solo pierde el derecho a indemnización, sino que debe indemnizar a la Administración contratante por los daños y perjuicios que se le hubiere irrogado.

anteriores) y que dicho beneficio industrial pretende el pago del lucro cesante, es decir, el perjuicio que sufre el contratista al dejar de obtener una garantía como consecuencia de la resolución del contrato (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 25 de junio de 2002). Por ello, de ser imputable la causa de resolución del contrato a la Administración contratante, debería proceder además la indemnización de los daños sufridos si hubieran tenido lugar.

— N.º 24. Julio del 2011 —

La nueva regulación de la colaboración público-privada: régimen jurídico y financiación

Las circunstancias actuales de crisis económica y la necesidad de lograr la consecución de ciertos objetivos públicos con la menor consolidación de deuda posible ha determinado la toma de conciencia, por parte del legislador, de la necesidad de fomentar el empleo de la colaboración público-privada, que permite la financiación privada de prestaciones y actividades de interés público o general dentro de los parámetros de estabilidad presupuestaria impuestos desde instancias comunitarias. Por otro lado, y conscientes de la necesidad, no solo de flexibilizar la utilización del modelo contractual de colaboración entre el sector público y el sector privado, sino sobre todo de arbitrar mecanismos que aseguren la viabilidad de esa financiación privada pretendida mediante dicha figura contractual, los poderes públicos han previsto, mediante la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público y de la Ley General Presupuestaria, la posibilidad cierta de los colaboradores privados de acudir a diversos mecanismos de financiación hasta ahora reservados a los contratos de concesión de obra pública, y al otorgamiento de avales por parte de la Administración General del Estado.

La colaboración público-privada, una realidad constante en la práctica administrativa, ha sido objeto de regulación específica por primera vez en nuestro país en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

La importancia de esta figura contractual y la necesidad de fomentarla se ha plasmado en la reforma operada en la LCSP por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), que altera notablemente su régimen jurídico, para ampliar y flexibilizar su utilización (I), y modifica su régimen de financiación (II), aumentando así la viabilidad de este tipo de contratos.

I. Modificación del régimen jurídico de la colaboración público-privada.

El contrato de colaboración público-privada, regulado por primera vez en la LCSP, es un **contrato administrativo típico** destinado a optimizar el **reparto de riesgos** entre la Administración Pública y la entidad privada contratista, permitiendo la consecución de fines públicos mediante la aportación de capital privado, logrando así la **no consolidación de deuda** y coadyuvando a la **estabilidad presupuestaria**.

La finalidad principal de esta modalidad contractual no es otra que la de la cooperación entre

empresarios privados y Administración Pública para la **financiación privada de una prestación o actividad de interés público o general**, que posteriormente el contratista recupera mediante la remuneración pactada en el contrato.

Las **características** con que este contrato fue definido por la LCSP son fundamentalmente las siguientes:

- El órgano de contratación es siempre una **Administración Pública**, con exclusión por tanto de cualquier otra entidad del Sector Público que no sea una Administración Pública a los efectos de la LCSP.
- Es siempre un **contrato sujeto a regulación armonizada**.
- Tiene **carácter excepcional** pues solo puede recurrirse a esta forma contractual cuando haya quedado acreditado que no existe una fórmula alternativa de contratación que permita satisfacer la finalidad pública que se persigue.
- La contraprestación consiste siempre en un **precio** (únicamente o bien un precio pactado unido a la posibilidad de explotación de las obras o equipos).

La disposición final decimosexta de la LES ha modificado la LCSP para ampliar el ámbito subjetivo del contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y flexibilizar su utilización:

Subjetivamente, se ha ampliado el ámbito de aplicación del contrato de colaboración en tanto que el mismo, reservado, en la redacción original de la LCSP, a las Administraciones Públicas, puede ahora celebrarse también por las **entidades públicas empresariales y los organismos similares de las Comunidades Autónomas**¹ – Artículo 11 LCSP -.

En el **plano procedimental**, la LES ha suprimido una de las exigencias que más dificultaban la preparación de esta figura contractual, como es el de la elaboración del documento de evaluación previa en el que se justifique la imposibilidad de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos o los medios jurídicos y financieros para la consecución de los objetivos proyectados. En efecto, tras la LES el Artículo 118 LCSP **exceptúa la evaluación previa** para todos aquellos supuestos en los que dicha evaluación previa se hubiere realizado previamente para un supuesto de hecho análogo al que va a constituir el objeto del contrato.

II. Financiación de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

La regulación de la financiación de los concesionarios y contratistas es una cuestión pendiente desde la promulgación de la LCSP, cuya disposición derogatoria única mantuvo la vigencia del Capítulo IV del Título V del Libro II del TRLCAP (Artículos 253 a 260 ambos inclusive) relativos a la financiación privada de los concesionarios de obras públicas; y cuya disposición final 10ª establecía que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la LCSP el Gobierno debía someter al Congreso de los Diputados un

proyecto de ley en el que se regularan las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación.

En cumplimiento de tal previsión, el Consejo de Ministros aprobó, el 30 de octubre de 2009, el **proyecto de ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas**, actualmente en trámite de enmiendas en la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados².

El proyecto de ley mencionado ha dejado **fuera de su regulación la financiación de las sociedades de economía mixta y la financiación de los adjudicatarios de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado**, para los que prevé, en su disposición adicional única, la posibilidad de acceder, en las operaciones de crédito concertadas en el interior o exterior, a los avales del Estado y de sus organismos públicos en los términos establecidos en el Artículo 2 del texto proyectado.

La ausencia de una adecuada regulación de los mecanismos de financiación de los adjudicatarios de contratos de colaboración³ en la norma en tramitación explica que la LES haya previsto expresamente tal extremo en su Artículo 37, diferenciando entre los **contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado institucionalizados y no institucionalizados**.

Esta distinción se emplea en el Derecho comunitario reconociendo dos tipos de colaboración público privada (Public and Private Partnership):

— la colaboración entre sector público y el sector privado **de carácter contractual**; y

¹ El Artículo 3.2 in fine LCSP establece expresamente que “No tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados de las Comunidades Autónomas”.

² Se ha vuelto a ampliar el plazo de enmiendas el 8 de junio de 2011 http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_047-62.PDF.

³ El anteproyecto de ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas preveía mecanismos de financiación de los adjudicatarios de de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado tales como la titulación de los derechos de cobro o las ampliaciones de capital de las sociedades de economía mixta.

- la colaboración público-privada de carácter **institucionalizada**.

La LCSP nada establecía, en su regulación, al respecto de tal distinción, si bien la LES ha introducido en la LCSP una nueva disposición adicional trigésimo quinta en la que regula los contratos de **colaboración bajo fórmulas institucionizadas**, avalando la distinción entre unos y otros.

Como se ha dicho, interesa la distinción entre una y otra forma – institucional o contractual – porque el Artículo 37 LES regula la financiación de la colaboración público-privada, diferenciando entre los contratos de colaboración institucionalizados y no institucionalizados:

- A. Financiación de los colaboradores privados en los contratos de colaboración público-privada no institucionalizados:

- A.1. Cuando por razón de su objeto tengan **naturaleza de concesión de obra pública**, la financiación de los colaboradores privados se llevará a cabo en las condiciones y términos previstos en la normativa reguladora de la financiación de la concesión pública, y por tanto⁴:

- Emisión de títulos por el concesionario mediante obligaciones, bonos y otros títulos.
- Emisión de títulos por el concesionario mediante la incorporación a títulos negociables de sus derechos de crédito.
- Hipoteca de la concesión.
- Créditos participativos.

- A.2. Cuando el **contrato de colaboración tenga un objeto distinto**, la financiación del adjudicatario se regirá por las siguientes normas:

- Cuando se determine el régimen de remuneración del contratista, con el alcance previsto en Artículo 120, letras d), e) y f) LCSP⁵, podrán establecerse previsiones sobre las garantías que conforme a lo previsto en las disposiciones reguladoras de la financiación privada de las concesiones de obras públicas puede obtener el contratista para la captación de la financiación necesaria para la ejecución de contrato.
- El contrato deberá prever un régimen de notificación por el contratista de las operaciones financieras que concierte para la financiación del contrato.
- Cuando la ejecución del contrato lleve aparejados costes de inversión iniciales y se prevea que las obras o equipamientos que se generen vayan a incorporarse al patrimonio de la entidad contratante al concluir o resolverse el contrato, podrá establecerse que, cuando proceda la resolución del contrato, la entidad contratante pueda poner a disposición de los acreedores una cantidad no superior al 80 % del coste real de las inversiones realmente ejecutadas detrando esta cantidad de la liquidación del contrato.

- B. Financiación de la colaboración entre el sector público y el sector privado bajo formulas institucionales:

⁴ Que es la contenida en los Artículos 253 a 260 del TRLCAP y se mantiene vigente por la disposición derogatoria única de la LCSP hasta su derogación, presumible, por la ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas, tal y como prevé la disposición derogatoria única del proyecto actualmente en tramitación.

⁵ Es decir, con definición de la remuneración del contratista mediante desglose de las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener mediante la explotación de las obras o equipos en caso de que sea autorizada; la determinación de las causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato; y la fijación de las formulas de pago y particularmente, las condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista debe abonar a esta como consecuencia de penalidades y sanciones, pueden ser objeto de compensación.

- Para estos supuestos, el Artículo 37.4 LES prevé la posibilidad de utilizar **medios de financiación** tales como la emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos.
- Además, en el caso de las **sociedades de economía mixta** constituidas para la ejecución de un contrato público en el marco de una **colaboración público-privada de carácter institucional**⁶, podrán:
- Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.
- **Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato** cuya ejecución se le

encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.

En relación con lo expuesto debe advertirse que la disposición final decimoséptima de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible ha modificado, además, la **Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria** (en adelante LGP), entre otros, los Artículos 114.2 y 115.1, para permitir el **otorgamiento de avales por la Administración General del Estado en garantía de operaciones** concertadas por personas naturales o jurídicas para financiar bienes e inversiones que deban revertir a la Administración General del Estado y hayan de quedar afectos a una concesión administrativa o **deban adquirirse o realizarse en el marco de** un contrato de concesión de obras públicas o de **colaboración entre el sector público y el sector privado**, o por una sociedad de economía mixta creada para ejecutar uno de estos contratos.

⁶ De las previstas en la disposición adicional trigésimo quinta LCSP, introducida por la LES y relativa a la adjudicación directa de los contratos públicos y concesiones a sociedades de economía mixta en las que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

— N.º 25. Septiembre del 2011 —

Arbitraje y contratos: el Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública (TACOP)

El arbitraje es una institución de derecho privado que nace con la finalidad de ofrecer una solución alternativa a la judicial para resolver los conflictos que puedan surgir entre las partes en un contrato o negocio jurídico. Las bondades del sistema, su mejora constante y su configuración como un instrumento ágil, rápido y barato además de efectivo y justo, han determinado su extensión y aplicación también en el ámbito del derecho público donde se ha revelado como un mecanismo valioso y práctico para la resolución de controversias. El reconocimiento legal de la posibilidad de someter a arbitraje la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública supone un paso de gigante en la resolución de conflictos generados en el marco de la contratación administrativa.

La Administración Pública Española es hoy una realidad polifacética y poliédrica que desarrolla un amplio abanico de actividades entre las que destaca, sin duda, la actividad contractual, mediante la que crea un mercado específico de bienes y servicios, el **mercado de la contratación pública**, que es, sin embargo, objeto de una regulación propia y peculiar, como es la contenida en la Ley de Contratos del Sector Público - Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP - y sus muchas normas de desarrollo.

El mercado de la contratación pública y su régimen jurídico, han sido tradicionalmente **reacios a la figura del arbitraje**, y ello porque en virtud del **principio de autotutela administrativa**, y de la existencia de un orden jurisdiccional especializado en la “materia administrativa”, existen mecanismos suficientes para el debido conocimiento y resolución de los conflictos que pudieran derivar de la actuación – o interacción – administrativa.

En el ámbito específico de la contratación administrativa, la **facultad interpretativa y directiva del órgano de contratación** primero, y los mecanismos administrativos – recursos administrativos, responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual, etc. – y judiciales – recursos contencioso

administrativos – de solución de controversias después, han impedido que los tradicionalmente denominados “**medios alternativos de solución de controversias**” (como son la conciliación, la mediación y el arbitraje) tuvieran entrada en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas con carácter general y en el específico de la contratación pública en particular.

Es cierto que el **Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**¹ – en adelante TRLCAP -, establecía, en su Artículo 60 (apartado segundo) y bajo la rúbrica “*Recursos y arbitraje*”, que el **sometimiento a arbitraje** se ajustaría a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas, si bien esta previsión no abría la puerta a la posibilidad de someter a arbitraje contiendas que surgieran entre la Administración y los particulares, sino que más bien se limitaba a recordar que **no cabe**, en principio y salvo norma específica en contrario, **enajenar, gravar ni arrendar** los derechos económicos de la Hacienda Pública estatal fuera de los casos regulados por las leyes, y mucho menos **transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos**, sino mediante real decreto

¹ Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.

Sin embargo, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y en concreto su Artículo 1.3, ha introducido un nuevo Artículo 320 en la Ley 30/2007², - LCSP -, que ha venido a consagrar la institución del arbitraje en el ámbito de la contratación pública, y cuyo tenor es el siguiente:

Los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.

La regulación expresa del arbitraje en el marco de los contratos del sector público supone el reconocimiento de dicha vía como mecanismo alternativo al judicial para la solución de controversias nacidas en el seno de la contratación pública, mecanismo que a su vez ofrece indudables ventajas para ambas partes en el contrato y ello por la **celeridad y eficacia** que

caracteriza esta vía de solución de controversias, si bien se restringe a los contratos celebrados por entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública³.

Así las cosas, el recurso al arbitraje tiene, en materia de contratación pública, un protagonismo notable, si bien su operatividad dependerá, en gran parte, de las medidas que al efecto se adopten a la hora de contratar, pues es necesario que **se prevea en los pliegos que rigen la contratación** la posibilidad de **acudir al arbitraje** como mecanismo de solución de las controversias, vigente el contrato, en materia de efectos, resolución y extinción.

El Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública.

La **Asociación Europea de Arbitraje**⁴ (AEADE), institución arbitral de relevancia, ha creado en su seno un **Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública**⁵, formado por una lista de miembros de acreditada experiencia profesional nacional e internacional en el ámbito de la contratación pública, juristas de reconocido prestigio y excelente cualificación técnica que serán llamados a conocer y solucionar los asuntos que se sometan al arbitraje de este Tribunal⁶.

² La redacción originaria de la LCSP nada establecía respecto de la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas que derivaran de conflictos o discrepancias relativas a la ejecución, cumplimiento o extinción de los contratos en ella regulados.

³ De acuerdo con el Artículo 3.2 LCSP, solo tienen la consideración de Administración Pública:

- La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
- Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social
- Los Organismos autónomos.
- Las Universidades Públicas.
- Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y
- Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características del Artículo 3.2.e) LCSP.

⁴ www.aeade.org

⁵ <http://www.aeade.org/corte/arbitraje/index.php?len=es&pag=contratacion-publica>

Las ventajas que presenta el recurso al arbitraje en materia de contratación son múltiples:

- **Rapidez:** La controversia deberá ser resuelta por un laudo que dicte el/los árbitros expertos integrados en el Tribunal en un plazo no superior a seis meses desde la fecha de contestación a la demanda, salvo acuerdo en contrario de las partes o por decisión del árbitro atendiendo la complejidad del asunto.
- **Flexibilidad:** Las partes en conflicto pueden modificar las reglas del procedimiento en cuanto a elección de los árbitros, leyes aplicables al fondo de la controversia, etc.
- **Calidad y eficacia de la solución arbitral:** la probada cualificación técnica de los árbitros del TACOP y la posibilidad de ampliar o reducir el plazo para dictar el laudo revela la voluntad de

cumplir los objetivos de celeridad sin detrimento del estudio profundo del asunto y de la mejor solución del mismo.

Así las cosas, sería conveniente **promover la inclusión de la cláusula arbitral en los pliegos** que rigen la contratación de los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan la consideración de Administración Pública, de tal modo que las controversias que pudieran surgir en relación con los efectos y extinción de los contratos que celebren se someta al conocimiento del **Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública**. Ello no sólo permitiría a los contratistas disponer de un mayor poder de decisión en relación con quien va a resolver el asunto o que reglas se van a aplicar al procedimiento, sino que además les garantizaría una **solución más rápida, ágil y eficaz** de las controversias que pudieran surgir en el seno de tales contratos.

⁶ En principio las partes podrán acordar el nombramiento de un único árbitro o de tres árbitros y en defecto de acuerdo entre las partes, el Comité de Dirección y de Designaciones del TACOP, designará a los árbitros. Dicho Comité podrá modificar el orden rotatorio preestablecido cuando concurrieran circunstancias que pudieran afectar a la independencia o imparcialidad del árbitro – árbitros – o su plena disponibilidad para cumplir el mandato encomendado, pudiendo oírse en tal caso a las partes interesadas.

— N.º 26. Octubre del 2011 —

El restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato al amparo de la doctrina del riesgo imprevisible

Los contratos nacen para ser cumplidos, y dicho cumplimiento debe acometerse en los términos previstos en dicho contrato, con independencia de si una de las partes resulta más o menos favorecida que la otra por las circunstancias o el contexto en el que tal contrato se ejecuta. En los contratos administrativos esta regla se consagra con aún más vigor a través del principio del riesgo y ventura del contratista, que es el único que se beneficia o perjudica con los resultados de su gestión. Ello no obstante, el legislador ha venido reconociendo un derecho de restablecimiento del equilibrio del contrato cuando por actuaciones de la propia Administración o por circunstancias externas como la fuerza mayor, se rompe el sinalagma entre las partes. A estos supuestos legalmente previstos debe añadirse otro actualmente en expansión: la doctrina del riesgo imprevisible, acuñada por el Consejo de Estado y admitida y aplicada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El contrato administrativo, como todo contrato, establece una relación jurídica entre las partes (relatividad del contrato), que es, como regla general, **inalterable y obligatoria** (Artículos 1254, 1256 y 1258 del Código Civil).

En el caso de los contratos administrativos, uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que liga a las partes es el de que la **ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista**, como reconoce, con carácter general¹, el Artículo 199 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público – en adelante² LCSP –, y en particular respecto de los contratos de concesión de obras públicas el Artículo 7.2 LCSP (que lo define), y el Artículo 225 LCSP relativo a su ejecución. No aparece, en el texto de la LCSP, referencia específica alguna al **principio de riesgo y ventura** en los contratos de obras, como tampoco aparecía en la anterior legislación³, a salvo la referencia expresa a

la excepción de dicho principio ante el concurso de **fuerza mayor**.

El contratista está así obligado a cumplir con la prestación que constituye el objeto del contrato, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución, de tal modo que **se beneficia de las ventajas** y rendimientos de la actividad que desarrolla y **se perjudica con las pérdidas** que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del contratista, **aunque** no obstante **garantiza la indemnidad** de las **prestaciones económicas** del contratista a que se obliga en virtud de la relación contractual, mediante la técnica de la **revisión de precios** que no es sino una cláusula de estabilización, de las llamadas de índice, directamente encaminada a proteger contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

¹ En efecto, el Artículo 199 se ubica en el capítulo III (Ejecución de los contratos) del Título I (Normas generales) del Libro IV (Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos) de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

² El Artículo 225 en la redacción dada al mismo por la disposición final 16.21 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

³ El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, establecía la regla general del riesgo y ventura y la excepción específica de la fuerza mayor para el contrato de obras en su Artículo 98.

No obstante esta regla general, lo cierto es que la propia legislación ha venido a prever mecanismos que mitigan la interpretación estricta del mencionado principio, como se deduce de la regulación expresa del **mantenimiento del equilibrio económico del contrato** de concesión de obras públicas – que el Artículo 228 LCSP configura como un “derecho del concesionario” –.

Así, por ejemplo, el Artículo 241 LCSP⁴ establece que

1. *El contrato de concesión de obras públicas **deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación**, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.*
2. *La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*
 - a) *Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo previsto en el título V del libro I, las condiciones de explotación de la obra.*
 - b) *Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el Artículo 214.*
 - c) *Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del Artículo 115.1 .*

Los motivos enumerados en dicho precepto hacen referencia a circunstancias ajenas a la voluntad del contratista que alteran el equilibrio del contrato, o como señala el propio apartado b) del Artículo 241.2, “determinaran de **forma directa la ruptura sustan-**

cial de la economía de la concesión”. En efecto, como ha señalado el Consejo de Estado⁵ en relación con diversos contratos de obras, aun cuando tales contratos están sujetos al criterio general de la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes, dicho criterio cede en el caso de que su **cumplimiento resulte excesivamente oneroso**, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula “rebus sic stantibus”), en cuyo caso podría ser admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

La **gravosa onerosidad** puede tener un origen vario, bien en **decisiones de la propia Administración** (“factum principis”), bien en **circunstancias ajenas a ésta**, bien en la **fuerza mayor**, si bien en todo caso debe tratarse de una onerosidad tal que, además de **obedecer a una causa imprevisible** o de ordinario injustificable, **rompa el efectivo equilibrio** de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual. Solo en estos casos en los que se produce una **quiebra total y absoluta del sinalagma** establecido entre la Administración y el contratista resulta aplicable la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos en virtud del concurso de un riesgo imprevisible.

Ahora bien, la apreciación de dicha alteración sustancial ha de hacerse en cada caso concreto, atendiendo a las concretas circunstancias de la relación contractual ponderada, de tal modo que el **reconocimiento del derecho del contratista a percibir una indemnización por alteración del equilibrio económico financiero del contrato** no es consecuencia indefectible y automática derivada del incremento de los costes de su ejecución en cuantía superior a un determinado porcentaje de su precio⁶.

En este sentido, como ha señalado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo, “Es indudable que **la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario** que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues **sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad**”⁷

⁴ Modificado por la disposición final 16.25 de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible.

⁵ Este ha sido el criterio sentado por el Consejo de Estado en diversos dictámenes emitidos con relación a consultas de naturaleza análoga (por todos, los dictámenes núms. 1.528/2002, 1.521/2003, 3.205/2003 y 3.485/2003).

⁶ Cuando el Consejo de Estado ha señalado en ocasiones un porcentaje en tal sentido, no lo ha hecho de manera rígida y absoluta, sino, antes al contrario, como simple pauta para valorar las circunstancias concretas que puedan concurrir.

En efecto, el Tribunal Supremo ha reconocido el **derecho del contratista a ser indemnizado** cuando por circunstancias extraordinarias e imprevisibles su posición jurídica en el seno del contrato resulta alterada y el cumplimiento de las prestaciones a que se ha obligado resulta excesivamente onerosa, de tal modo que quiebra el sinalagma establecido entre las partes.

Esta doctrina jurisprudencial puede admitirse además no solo respecto de los **contratos de obra** – entre otras las Sentencias de 18 y 25 de abril de 2008, 4 de junio de 2008, y 10 de noviembre de 2009; sino también en los **contratos de concesión de obras públicas**, como ha ocurrido recientemente con la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2011, cuyo fallo **estima** el recurso contencioso administrativo nº 566/2008, interpuesto por Autopista Madrid-Toledo Concesionaria Española de Autopistas, S.A. y reconoce su **derecho a que se restablezca el equilibrio económico y financiero de su concesión**, al entender (FJ6º) que la falta de construcción de la autopista a Córdoba desde Toledo es un **hecho extraordinario e imprevisible** del

que no debe responder el concesionario, y no un acontecimiento incluido en el riesgo y ventura del contrato.

Conclusión: Aun cuando los contratos administrativos establecen una relación inalterable y obligatoria – sobre todo para el contratista – en la que la prestación debe ejecutarse bajo el principio de riesgo y ventura, la legislación vigente reconoce una serie de supuestos en los que la quiebra del sinalagma entre las partes merece reparación, si bien tales supuestos se vinculan fundamentalmente a la intervención de la propia Administración, a supuestos de fuerza mayor o a las previsiones al respecto contenidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Fuera de estos supuestos sin embargo cabe solicitar de la Administración – y ante la negativa de ésta, ante los Tribunales – la indemnización del contratista para el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato cuando la mayor onerosidad en el cumplimiento de la prestación derive de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que alteran la propia base del negocio o sus condiciones.

⁷ F.J. 4º de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 16 de junio de 2009, RJ/2009/5783.

⁸ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP.

— N.º 27. Noviembre del 2011 —

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público: novedades

Pocos sectores de nuestro ordenamiento jurídico han sufrido tantas reformas en un plazo de tiempo tan corto como la Ley de Contratos del Sector Público⁸. El necesario ajuste al derecho comunitario, el afán de sobreerregulación y sus consecuencias han obligado al legislador español a introducir tantas reformas de envergadura en dicha norma que se ha sentido la necesidad de, en solo cuatro años, acometer la elaboración y aprobación de un texto refundido que dote de mayor seguridad jurídica al mercado de la contratación pública. El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público nace así con voluntad compiladora y aclaratoria, objetivo éste último que sin embargo se ve oscurecido por la extensión del texto alumbrado.

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP) integra en su seno todas las disposiciones vigentes en materia de contratación pública a salvo de los sectores tradicionalmente excluidos de la misma:

- Las normas sobre los llamados sectores especiales o excluidos, contenidas en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- Las normas que afectan a la contratación militar y a la que se realiza en el ámbito de la seguridad pública, contenidas en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

El TRLCSP, por su parte, reenumera y reordena el texto de la extinta LCSP, e incluye en el mismo todas las novedades legislativas habidas desde su aprobación, con la única adición material consistente en incluir las previsiones legales que en materia de financiación privada de contratos públicos se encontraban dispersas en los Artículos 253 a 260 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas¹ y en el Artículo 38 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES).

La disposición final trigésimo segunda de la LES puso a cargo del Gobierno la elaboración de un texto refundido para regularizar, aclarar y armonizar la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público así como las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos.

La exposición de motivos del TRLCSP manifiesta que se ha procedido a ajustar la numeración de los Artículos y, en consecuencia las remisiones y concordancias entre ellos, circunstancia ésta que se ha aprovechado, al amparo de la delegación legislativa, **para ajustar algunos errores padecidos en el texto original**. Igualmente, se ha procedido a **revisar la parte final de la Ley, eliminando disposiciones e incluyendo otras** motivadas por el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley 30/2007 y sus modificaciones. En efecto, son varias las novedades que pueden identificarse a lo largo de sus 334 Artículos, 31 disposiciones adicionales, 8 disposiciones transitorias y 6 finales:

1. Ampliación del concepto de Administración Pública a efectos de contratación.

Se incluyen en el Artículo 3.2 – entes del sector público que tienen la consideración de Adminis-

¹ Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en adelante TRLCAP.

tración Pública – dos nuevos apartados f) y g) relativos respectivamente a los órganos constitucionales del Estado y los órganos legislativos y de control autonómicos, y a las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos de País Vasco.

2. Contratación precomercial.

Se añade un apartado 1.º al Artículo 4, de los negocios y contratos excluidos, relativo a los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado.

En relación con esto, la disposición final quinta, bajo la rúbrica “Fomento de la contratación precomercial” establece que *“El Consejo de Ministros, mediante acuerdo, fijará dentro de los presupuestos de cada Departamento ministerial y de cada Organismo público vinculado con o dependiente de la Administración General del Estado, las cuantías necesariamente destinadas a la financiación de contratos a los que hace referencia el Artículo 4.1. r) de esta Ley. Una parte de las mismas podrá reservarse a pequeñas y medianas empresas innovadoras”*.

3. Ampliación del ámbito subjetivo del contrato de colaboración público-privada.

El Artículo 11 amplía formalmente el ámbito subjetivo del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, limitado a las Administraciones Públicas, a las entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades Autónomas (aunque las entidades ahora ampliadas podían acudir sustantivamente a dicha figura contractual a través de sus instrucciones internas o al amparo del principio de libertad de pactos).

4. Ejecución directa por la Administración.

Se suprime del Artículo 24, relativo a la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares, la letra i), que permitía la contratación con medios propios cuando concurriera una demora en el pago por parte de la Administración por un plazo superior

al legalmente establecido o al inferior que se hubiera fijado en el contrato.

5. La captación de financiación privada para la ejecución de los contratos públicos:

La LCSP optó por mantener transitoriamente la regulación que el TRLCAP realizaba de la financiación privada de las concesiones de obras públicas (la disposición derogatoria única de la LCSP mantuvo vigente los Artículos 253 a 260 TRLCAP) y por emplazar al Gobierno para que en el plazo de un año sometiese al Congreso un proyecto de ley sobre el régimen de financiación de las concesiones de obras públicas y de los contratos de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (disposición final décima LCSP).

En cumplimiento de tal previsión, el Gobierno presentó el 30 de octubre de 2009 el proyecto de ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas que, tras casi dos años de tramitación parlamentaria, no ha visto la luz.

Por ello, la LES introdujo -en sus Artículos 37 y 38- el régimen de financiación de los contratos de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y emplazó, como se dijo, al Gobierno, a aprobar un texto refundido en el que se contuviera expresamente, el régimen de financiación de las concesiones de obras públicas y de tales contratos de colaboración.

Así, el TRLCSP contiene en el Título II del Libro IV el régimen jurídico aplicable a la financiación de los contratos de concesión de obras públicas y colaboración público-privada, y en la disposición adicional vigésimo novena las

fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado y su régimen de financiación.

6. Sucesión de empresas.

El TRLCSP modifica el régimen de sucesión de empresas – frente al establecido con carácter general en el Artículo 73 bis LCSP, introducido por la LES - al exigir, en su art. 270, autorización administrativa previa en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad concesionaria, para que la entidad absorbente o resultante de la fusión pueda continuar con la

concesión y autorización expresa del órgano de contratación en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas, para continuar el contrato de concesión con la entidad resultante o beneficiaria.

7. El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, de los contratistas, y de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

El Artículo 214 TRLCSP delimita la responsabilidad de cada una de las partes en el contrato por los daños que pudieran derivarse de la ejecución o desenvolvimiento del mismo en los mismos términos que así lo hiciera el Artículo 97 TRLCAP primero y el Artículo 198 LCSP después.

Sin embargo, el TRLCSP contiene además una disposición adicional decimonovena, que bajo la rúbrica “ **Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas**” , establece que la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas **derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración**, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Artículo 145), y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo , por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

El apartado 2 de la misma disposición adicional establece que **la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en dicha norma** por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando mediar al menos negligencia grave, **constituirá falta muy grave cuya responsabilidad disciplinaria se exigirá conforme a la normativa específica en la materia**.

8. Contratación con empresas de trabajo temporal.

Desaparece, en el TRLCSP la limitación contenida en la DA5ª LCSP y relativa a los

contratos de servicios con ETT, que solo podrían celebrarse por un plazo máximo de seis meses sin posibilidad de prórroga y **solo** cuando fuera precisa la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos, con la advertencia de que en dichos contratos, vencido su plazo de duración, no podría producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, hubieran realizado los trabajos que constituyan su objeto, sin que fuera de aplicación lo establecido en el Artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

9. Cesión de los contratos.

El Artículo 226 TRLCSP, relativo a la cesión de los contratos, ha introducido como novedad frente a la LCSP, un inciso en el que se advierte que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero “(...) *siempre que (...) de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado*”, de acuerdo con la doctrina del TJCE².

10. Medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

La DF4ª TRLCSP autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las normas de desarrollo de la DA16ª que puedan ser necesarias para hacer plenamente efectivo el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos en los procedimientos regulados en el TRLCSP y para definir mediante Orden las especificaciones técnicas de las comunicaciones de datos que deban efectuarse en cumplimiento del TRLCSP y establecerá los modelos que deban utilizarse; y remite al Consejo de Ministros la adopción de las medidas necesarias para facilitar la emisión de facturas electrónicas.

11. Entrada en vigor.

La DF única del Real Decreto Legislativo 3/2011 determina que tanto éste como el Texto Refundido que se aprueba entrarán en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06 [*presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund)*]

12. Otras novedades:

- El TRLCSP sustituye todas las referencias al momento de adjudicación a la formalización – al ser ésta la que produce la perfección del contrato –, homogeniza los términos “importe” y “presupuesto” y los refiere al “valor estimado”, y se excluye de dicha noción el importe del IVA.
- Se incluye, en el art. 20.2, sobre contratos privados, una referencia a la aplicación a éstos de las reglas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos.
- Se consolida la regla de que no son susceptibles de recurso especial los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación (art. 40.2 TRLCSP).
- El TRLCSP impulsa con mayor vigor la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro (DA4ª TRLCSP, más extensa e intensa que la redacción contenida en la DA6ª LCSP).
- Otorga un mayor protagonismo a la garantía de accesibilidad para personas con discapacidad (DA18ª TRLCSP) frente a la regulación que de la misma introdujo en la LCSP (mediante la creación de un nuevo Artículo 70 bis LCSP), el Artículo 18 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De nuevo sobre contratación pública y competencia

En los últimos tiempos, instituciones nacionales e internacionales han venido poniendo el acento en la importancia de garantizar la competencia en los mercados en general y en el mercado de bienes y servicios demandados por el sector público en particular; en tanto que las actuaciones colusorias de quienes participan en ellos, y en concreto, aquellas conductas que se generan en el marco de los procedimientos de contratación pública, tienen como consecuencia inmediata un mayor precio de los bienes y servicios y por tanto, una menor eficiencia en la utilización de los recursos públicos. Los instrumentos empleados al servicio de la consecución del objetivo de transparencia y competitividad en el marco de la contratación pública no se han limitado, empero, al reforzamiento de la legislación sobre competencia, articulándose también mediante el desarrollo de actuaciones inspectoras y sancionadoras por parte de organismos especializados. La Comisión Nacional de la Competencia publicó el pasado mes de febrero una guía sobre contratación pública y competencia que pretende facilitar la detección por las Administraciones Públicas de conductas colusorias en los procedimientos de contratación en los que se demanden bienes o servicios, y pretende además avanzar en esa senda al configurar la contratación pública como uno de los sectores a investigar los próximos años.

La importancia de optimizar los recursos públicos en un contexto de crisis como el presente y la **persistencia de conductas anticompetitivas** en los procedimientos de **contratación pública** a pesar de las numerosas normas vigentes en la materia ha tenido como consecuencia un renovado protagonismo de la defensa de la competencia en dicho sector.

Algunos organismos internacionales como la **OCDE** han llamado la atención sobre las **consecuencias** que supone la **colusión en la licitación pública** y que concreta en un encarecimiento de aproximadamente el 20% de los contratos, con manifiesto **perjuicio para las cuentas públicas** y paralelo **enriquecimiento ilícito** de quienes en tales conductas participan.

Esta preocupación no ha pasado inadvertida para la **Unión Europea** como se deduce de la Comunicación de la Comisión “Directrices sobre la aplicabilidad del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01)” y del “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública

de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”, publicado el 27 de enero de 2011, en relación con el cual se ha abierto una consulta pública con objeto de modernizar la regulación de las compras públicas y su adaptación a la Estrategia Europea 2020, que hace **especial hincapié** en que las **políticas de contratación pública** deben **garantizar el uso eficiente de los fondos públicos**.

La toma de conciencia acerca de la importancia de hacer efectiva la competencia en el mercado de la contratación pública y de respetar los parámetros impuestos al respecto por la legislación y la jurisprudencia comunitaria y española se puso de manifiesto en muchas de las reformas operadas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), fruto de las cuales merece mención la disposición adicional 27ª LCSP en la redacción dada a la misma por la Ley 34/2010¹, que puso a cargo de la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado** y de los órganos de contratación y órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refería

¹ Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

el Artículo 310 LCSP, ahora Artículo 41 TRLCSP² – un deber de notificación a la **Comisión**

Nacional de la Competencia de cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir **infracción a la legislación de defensa de la competencia**.

Esta labor de **prevención de prácticas contrarias a la libre competencia**, se contiene ahora en la disposición adicional 23ª TRLCSP, que señala que, en particular, deberá comunicarse a la Comisión Nacional de la Competencia cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

La preocupación por el respeto a la libre competencia en el mercado de la contratación pública también se detecta en algunas de las novedades introducidas en el TRLCSP, como es por ejemplo el caso del 226 TRLCSP, en el que se ha incluido un inciso relativo a **garantizar la concurrencia en las cesiones de contratos**.

La garantía de la competencia en los procesos de licitación pública se revela además no solo como un principio rector de la contratación pública sino como un **verdadero objetivo a alcanzar** mediante el desarrollo de una labor de **inspección y sanción** de aquellas conductas que atenten contra la misma.

El pasado 30 de noviembre se celebró, en la sede madrileña de Gómez- Acebo & Pombo, una **sesión sobre contratación pública y competencia** en la que el **Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia**, Joaquín García Bernaldo de Quirós llamó la atención, en su intervención, sobre la necesidad de observar reglas severas en los procesos de contratación pública en aras de una **mayor transparencia y una óptima gestión de los recursos públicos**.

Esta preocupación, señaló el ponente, responde al hecho incontestable de que la mayor competencia en

el mercado de la contratación pública proyecta una mejor gestión del dinero público, cuestión ésta que en el contexto económico actual reviste aún más importancia que en momentos anteriores.

Por otro lado situar a la **contratación pública en el punto de mira de la actividad de investigación de la CNC** responde además a la constatación- como revelan los resultados de los procedimientos sancionadores más recientes al respecto – de la existencia de irregularidades en los procesos de licitación, las cuales redundan en beneficio de los contratistas, o lo que es lo mismo, perjudican al erario público y al interés general que debería presidir todo procedimiento de contratación, generando graves perjuicios a la Administración Pública y a los particulares.

Prueba de este mayor interés de la CNC por la defensa de la competencia en el ámbito de la contratación pública es la reciente conclusión del expediente sancionador S/0226/10, licitaciones de carreteras, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC, por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el Artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, iniciado como consecuencia de una denuncia privada y que finalizó mediante resolución – de 19 de octubre de 2011 – en la que se imponen **multas** a 46 empresas por un **montante total superior a 47.000.000 euros**³.

Se expone en el cuerpo de dicha resolución que “(...) **en al menos ocho de los catorce concursos analizados en este expediente, según obra en el HP 8, la conducta ilícita aquí perseguida** – acuerdos de reparto de licitaciones y fijación de precios de cara a concursos públicos para la conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas - **ha ocasionado un perjuicio al erario público, a las cuentas públicas, y en definitiva a los contribuyentes que asciende a la astronómica cifra de 14.185.735,06 euros, por lo que no resulta descabellado suponer, aunque esta última apreciación pueda carecer de valor científico, que el daño directo y efectivo ocasionado por el conjunto de las conductas superara los 20 millones de euros**”, y recuerda la importancia de evitar estas conductas, en relación

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

³ El texto de la Resolución de 19 de octubre de 2011 de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia puede consultarse en el siguiente link: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=S%2f0226%2f10&Ambito=Conductas>

con las cuales la propia CNC ha elaborado una Guía para la Contratación Pública⁴.

Así las cosas resulta indispensable extremar la observancia de las normas vigentes en materia de

contratación pública y competencia, fundamentalmente en lo tocante a los procesos de licitación, y no solo por parte de los contratistas, sino también por parte de los propios órganos de contratación, cuya actuación no escapa a las facultades inspectoras de la CNC.

— N.º 29. Febrero del 2012 —

Nuevos y buenos tiempos para las pymes: participación en la contratación pública y cobro de cantidades debidas por el sector público local

El escenario socioeconómico de los últimos años revela una tendencia generalizada a fomentar el crecimiento y la capacidad de integración de las Pequeñas y Medianas Empresas en los mercados en general y en el mercado de la contratación pública en particular. La mayor participación de dichas empresas en el mercado de bienes y servicios demandados por las instituciones públicas incrementa la competencia efectiva en los mismos, lo que a su vez elimina distorsiones en la competencia y disminuye el precio de los productos, con la consecuente mayor eficiencia del gasto público y la optimización de las inversiones. En el contexto económico actual, de restricción económica y austeridad en el gasto público, se han impulsado iniciativas favorables a las PYMES: la regulación expresa de medidas que obligan a dar cabida a las mismas en la contratación pública y una línea de crédito para la cancelación de deudas de las entidades locales con empresas y autónomos.

La importancia del papel de las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES) en la economía en general es una cuestión en absoluto desconocida en la actualidad, como revelan las numerosas normas y medidas adoptadas en nuestro país para el fomento de su participación activa en los mercados, para la creación de competencia efectiva y para la creación de empleo.

De hecho, como revela el informe de la **Comisión Europea** sobre el papel de las pequeñas y medianas empresas en el mercado laboral, publicado el pasado 16 de enero de 2012, las pymes crearon el 85% de los empleos netos en la Unión Europea entre 2002 y 2010¹.

La toma de conciencia de la necesidad de fomentar la presencia de las PYMES y de incrementar un papel activo de las mismas en la economía se ha trasladado también al escenario de la contratación pública, y ello ante la necesidad de adoptar medidas al respecto resulta de la **persistencia de barreras**

para las PYMES en el acceso efectivo a los procedimientos de contratación pública, barreras derivadas de la **dificultad de obtener información**, la escasez de tiempo para **preparar las proposiciones**, el desconocimiento de los procedimientos de licitación, la existencia de **excesivos trámites administrativos** - que perjudican a las empresas de pequeña dimensión- las **garantías exigidas**² -en ocasiones excesivas para una PYME-, o las **dificultades de búsqueda de partners** con los que acudir a la licitación, entre otras muchas.

El contexto económico actual obliga a adoptar mecanismos que favorezcan el crecimiento y la capacidad de integración de las PYMES en los mercados y en concreto en el **mercado de los bienes y servicios demandado por las instituciones públicas**, lo que favorece la **competencia** en el marco de la contratación pública, y ello es así porque la mayor participación en los procesos de licitación pública genera una mayor competitividad en el mercado de la contratación pública, que **elimina**

¹ Disponible en el siguiente link: <http://euroalert.net/news.aspx?idn=14425>

² En relación con el régimen de garantías la nueva tendencia en pro de las PYMES y de facilitar el acceso efectivo a la contratación pública se pone de manifiesto en la modificación operada en la LCSP por el Artículo 1.16 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que vino a alterar el régimen de las garantías provisionales para señalar que cuando los órganos de contratación decidan exigir una garantía provisional, deberán justificar suficientemente en el expediente las razones de su exigencia.

consecuencias negativas sobre la **economía en general** y sobre los **precios de los productos en particular** – que se elevan en hasta un 20% en los mercados anticompetitivos³ -, lo que a su vez ha demostrado una **mayor eficiencia del gasto público** y la **optimización** de las **inversiones** públicas.

Por ello la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), ha introducido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), diversos preceptos orientados a fomentar la participación de las PYMES en los procedimientos de contratación pública. Prueba de ello son:

- El Artículo 37 LES, bajo la rúbrica “**Impulso a la eficiencia en la contratación pública y financiación de la colaboración público-privada**” establece en su apartado primero que “*Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, modificada por la disposición final decimosexta de la presente Ley.*”
- Por su parte, el Artículo 210.7 LCSP -modificado por la LES- incrementa, del 30% al 50%, el porcentaje del importe del presupuesto del contrato que el órgano de contratación puede imponer subcontratar al contratista, disponiendo que “*Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50 % del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de*

ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a empresas con una clasificación adecuada para realizarla;” y añade a continuación que estas obligaciones de subcontratación impuestas conforme a lo previsto en el Artículo 210.7, se considerarán **condiciones especiales de ejecución del contrato** a los efectos previstos en los Artículos 196.1 y 206.g).

La preocupación por el fomento de las PYMES en general y por su **participación en los procedimientos de contratación pública** se ha puesto de manifiesto con especial rigor en el ámbito de la **Unión Europea**, que ha creado un portal europeo – digital – para las PYMES⁴ para ayudarlas a desarrollar su potencial de crecimiento, promover el espíritu emprendedor y crear un marco empresarial mas respetuoso con las pequeñas y medianas empresas.

En este contexto se ha elaborado la **Small Business Act for Europe (SBA)**, iniciativa inspirada en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de junio de 2008, denominada “**Pensar primero a pequeña escala**” que tiene por objeto crear **condiciones favorables para el crecimiento y la competitividad sostenida de las PYMES europeas**.

El **SBA** se basa en una serie de **principios** orientados a definir las políticas comunitarias, y en la fijación de medidas prácticas a desarrollar para su aplicación. En dicho marco se ha diseñado un “**Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos**”⁵ que contiene una guía de buenas prácticas a desarrollar por parte de las autoridades responsables de la contratación pública para permitir un acceso más fácil de las pequeñas empresas a los contratos públicos.

Otra de las iniciativas que merecen mención es el informe **Opening public procurement to SMEs** (small and médium-sized enterprises) elaborado en

³ Así lo ha revelado los estudios realizados por la Comisión Nacional de la Competencia, que lo advierte expresamente en la Guía de Contratación Pública y Competencia elaborada por dicha Comisión y disponible en el siguiente link: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=295830&Pag=1>

⁴ <http://ec.europa.eu>

⁵ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_es.pdf

septiembre de 2010, en el que se evalúa el acceso de las PYMES a los mercados públicos en la Unión Europea y se pone de manifiesto cómo la mejora de los instrumentos de contratación ha favorecido una mayor presencia de las mismas en los mercados de contratación pública, lo que aumenta la competitividad en el mercado. El informe revela también la **situación desventajosa** en que se encuentran las PYMES de la República Checa, Chipre, **España** y Portugal frente a sus homólogas de Luxemburgo, Eslovaquia, Alemania e Irlanda, donde se asegura un acceso a los Mercados públicos muy satisfactorio.

Por su parte, el **Banco Europeo de Inversiones**⁶ desarrolla una importante labor de apoyo a las PYMES en lo relativo a su **financiación**. En 2010, el Banco Europeo de Inversiones ha contribuido al sector europeo de la PYME con un total de **10 billones de euros** y más de **160.000 PYMES** (SMEs) han recibido financiación del Banco Europeo de Inversiones durante el periodo 2008-2010.

También con objeto de promover el desarrollo y participación de las PYME y para facilitar su financiación, la **Comisión** pondrá a disposición de las mismas un **sistema de microcréditos**⁶ que facilite la creación de pequeñas empresas y su participación en los mercados.

Un golpe de efecto resulta, sin embargo, de la regulación contenida en el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento

de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa cuyo Artículo Capítulo II, Sección Segunda, regula una **“línea de crédito para la cancelación de deudas de las entidades locales con empresas y autónomos”** que diseña un mecanismo que garantiza a las pymes – entre otros - el cobro efectivo de sus derechos de crédito.

Dicho mecanismo consiste en el diseño de una **línea financiera** a la que se podrá acoger cualquier entidad local, organismo autónomo o entidad dependiente que pertenezca a alguna de las integrantes del inventario de Entes del **Sector Público Local** –regulados en el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre– para el **abono de obligaciones reconocidas, vencidas, líquidas y exigibles** pendientes de pago o pendientes de aplicar al presupuesto de 2010, siempre que estén **soportadas materialmente mediante certificaciones o documentos** que acrediten la realización total o parcial del contrato y mediante un sistema que **“posibilite preferentemente la cancelación de las deudas con los autónomos y las pequeñas y medianas empresas, considerando así mismo la antigüedad de las certificaciones o documentos antes citados”**.

Para que PYMES y autónomos puedan ver satisfechos sus créditos frente a las Corporaciones locales es preciso antes que éstas hayan aprobado la liquidación de sus presupuestos generales del año 2010 y que soliciten al ICO –y este acepte- su inclusión en la línea financiera para concertar las correspondientes operaciones de endeudamiento.

⁶ <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/finance/borrowing/microcredit/>

¿Embargabilidad o inembargabilidad de los bienes patrimoniales?

Tradicionalmente se ha venido admitiendo, de forma razonablemente pacífica, que el privilegio de inembargabilidad de los bienes públicos se extiende “naturalmente” a todos ellos, en virtud del sujeto - ente público - que ostenta su titularidad. Durante las últimas décadas, sin embargo, se ha producido una transformación doctrinal y jurisprudencial primero y legal después, de la configuración del principio de inembargabilidad, que ha tendido progresivamente a reducir -si no limitar- ésta en relación con los bienes patrimoniales. En el presente contexto de crisis económica y manifiesta morosidad de las Administraciones Públicas en el pago de cantidades a que está obligada legalmente, el debate de la embargabilidad o inembargabilidad de los bienes patrimoniales adquiere una renovada actualidad, pues la posibilidad de vincular la realización de bienes de titularidad pública a la satisfacción de una deuda pendiente se configura como un recurso más de entre los pocos que el ordenamiento jurídico vigente pone a disposición de los particulares para hacer efectivos sus derechos de crédito frente a las Administraciones deudoras.

El análisis de la inembargabilidad de los bienes de titularidad pública debe partir del Artículo 132 de la Constitución Española de 1978, que es el que define el marco en el que se encuadra el régimen jurídico actual de tales bienes.

Aunque dicho precepto diferencia tres tipos de bienes de titularidad pública – comunales, demaniales y patrimoniales –, no predica para ellos un mismo régimen jurídico, en tanto que, aunque establece una reserva de ley respecto de todos ellos, solo sujeta a los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad la regulación de los bienes demaniales y comunales.

Muy a pesar del distinto régimen jurídico entre unos y otros, fundado en la afectación de los bienes demaniales – y los comunales con sus peculiaridades – a un uso o servicio público, siendo tal afectación y el interés público cuya satisfacción persiguen, lo que justifica su sometimiento a unas reglas extraordinarias de protección, lo cierto es que los bienes patrimoniales se benefician de ciertos privilegios en virtud del sujeto que ostenta su titularidad¹, y existe asimismo, una cierta “flexibilización” del régimen jurídico demanial.

Originariamente², el privilegio de la inembargabilidad se proyectaba sobre cualquier bien o derecho de titularidad pública, incluidos los bienes

¹ “Los bienes de dominio privado o patrimoniales de las Administraciones Públicas no están sometidos a un régimen estrictamente de Derecho privado, sino que se benefician de la protección especial de que gozan todos los bienes públicos; y, por otra parte, pese a la consagración constitucional de la inalienabilidad de los bienes de dominio público, existen en nuestro ordenamiento claros ejemplos de “flexibilización” de esta nota del régimen jurídico demanial: piénsese, por ejemplo, en el Artículo 67 del texto refundido de la Ley de Aguas (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio), que regula la posibilidad de ceder un derecho de uso de agua mediante un negocio jurídico privado, únicamente sometido a las condiciones de previa autorización administrativa, comunicación al Organismo de Cuenca, e inscripción en el Registro de Aguas”. Consejo de Estado, dictamen 805/2003, de 3 de abril de 2004, sobre el anteproyecto de ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. El propio Tribunal Constitucional recoge esta tesis en su Sentencia 166/1998 (F.J. 11).

² La primera norma que declara el principio de inembargabilidad de los bienes de titularidad pública fue la Ley de 20 de febrero de 1850, de Contabilidad general, provincial y municipal, cuyo Artículo 9 disponía que “Ningún tribunal podrá despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencia de embargo contra las rentas o caudales del Estado”.

patrimoniales, como se deduce del Artículo 18 de la Ley de Patrimonio del Estado, a cuyo tenor *“Ningún tribunal podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los **bienes y derechos del Patrimonio del Estado**, ni contra las rentas, frutos o productos del mismo”*, si bien esta concepción amplia de la inembargabilidad de los bienes de titularidad pública ha sido objeto de una progresiva reducción cuya plasmación se consagra en el Artículo 30.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) que dispone que *“Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales **cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines determinados, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general**”*³.

Se aprecia, en efecto, en la norma actualmente vigente, un cambio en la apreciación del principio de inembargabilidad de los bienes patrimoniales, cuyo origen parece situarse en la sentencia del Tribunal Constitucional 166/1998, de 15 de julio⁴, en cuya virtud, si bien la declaración, por el legislador, de determinados bienes y derechos como inembargables es constitucional, la misma debe

guardar **proporcionalidad con la finalidad de protección de valores constitucionales**, porque de otro modo esa **inembargabilidad choca con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva** (Artículo 24 CE), que incluye también el derecho a que las resoluciones judiciales sean cumplidas.

Esta sentencia reconoce la inembargabilidad general de los bienes demaniales comunales, así como la específica de los derechos, fondos y valores de las Entidades Locales – pues sobre tal cuestión versaba el recurso de inconstitucionalidad – a que se refiere el Artículo 154.2 LRHL en tanto que constituyen los recursos financieros de dichas entidades y como tales están pre ordenados en los presupuestos de las mismas a concretos fines de interés general. Sin embargo **no deben ser inembargables**, señala la sentencia, los **bienes patrimoniales** – de las Entidades Locales – que **no estén materialmente afectados a un uso público o a un servicio público**, al menos en relación con la ejecución de una sentencia judicial⁵.

No puede extraerse, sin embargo, de la jurisprudencia constitucional, una regla general de embargabilidad de los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas en los diferentes niveles territoriales, y ello es así porque las diversas sentencias recaídas en la materia se pronuncian estrictamente sobre el objeto planteado, sin aportar fundamentos que permitan generalizar sus contenidos. Ello no obstante, de la interpretación conjunta de dicha jurisprudencia⁶ y

³ En un sentido similar se pronuncia el Artículo 23.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, dispone que *“ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines diversos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”*

⁴ Dictada en relación con el Artículo 66.6 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se modificaba el Artículo 154.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante LRHL).

⁵ Así, por ejemplo, la STC 107/1992 dispone que *“la ejecución de las Sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (SSTC 167/1987 y 92/1988)”* y añade que *“La ejecución de Sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del art. 117.3 de la Constitución (SSTC 67/1984 y 92/1988)”*

el tenor de las normas más recientes en materia de bienes públicos, podría considerarse que **existen fundamentos jurídicos suficientes para sostener que los bienes patrimoniales** – siempre que no se encuentren materialmente afectos a un servicio público o a una función pública, siempre que sus rendimientos o el producto de su enajenación no estén legalmente afectos a fines determinados, y siempre que no se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general– **son embargables**.

Ahora bien, no en cualquier momento y ocasión, sino **sólo en ejecución de sentencia** y por tanto previa resolución judicial que reconozca la existencia de un derecho de crédito contra la Administración titular y vincule determinados bienes a su satisfacción.

En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede extraerse la conclusión de que la **embargabilidad de los bienes patrimoniales** – no cualificados, por así decirlo, por su vinculación a la satisfacción de un fin, función o interés público en los términos del Artículo 30.3 LPAP – tiene encaje en la defensa de la eficacia de la **tutela judicial efectiva**, y por tanto, es en el contexto de la ejecución de la sentencia que pone fin a un proceso judicial en el que puede encontrar cabida la pretensión de embargo de bienes patrimoniales de la Administración Pública deudora. Diversos Autos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁷ han reiterado que la **posibilidad de someter los bienes públicos** efectivo en el marco de un procedimiento orientado a lograr la efectividad de una condena al pago de una cantidad líquida, y por tanto como **instrumento o medida de ejecución forzosa** de dicha obligación mediante la

traba y posterior venta de bienes públicos; para lo que es preciso observar las prescripciones impuestas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁸ (LJCA) y respetar los tiempos y plazos que dicha norma otorga a la Administración demandada para dar cumplimiento a la sentencia.

Esta conclusión se refuerza desde el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que vino a señalar, en la Sentencia del **Pleno 206/1993, de 22 de junio**, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del Artículo 921 párrafo 4, en su parte final, de la LEC, que hace una remisión a los Artículos 36.2 y 45 LGP, JF4º, que “El cumplimiento de las Sentencias corresponde como regla general a quienes en ella aparezcan condenados, como un deber impuesto constitucionalmente a todos sin excepción alguna (art. 118 CE), sin perjuicio de que la ejecución se encomiende constitucionalmente a los Tribunales “por potestad propia inherente a la función jurisdiccional” (STC 155/1985). Ahora bien, aún cuando la exigibilidad –no el nacimiento– de las obligaciones a cargo de la Hacienda Pública pueda resultar de resolución judicial firme (art. 43.1 LGP), esto no quiere decir que se convierta en un título directamente ejecutable, equivalente a una orden de pago, desde el momento en que los Jueces y Tribunales no podrán despachar mandamiento de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública y ha de encauzarse a través de un complejo procedimiento administrativo de ejecución del gasto que en más de un caso necesita de una prolongación parlamentaria (arts. 44 y 64 LGP)” Respecto de los bienes patrimoniales, si pueden, sin embargo, Jueces y Tribunales despachar mandamiento de ejecución

⁶ Entre otras, STC 201/1998, de 14 de octubre, STC 210/1998 de 27 de octubre y STC 228/1998, de 1 de diciembre.

⁷ Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 5 de mayo de 1999, en el que se requiere a un ayuntamiento para que proceda al abono de una cantidad debida y no pagada, con advertencia de que, de no hacerlo, se procederá sin más trámite a decretar el embargo de bienes patrimoniales del referido ayuntamiento no afectados a un uso o servicio público en cantidad suficiente para hacer frente al pago de la deuda.

⁸ Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7ª, de 5 de febrero de 2011, por el que se acuerda la exacción, por vía de apremio, de la cantidad adeudada por un ayuntamiento por una cantidad a cuyo pago había resultado condenado por Auto de 21 de septiembre de 2000.

Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 11 de febrero de

2002, en el que se acuerda proceder, por la vía de apremio, contra los bienes de un ayuntamiento, no afectos a un uso o servicio público, con embargo de bienes en cuantía suficiente para cubrir una deuda a cuyo pago resultó condenado en virtud de sentencia de la misma Sala de 4 de julio de 2000.

o dictar providencia de embargo, siempre que los mismos:

- no se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública,
- cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación no estén legalmente afectados a fines determinados, o
- cuando no se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

O lo que es lo mismo, **existen fundamentos jurídicos suficientes para sostener que los bienes patrimoniales son embargables** fuera de los supuestos enumerados y **para la ejecución de una resolución judicial** que declara o reconoce la existencia de una obligación de pago a cargo de la Administración Pública.

Esta postura, favorable a la embargabilidad de los bienes patrimoniales no materialmente afectos a un servicio público o a una función pública— o al menos, de la posibilidad de pretenderla conforme a

derecho -, tiene encaje en la tendencia legislativa de los últimos años, orientada a reducir la morosidad de las Administraciones Públicas y a garantizar la posición deudora de los particulares frente a aquellas, como demuestra el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa o la reforma operada en la Ley de Contratos del Sector Público⁹ por la Ley 15/2010, que introdujo en aquella un nuevo Artículo 200 bis (ahora Artículo 217 del TRLCSP) en el que, bajo la rúbrica “procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas”, regula un procedimiento específico que permite, transcurridos los plazos legalmente previstos, solicitar por escrito de la Administración el cumplimiento de la obligación de pago – y en su caso los intereses de demora – y si, transcurrido un mes, la Administración no hubiere contestado, se entiende vencido el plazo de pago de tal modo que el interesado puede accionar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración y solicitar la medida cautelar de pago inmediato de la deuda.¹⁰

⁹ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, derogada por el actualmente vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

¹⁰ Procedimiento que está siendo utilizado ya para las deudas derivadas de contratos celebrados a partir del 7 de julio de 2010 (fecha de entrada en vigor de la Ley 15/2010) y respecto del que puede afirmarse que está recibiendo una gran acogida no sólo por los particulares acreedores, sino también por los órganos jurisdiccionales, que están adoptando la medida cautelar mencionada. Así ha ocurrido por ejemplo en el seno del procedimiento 75/2011 seguido ante el Juzgado N°1 de lo contencioso administrativo de Santander, en el que se ha ordenado a un organismo público autonómico, en pieza separada de medidas cautelares 75/2011, y mediante auto de 31 de octubre de 2011, el abono inmediato de una deuda de 2.409.353,42 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado a resultados del procedimiento principal.

— N.º 31. Abril del 2012 —

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.

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.

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 30/1991¹, ha dictado dos Recomendaciones dirigidas a los órganos de contratación relativas a la interpretación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público² (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:

- a) 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

¹ 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 al art. 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 está atribuida, de acuerdo con el apartado c) del art. 2.4 de la misma norma.

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

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.
- 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 contrato³.

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:

- 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

³ 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.

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”⁴.

- 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.

⁴ 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.

— N.º 32. Mayo del 2012 —

E-Procurement: *transición, armonización y nuevo marco legal de la contratación pública electrónica*

La Comisión Europea ha publicado una Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Consejo Económico y Social y el Comité de las Regiones, en la que se establece la estrategia para la plena implantación de la contratación pública electrónica. Esta iniciativa, que se enmarca en el proceso de reforma de las Directivas europeas sobre contratación pública y que responde a la importancia estratégica que la contratación pública reviste a nivel comunitario, establece medidas para la modernización del marco jurídico de la Unión Europea en la materia fijando como fecha tope para la consecución de tal objetivo el año 2016, en consonancia con el Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015¹.

El 20 de abril de 2012 la Comisión ha publicado su Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Consejo Económico y Social y el Comité de las Regiones “**Una estrategia para la contratación pública electrónica**”², en la que expone y desarrolla la importancia estratégica que la contratación pública electrónica tiene para la Unión Europea.

La **plena informatización del procedimiento de contratación pública en el ámbito de la Unión Europea** pretende las siguientes ventajas:

- Simplifica sustancialmente el proceso de adjudicación de los contratos.
- Genera menos residuos y redundancia en mejores resultados: precios más bajos y mejor calidad.
- Propicia una mayor competencia en el mercado único.
- Coadyuva a mejorar la economía europea porque maximiza la eficiencia del gasto público en un contexto de restricciones presupuestarias³.
- Avanza en la política medioambiental de la Unión Europea⁴.
- Contribuye a incrementar la transparencia de la oferta de contratos y facilita el acceso a los mismos, especialmente a las PYME.
- Reduce costes de transacción tanto para el sector público como para los operadores económicos.

¹ COM (2010) 743 de 15 de diciembre de 2010.

² “A strategy for e-procurement”, documento que puede descargarse del siguiente link: <http://www.google.es/url?url=http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0179:FIN:EN:DOC&rct=j&sa=X&ei=g7-XT5a3KcK-8APGkvzoBw&ved=0CEQQ2wQ&q=plena+informatizaci%C3%B3n+de+la+contrataci%C3%B3n+p%C3%BAblica+a+mediados+de+2016&usq=AFQjCNGsDBAxKYSzvzN9ngS9JNgN0-s-Xw>.

³ La transición a la contratación electrónica puede representar un ahorro de entre el 5 y el 20%, lo que habida cuenta de la envergadura del mercado de la contratación pública en la Unión Europea, solo para el caso de que se lograra un ahorro del 5% ello representaría 100.000 millones de euros de ahorro para el erario público.

⁴ El programa Xchange Wales (el programa de contratación pública electrónica del País de Gales) ha generado desde su puesta en marcha, un ahorro de cerca de 15 millones de hojas de papel, lo que equivale a 101 toneladas de CO₂

Prueba de ello es, entre otras cosas, la reducción del precio de los contratos celebrados por los hospitales portugueses en un 18% tras la introducción de la contratación electrónica, que en conjunto ha generado un **ahorro de 650 millones de euros** el primer año, o el ahorro de costes en costes de procedimiento superior a 8.500 euros por licitación, que resulta de un estudio realizado sobre 400 administraciones de los Países Bajos.

Sin embargo, la transición a un sistema de contratación plenamente electrónico resulta lenta, y ello es debido, según resulta de las respuestas al Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica de 2010, a dos factores:

- La **inercia** mostrada por compradores y proveedores, reacios a modificar hábitos arraigados al respecto.
- La **fragmentación del mercado** a que puede dar lugar la existencia de una gran diversidad de sistemas, en ocasiones técnicamente complejos, en toda la Unión Europea.

Ello no obstante, la Comisión entiende que el cambio a una contratación pública electrónica plena presenta **indudables** ventajas, y así lo ha planteado en la **propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública (COM(2011) 896 final)**⁵, que prevé una transición gradual a la utilización exclusiva de medios electrónicos de comunicación.

La **estrategia para la contratación pública electrónica** señala un “camino a seguir” para la consecución del objetivo reseñado que pasa por:

1. El **establecimiento de un marco jurídico eficaz**, el cual precisa de la adopción de tres medidas clave:

- La aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo de un nuevo entorno jurídico que exige una transición completa a la contratación pública electrónica, cuya adopción se prevé para finales de 2012.
- La armonización por la Comisión Europea, en su caso y una vez adoptadas las nuevas directivas, de los requisitos técnicos mediante la adopción de actos delegados.
- La propuesta por la Comisión de un nuevo marco jurídico en relación con la identificación, la autenticación y las firmas electrónicas el segundo trimestre de 2012.

2. La **promoción de soluciones concretas** basadas en las buenas prácticas:

- El Grupo de Expertos en Materia de Licitación Electrónica creado por la Comisión (e-TEG) formulará recomendaciones orientadas a promover sistemas de contratación electrónica de excelencia que simplifiquen el acceso transfronterizo y faciliten su utilización en beneficio de todas las empresas a principios de 2013.
- La Comisión Europea publicará un informe sobre buenas prácticas en materia de contratación electrónica y se servirá de las conclusiones de dicho informe para fomentar las buenas prácticas en toda la UE a mediados de 2013.

3. Apoyo a la **implantación de infraestructuras de contratación electrónica**:

- La Comisión Europea contribuirá a la sostenibilidad de los elementos de PEPPOL⁶ (*Pan-European Public Procurement On-Line*)⁷ a partir de mediados de 2012.

⁵ Disponible en el siguiente link: [http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=propuesta%20de%20directiva%20del%20parlamento%20europ%20y%20del%20consejo%20relativa%20a%20la%20contrataci%C3%B3n%20publica%20\(com\(2011\)%20896%20final\)%2C%20&source=web&cd=1&ved=0CCYQFjAA&url=http%3A%2F%2Feur-lex.europa.eu%2FLEXUriServ%2FLEXUriServ.do%3Furi%3DCOM%3A2011%3A0896%3AFIN%3AES%3APDF&ei=MVeYT7TxNaKh0QXI78iDBg&usq=AFQjCNGD7-CzYrDXGgcDvmMr3K8ORFYEdQ](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=propuesta%20de%20directiva%20del%20parlamento%20europ%20y%20del%20consejo%20relativa%20a%20la%20contrataci%C3%B3n%20publica%20(com(2011)%20896%20final)%2C%20&source=web&cd=1&ved=0CCYQFjAA&url=http%3A%2F%2Feur-lex.europa.eu%2FLEXUriServ%2FLEXUriServ.do%3Furi%3DCOM%3A2011%3A0896%3AFIN%3AES%3APDF&ei=MVeYT7TxNaKh0QXI78iDBg&usq=AFQjCNGD7-CzYrDXGgcDvmMr3K8ORFYEdQ)

⁶ La Comisión ha promovido la instrumentación de soluciones de contratación electrónica transfronteriza a través de PEPPOL, que aporta los puentes de interoperabilidad necesarios para conectar las plataformas de contratación electrónica ya existentes en los Estados miembros.

⁷ <http://www.peppol.eu>

- La Comisión Europea financiará y apoyará el desarrollo de infraestructuras de contratación pública en toda Europa a través del Mecanismo “Conectar Europa”⁸ poniendo en marcha proyectos a partir de 2014-2015.
- La Comisión promoverá el recurso a los Fondos Estructurales para impulsar la difusión de la contratación electrónica de toda Europa, según lo previsto en el marco estratégico común correspondiente al periodo 2014-2020.

4.- Estrategia de difusión:

- La Comisión informará a las autoridades públicas y las empresas sobre las posibilidades y ventajas que ofrece la contratación electrónica y organizará una conferencia anual sobre contratación electrónica que se celebrará por primera vez a mediados de 2012.

5. Seguimiento de la adopción de procedimientos electrónicos de contratación y ventajas consiguientes:

La Comisión Europea tiene previsto sentar las bases de sistemas electrónicos para el control del gasto relativo a la contratación en tiempo real a mediados de 2013 así como publicar un informe anual sobre la contratación electrónica a partir del mismo año.

Este interés de la Comisión en potenciar la contratación electrónica deriva del compromiso

asumido tanto en la **Agenda Digital para Europa**⁹ como en el **Plan de Acción sobre Administración Electrónica de 2010**¹⁰, de ejecutar un plan de acción sobre la **eCommission** para 2011-2015.

En efecto, la Comisión, en su calidad de poder adjudicador, está realizando proyectos piloto¹¹ tanto en relación con la **fase previa a la adjudicación** como con la **fase siguiente a la adjudicación**, proyectos que se integraran en una solución global que abarque todas las fases de la cadena de contratación, con el propósito de culminar, a finales de julio de 2015, la transición a un sistema de contratación electrónica plena.

Esta iniciativa se enmarca además de en las políticas comunitarias en materia de Administración Electrónica, en el contexto del **Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio**, que reconoce la importancia del uso y el fomento de los medios electrónicos en la contratación.

Habida cuenta de la creciente importancia que se concede a la dimensión internacional de la contratación electrónica, la Comisión invita a los Estados miembros y al Parlamento Europeo a afrontar el reto político y económico de lograr la **transición a un sistema de contratación pública plenamente electrónico** con ánimo de que éste se lleve a término satisfactoriamente en la Unión Europea para mediados de 2016.

⁸ El Mecanismo “Conectar Europa” se propuso en 2011 como instrumento común de financiación de las redes transeuropeas.

⁹ COM (2010) 245 de 19 de mayo de 2010.

¹⁰ COM (2010) 743 de 15 de diciembre de 2010

¹¹ Proyectos tales como el e-Tendering (<https://etendering.ted.europa.eu/>) y e-Prior (<https://joinup.ec.europa.eu/software/openeprior/description>)

El control telemático de la contratación pública por el Tribunal de Cuentas

La importancia de la implantación de medios electrónicos y telemáticos en la contratación pública¹ se pone de nuevo de manifiesto con una reciente Instrucción del Tribunal de Cuentas relativa a la remisión de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones anuales de los contratos celebrados por las entidades del sector público local. En efecto, la Presidencia del Tribunal de Cuentas ha acordado la publicación de un acuerdo del Pleno por el que se aprueba una instrucción orientada a encauzar las obligaciones de información relacionadas con la contratación del Sector público local a través del Sistema Telemático de Rendición de Cuentas por las Entidades Locales, en la dirección www.rendiciondecuentas.es.

Uno de los objetivos prioritarios de la actividad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas ha sido, tradicionalmente, la contratación del sector público local, dado el volumen de recursos que gestiona.

De acuerdo con los Artículos 57 del derogado TRLCAP², 29 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)³ y 39 y 40 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, existe la obligación de remitir al órgano de fiscalización competente⁴ determinada información sobre los contratos celebrados por las entidades del Sector Público, y en particular, aquellos que superen determinadas cuantías, a los efectos de fiscalizar tal actividad.

En tal sentido, existe una **obligación legal de remisión** al Tribunal de Cuentas u órgano externo de

fiscalización de la Comunidad Autónoma, dentro de los tres meses siguientes a la formalización de un contrato siempre que la cuantía del mismo exceda de 600.000 euros, tratándose de obras, concesiones de obras públicas, gestión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado; de 450.000 euros, tratándose de suministros, y de 150.000 euros, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales⁵:

- una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado,
- un extracto del expediente del que se derive.

Pero además, también deberá **comunicarse**⁶ al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma - todo ello sin perjuicio

¹ Sobre el que se llamó la atención en un número anterior del Grupo de Contratos del Sector Público (GCSP N.º 34) al exponer el contenido de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Consejo Económico y Social y el Comité de las Regiones **“Una estrategia para la contratación pública electrónica”**

² El Artículo 57 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, imponía un deber de información a todas las Administraciones Públicas.

³ Aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

⁴ El Tribunal de Cuentas o el órgano de fiscalización correspondiente de la Comunidad Autónoma en función del órgano de contratación de que se trate

⁵ Artículo 29.1 TRLCSP.

⁶ Las comunicaciones a que se refiere este Artículo se efectuarán por el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado y de los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de ella.

de las facultades de aquellos para reclamar cuantos datos, documentos y antecedentes estimen pertinentes con relación a los contratos de cualquier naturaleza y cuantía:-

- Las modificaciones,
- Las prórrogas,
- Las variaciones de plazos, las variaciones de precio y el importe final,
- La nulidad y la extinción normal o anormal de tales contratos.

Mediante Acuerdo de la Comisión de Gobierno, de 29 de marzo de 2007, hecho público mediante Resolución de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, de 30 de marzo de 2007⁷ se creó el **Registro Telemático del Tribunal de Cuentas**, como registro auxiliar del General del Tribunal de Cuentas⁸.

El ámbito de funcionamiento del Registro Telemático del Tribunal de Cuentas venía delimitado originariamente a la recepción de las cuentas de las Entidades Locales. No obstante, el párrafo segundo del apartado tercero del referido Acuerdo delegó en el Secretario General del Tribunal de Cuentas la competencia para acordar la extensión de esa regulación a la recepción y remisión de documentos, solicitudes, escritos, y comunicaciones relativos a procedimientos y actuaciones competencia del Tribunal de Cuentas distintos de la rendición de cuentas, así como para determinar las reglas y criterios que han de observarse para la presentación y tramitación telemática de los mismos.

En uso de esta competencia delegada, las **Resoluciones de 23 de junio de 2010 y de 7 de julio de 2011**, de la Secretaría General del Tribunal de Cuentas, ampliaron el ámbito de funcionamiento del Registro Telemático del Tribunal de Cuentas, respectivamente, a la recepción de las cuentas de las Entidades Estatales de Derecho Público a las que sea de aplicación la Instrucción de Contabilidad para la Administración Institucional del Estado, y a la recepción de las cuentas del sector público empresarial y fundacional del Estado.

En este proceso de ampliación del ámbito de funcionamiento del Registro Telemático:

- La **Resolución de 10 de mayo de 2012, de la Secretaría General del Tribunal de Cuentas**, por la que se amplía el ámbito de funcionamiento del registro telemático del Tribunal de Cuentas, para la recepción de las **relaciones anuales de contratos** remitidas por las Entidades que integran el sector público local, establece que la regulación contenida en el Acuerdo de la Comisión de Gobierno, de 29 de marzo de 2007, sobre creación del Registro Telemático del Tribunal de Cuentas, se extenderá a la recepción de las relaciones anuales de contratos de los entes integrantes del sector público local a que se refiere el Artículo 40.2, en relación con el 39 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y dispone que la remisión de las relaciones anuales de contratos adjudicados en el ejercicio precedente por los **entes que integran el sector público local** se enviará al Tribunal de Cuentas ajustándose a formatos y especificaciones establecidos en el Acuerdo del Pleno del Tribunal de Cuentas de 26 de abril de 2012.
- La **Resolución de 10 de mayo de 2012, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas**, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 26 de abril de 2012, por el que se aprueba la **Instrucción sobre remisión de los extractos de los expedientes de contratación y de las relaciones anuales de los contratos, celebrados por las Entidades del Sector público local**, al Tribunal de Cuentas, arbitra un sistema de emisión de la relación anual de contratos que, procurando una única remisión telemática de toda la información correspondiente a cada entidad y sus entes dependientes, permita la participación e identificación de cada uno de los órganos responsables de la información comunicada.

La finalidad perseguida por la Instrucción reseñada es la de facilitar el cumplimiento de las previsiones legales de información del Tribunal de Cuentas, extender a todos los órganos de contratación los

⁷ BOE número 90, de 14 de abril de 2007.

⁸ Su creación fue decidida por la Comisión de Gobierno, de acuerdo con los Artículos 3 y 22.2.a) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y 6.h) y concordantes de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento, en el marco de la implantación gradual de medios electrónicos, informáticos y telemáticos que coadyuven al logro de una mayor eficacia en el ejercicio de las funciones de este órgano constitucional.

criterios que deben aplicarse en la aportación de la información y la adecuada explotación del notable incremento de los recursos telemáticos del sector público local.

A tal fin, la referida Instrucción:

- Diferencia en el ámbito temporal una **doble remisión**, aquella que se materializa en una relación anual de la contratación formalizada en el ejercicio precedente, y otra, a efectuar dentro de los tres meses siguientes a la formalización de cada contrato o su finalización, y que se concreta en el envío de determinados documentos que se mencionan en el anexo I.
- En consonancia con ello la instrucción diferencia, en su apartado II, entre la **documentación a remitir una vez concluido el ejercicio** correspondiente y la **documentación a remitir a lo largo del ejercicio**. A ello añade que con independencia de la información y documentación señalada, el Tribunal de Cuentas podrá requerir el envío de **documentación adicional** en relación con los contratos anteriormente identificados o con cualquier otro incluido en la relación anual de los contratos celebrados y que se haya previsto fiscalizar, así como, en su caso, información sobre los denominados contratos menores; requerimiento que deberá ser atendido en los términos y plazos en que se hubiera planteado.
- Para los **organismos y las entidades del sector público local que no tienen la consideración de Administración Pública** en los términos del Artículo 3 del TRLCSP, se prevé la remisión de sus relaciones de contratos mediante su integración en las de la entidad de la que son dependientes.
- Dispone por último unas instrucciones especiales a los efectos de la remisión al Tribunal de Cuentas de la **documentación e información relativas a la contratación celebrada a partir del ejercicio 2011**, que deberá ajustarse a las siguientes “**instrucciones complementarias**”:
- En materia de relaciones certificadas, establece que las entidades locales deberán enviar una relación comprensiva de los contratos formalizados en el año 2011 de acuerdo con el procedimiento habilitado al efecto en la Instrucción salvo que, a la fecha de su publicación, ya hubieren enviado la correspondiente relación comprensiva de la contratación realizada por la entidad local y la totalidad de sus entidades dependientes.
- En cuanto a los **extractos de los contratos formalizados** con anterioridad a la publicación de la Instrucción, que no hubieran sido enviados al Tribunal de Cuentas, dispone que deberán integrarse con los documentos especificados en la referida Instrucción.

— N.º 34. Septiembre del 2012 —

La funcionalidad de la garantía definitiva tras la desaparición de la previsión legal de incautación automática

La transformación operada en los últimos años en materia de garantías de la contratación puede plantear dudas acerca de la operatividad de mecanismos que tradicionalmente se han venido reconociendo como propios y típicos de la contratación pública: así, la penalización de la retirada de una oferta mediante la incautación de la garantía provisional, o la incautación o pérdida de la garantía en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista, son automatismos que la legislación actualmente vigente no contempla, o al menos no en la forma en la que se construyó doctrinalmente la figura de las garantías en la contratación.

La garantía provisional (que responde de la seriedad de las ofertas), y su distinción de la garantía definitiva (que responde del correcto cumplimiento de los contratos), es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico ya desde la Ley 198/1963, de 28 de diciembre de Bases de Contratos del Estado¹ – base XVII –, y así se ha mantenido hasta el actualmente vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

En efecto, en la antigua doctrina del Consejo de Estado, en cuyo seno se esbozó la primera ley de contratos públicos en España, la garantía provisional y la definitiva respondían a una distinción conceptual que hoy ha variado. Así, mientras la garantía provisional operaba como unas arras penitenciales (Artículo 1.454 Código Civil), la garantía definitiva tenía por fin asegurar el buen cumplimiento del contrato, respaldándolo como una cláusula penal (1.152 a 1.155 del Código Civil).

Sin embargo, la esencia de tales figuras y su régimen jurídico ha variado en los últimos años. La obligatoria

constitución de garantía provisional en todos los procesos competitivos en los que la adjudicación se articulara mediante subasta o concurso², contenida en la Ley 13/1995, de 18 de mayo³ de Contratos de las Administraciones Públicas, se ha ido atemperando, de tal modo que la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la 13/1995, limitó tal exigencia y redujo su carácter obligatorio a aquellos contratos cuya cuantía excediera de las señaladas por la norma, las cuales coincidían a su vez con los límites cuantitativos para la publicación en el DOCE.

Este criterio, mantenido en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), se volvió a flexibilizar en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en tanto que la misma excluyó el carácter obligatorio de la garantía provisional en todos los contratos, tanto con Administraciones Públicas (Artículo 91 LCSP) como con cualquier otra entidad del Sector Público (Artículo 92 LCSP), consagrando su carácter potestativo para el órgano de contratación. Así las cosas, la previsión de

¹ Así lo recogió expresamente el Artículo 112 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y el Artículo 346 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975; y posteriormente los Artículos 36 y siguientes de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP).

² Esta obligación podía excepcionarse por los órganos de contratación, mediante dispensa en el pliego de cláusulas particulares y respecto de procesos de adjudicación dirigidos a empresas clasificadas.

³ En los procedimientos negociados, la exigencia de constituir o no una garantía provisional quedaba supeditada a lo que el órgano determinara en el correspondiente pliego.

la exigencia o no de la garantía provisional corresponde al órgano de contratación mediante el diseño de los pliegos.

Este criterio se mantiene en el Artículo 103.1 TRLCSP cuando establece que *“En atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la constitución de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del mismo. Para el licitador que resulte adjudicatario provisional, la garantía responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del Artículo 151.2”* (antes 134.5 LCSP).

El principio tradicional conforme al cual se exigía la constitución obligatoria de la garantía provisional resulta superado por la regla de la no exigencia, que no obstante puede excepcionarse considerando *“las circunstancias concurrentes en cada contrato”*.

Por lo que hace a la **garantía definitiva**, ésta ha sido también objeto de una evolución caracterizada por la atemperación de su exigencia y el alejamiento de su configuración originaria.

El TRLCAP establecía (Artículo 36.1) que los adjudicatarios de los contratos administrativos estaban obligados a constituir una garantía definitiva del 4% del importe de adjudicación, mientras que el Artículo 113.4 TRLCAP disponía que *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

Frente a este criterio, el Artículo 83.1 de la LCSP estableció originalmente que *“Los que resulten adjudicatarios provisionales de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por ciento del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. (...)”*

No obstante, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía, justificándolo adecuadamente en los pliegos, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y

recepción deba efectuarse antes del pago del precio. Esta exención no será posible en el caso de contratos de obras y de concesión de obras públicas”.

El Artículo 208.4 LCSP preveía, para los supuestos de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, que *“la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”*.

Estos preceptos – 83 y 208 – fueron modificados por el Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril y por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, respectivamente, si bien se mantuvo, en esencia, su redacción⁴.

Finalmente, el TRLCSP ha mantenido el mismo criterio establecido por la LCSP tanto en materia de garantías definitivas (que ahora regula el Artículo 95 TRLCSP – y se corresponde con el Artículo 83 LCSP –) como en relación con las consecuencias de la extinción de los contratos por incumplimiento culpable del contratista (Artículo 225.3 TRLCSP – que se corresponde con el Artículo 208.3 LCSP –), es decir:

- la constitución de la garantía definitiva del 5% del importe de adjudicación por quien presente la oferta económicamente más ventajosa, como regla general, y
- a obligación de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en caso de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

Empero, la previsión expresa en el apartado 3 del Artículo 225 TRLCSP de que *“la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”* o lo que es lo mismo, la desaparición, de una referencia expresa a la **incautación automática** de la fianza, ¿a qué responde?

Podría entenderse que ha desaparecido el carácter de cláusula penal inherente a la funcionalidad de la garantía definitiva, de tal modo que, superada tal configuración, carece de sentido mantener la previsión legal de su incautación automática.

⁴ El 208.4 LCSP fue después el 208.3 LCSP.

Ahora bien, que el TRLCSP no prevea la incautación *automática* de la garantía definitiva como un efecto asociado *ex re* a la resolución contractual por incumplimiento del contratista no significa que ésta no pueda tener lugar. Lo que resulta del Artículo 208.3 LCSP – ahora 225.3 TRLCSP – y que, en definitiva, queda como regulación jurídica actual es que **la incautación de la garantía no será automática** (como era antes) **en caso de incumplimiento culpable** del contratista sino que sólo podrá ser incautada automáticamente cuando o bien así **lo prevea el correspondiente pliego o bien lo señale expresamente la Ley**.

En este último caso podemos ver los supuestos de los Artículos 225.4 TRLCSP in fine (pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando hubiere sido calificado como culpable), 271 TRLCSP (incautación de la

fianza y obligación “*además*”, dice, de indemnizar en lo que exceda de la misma caso de que la concesión de obra pública se resuelva por causa imputable al concesionario) y 310.3 TRLCSP (incautación de la garantía en el contrato de servicios consistente en la redacción de un proyecto de obra que resulte viciado, debiendo además indemnizar un 25 % del contrato).

En efecto, como ha señalado el Consejo de Estado⁵, pese a que el Artículo 208.3 LCSP – 208.3 en la versión original de la LCSP y 225.3 TRLCS – haya suprimido de su texto la incautación de la fianza, el Artículo 88.c de la misma LCSP – ahora Artículo 100.c TRLCSP –, relativo a las responsabilidades a que están afectas las garantías, dispone que la garantía responderá “*de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido*”.

⁵ Dictamen 652/2012, de 28 de junio de 2012, en el que se citan los dictámenes 418/2012 y 519/2012.

El rescate como modo anormal de extinción de las concesiones

La figura del rescate, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico y sin embargo apenas desarrollado en su seno, es una forma de extinción anormal de ciertos negocios jurídicos bilaterales que recaen sobre bienes o servicios de titularidad pública. En efecto, la regulación actualmente vigente en la materia, parca y fragmentaria, concibe el rescate como un modo de terminación anticipada de las concesiones de dominio público, pero también de los contratos de concesión de obra pública y de gestión de los servicios públicos. La existencia de elementos comunes a ambos tipos de concesiones, contractuales stricto sensu y demaniales, y el hallazgo de ciertas notas afines en la regulación de la resolución de unas y otras, permite esbozar las características definitorias del rescate como decisión unilateral de resolución acordada por la Administración Pública competente.

Los pilares del moderno Derecho Público y en especial, del Derecho administrativo, se asientan en las construcciones doctrinales continentales posteriores a la Revolución Francesa, donde los conceptos de dominio público, obra pública y servicio público, se encontraban íntimamente unidos. Esta profunda conexión originaria se proyecta aún hoy sobre algunos aspectos de la dogmática *ius* administrativista, como acontece, por ejemplo y a estos efectos, respecto de la figura del rescate como forma de extinción anormal de aquellos **negocios jurídicos** en los que se da entrada a un particular al disfrute, la explotación o la gestión, del dominio público, la obra pública o el servicio público.

Podría decirse así, desde una perspectiva general y alejada del derecho positivo, que el rescate se configura como un instrumento al servicio de la Administración Pública para recuperar algo que le corresponde o pertenece y que sin embargo se ha dejado en manos de un tercero.

El Artículo 100 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece que las **concesiones y autorizaciones demaniales se extinguirán por las siguientes causas:** **d) Rescate de la concesión, previa indemnización, o revocación unilateral de la autorización.**

En este sentido, las normas reguladoras de los distintos bienes demaniales contemplan el rescate como una forma de terminación anormal del derecho de uso privativo del bien de dominio público. Así por ejemplo, la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, establece en su Artículo 78.1.i como una de las

causas de **extinción del derecho de ocupación del dominio público marítimo-terrestre el rescate**. El Artículo 89 de la misma norma regula dispone que la valoración de los rescates se atenderá a las siguientes reglas:

- a. Se **indemnizará** por el **valor de las obras no amortizadas**, incluidas en el acta de reconocimiento de la concesión, suponiendo una amortización lineal para el período de duración de aquella, actualizando los precios del proyecto, incluso honorarios del mismo y dirección de obras, con arreglo a las normas oficiales y considerando el estado de las obras.
- b. Se **indemnizará** también por la **pérdida de beneficios** en el ejercicio económico o año en curso, en el que se realiza el rescate, debidamente justificada con las declaraciones presentadas a efectos fiscales.
- c. En cualquier caso, no se tendrán en cuenta las obras e instalaciones realizadas por el concesionario sin previa autorización, que pasarán al dominio público sin derecho a indemnización.

El texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, reconoce el rescate como una de las **formas de extinción de las concesiones de dominio público portuario** en su Artículo 96.h). El Artículo 99 regula tanto el procedimiento de **rescate** como su valoración y dispone que aquél tendrá lugar siempre previa declaración de su necesidad por razones de interés general o por

el interés portuario de las obras o de los servicios, y el acuerdo de la necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados por aquéllos, así como previa la oportuna indemnización. A este fin se prevé la posibilidad de acuerdo entre la Autoridad Portuaria y el concesionario – Artículo 99.4 – y en su defecto, la aplicación de los siguientes criterios:

- a. El **valor de las obras e instalaciones rescatadas** que hayan sido realizadas por el concesionario y estén establecidas en el título concesional, calculado de acuerdo con los criterios establecidos a estos efectos en la letra c) del Artículo 175 de dicha Ley.
- b. La **pérdida de beneficios imputables al rescate total o parcial de la concesión** durante el período de concesión restante, con un máximo de tres anualidades. Para ello se computará el beneficio medio anual de las actividades ordinarias realizadas en la concesión en los cuatro ejercicios anteriores, o en los dos últimos ejercicios si es más favorable para el concesionario.

En materia de contratos, la regulación del rescate se encuentra contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

El Artículo 221 del TRLCSP se refiere a la extinción de los contratos en general, lo que acontece, como es sabido, por cumplimiento o resolución. El Artículo 223 de la misma norma, relativo a las **causas de resolución**, no contempla entre ellas el rescate. Al contrario, la figura del rescate sólo se recoge en el TRLCSP como forma específica de resolución de dos tipos de contratos: el contrato de concesión de obras públicas – en el Artículo 269 – y el contrato de gestión de los servicios públicos – en el Artículo 286 -.

Respecto del **contrato de concesión de obras públicas**, el Artículo 269.g) dispone es causa de resolución del mismo el **rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación**. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular; rescate que origina siempre la resolución del contrato ex Artículo 270.2 TRLCSP.

El Artículo 271 establece, en sus apartados 1 y 4, los efectos de la resolución, señalando que en los supuestos de resolución la Administración abonará

al concesionario el **importe de las inversiones realizadas** por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En el caso de rescate, además, la Administración concedente **indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen**. Para determinar la cuantía de la indemnización **se tendrán en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir**, atendiendo a los resultados de explotación en el último quinquenio cuando resulte posible, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla, considerando su grado de amortización.

Por su parte, el Artículo 286.b) TRLCSP configura el **rescate** como una de las **causas de resolución del contrato de gestión de los servicios públicos** a la que podrá acudir la Administración cuando concurren razones **de interés público y para gestionarlo directamente** – Artículo 287.2 TRLCSP -.

Los efectos de la resolución los contempla el Artículo 288, conforme al cual la Administración abonará, en todo caso, al contratista el **precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla**, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. la Administración **indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir**, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización (apartado 4).

Así las cosas, pueden extraerse de lo expuesto las siguientes notas características del rescate:

- Es una **forma de terminación** de ciertos contratos y concesiones demaniales.
- Es una forma de terminación **anormal**, frente a la forma normal de extinción de los contratos, que es su cumplimiento, y de las concesiones, que es el transcurso del plazo.

- En una **forma de terminación anticipada**, pues pone fin a la relación contractual o concesional antes de llegarse al plazo o fecha prevista para su finalización.
- **No tiene carácter sancionador**, pues no penaliza ningún incumplimiento del contratista o concesionario.
- Su **fundamento último** es la **protección del interés público** que preside la actuación administrativa que determinó el otorgamiento de la concesión o el contrato, de modo que sólo el interés público puede legitimar el rescate
- La protección y satisfacción de este interés público corresponde a la **Administración Pública** y la articula mediante la **potestad de rescatar**.
- La potestad de rescatar es **una potestad funcional y discrecional**, en tanto que solo exige constatar – y justificar – el concurso de un interés público cuya satisfacción exige extinguir la concesión o el contrato.
- El rescate produce un **efecto de privación en la persona física o jurídica concesionaria o contratista**, es decir, comporta la **privación de un derecho previamente reconocido**, ya sea:
 - a. A gestionar un servicio.
 - b. A explotar una obra.
 - c. A utilizar un bien de dominio público.
- Esta **privación es coactiva** en tanto que impuesta al contratista o concesionario, no obstante la obligación de audiencia al mismo y la necesidad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente en caso de que se formule oposición del contratista o concesionario.
- Esta forma anticipada de extinción de la relación concesional exige el **abono al concesionario o contratista de la oportuna indemnización**, que se determinará conforme dispone la normativa reguladora del negocio jurídico de que se trate, si bien en todo caso deberá incluir:
 - a. El valor de las obras
 - b. La pérdida de beneficios imputables al rescate.

Todo ello siempre dentro del oportuno procedimiento de rescate, cuya regulación es tan escasa que solo puede encontrarse algunas referencias al *iter* procedimental de esta forma de resolución en el Artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, las leyes reguladoras de cada uno de los bienes demaniales, y la regulación general del procedimiento administrativo contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

— N.º 36. Diciembre del 2012 —

Transportes terrestres: reforma normativa y extinción de las concesiones vigentes

La nueva regulación de los transportes terrestres en el marco del Derecho comunitario tiene, como de costumbre, su eco en nuestra legislación interna, sobre la que se proyecta e incide hasta el punto de hacer precisa una verdadera reforma global de la regulación existente en la materia. En efecto, se encuentra ahora en tramitación un proyecto de ley que plantea una “revisión completa” – como reza su exposición de motivos – de la regulación española de los transportes por carretera, presidida por nuevas exigencias para el ejercicio de la profesión de transportista, el establecimiento de normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera y de servicios de autocares y autobuses, el reforzamiento del carácter contractual de la relación entre el gestor del servicio de transporte regular de viajeros y la Administración titular y la consagración de los principios de libertad de contratación y explotación de las restantes actividades de transporte.

El régimen jurídico de los transportes terrestres en España se contiene en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante LOTT), norma cuya reforma está actualmente en tramitación – el proyecto de ley fue aprobado por el Consejo de Ministros el 7 de diciembre de 2012 y publicado en el BOCG el 21 de diciembre de 2012.

El proyecto responde a la necesidad de adecuar la legislación española a las exigencias del Derecho comunitario, en concreto, las derivadas del Reglamento (CE) 1071/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009¹, los Reglamentos (CE) 1072/2009² y 1073/2009³, del Parlamento Europeo y del Consejo, ambos de 21 de octubre de 2009, en materia de transporte internacional de mercancías y sobre todo – a los efectos que nos ocupan – el Reglamento (CE) 1370/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre

de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera.

En este sentido, reconoce la exposición de motivos del texto proyectado que se introduce una **“modificación especialmente significativa en relación con determinadas formas de transporte. Así, se adapta el régimen de gestión de los transportes públicos regulares de viajeros de uso general por carretera y ferrocarril a las reglas contenidas en el Reglamento (CE) 1370/2007, del (...)”**

La finalidad de la reforma es **modernizar el sector** eliminando cargas administrativas y restricciones mercantiles y de **mejorar la oferta de transporte y la calidad y competitividad** de los servicios.

A tal fin, el proyecto refuerza la publicidad del Registro de Empresas y Actividades de Transportes y su coordinación con el Registro Mercantil, armoniza

¹ Reglamento (CE) 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera, en relación con el cumplimiento de los requisitos de establecimiento, competencia profesional, capacidad financiera y honorabilidad de las empresas.

² Reglamento (CE) 1072/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera y al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses, así como a las que, en su caso, resulten de aplicación de los convenios internacionales suscritos por España.

³ Reglamento (CE) 1073/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, también de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses.

su contenido con la regulación del transporte ferroviario prevista en la Ley del Sector Ferroviario, la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías y con la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios; y flexibiliza el régimen de autorizaciones administrativas, eliminando requisitos y reconociendo la eficacia de una misma autorización tanto para la realización del transporte como para su subcontratación.

De entre estas novedades destaca la reforma proyectada en materia de transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general, que conforme al Artículo 69.1 de la LOTT tienen el carácter de **servicios públicos de titularidad de la Administración**. Su gestión se rige por la LOTT, y en lo no previsto en ésta y en sus disposiciones de desarrollo, por las normas generales reguladoras de la contratación administrativa.

Para la prestación de tales servicios, los Artículos 70 y 71 LOTT exigen la previa resolución administrativa sobre el establecimiento o creación del servicio – acompañada del correspondiente proyecto de prestación – y la autorización de la prestación mediante **concesión administrativa** – aunque excepcionalmente la Administración podrá decidir su explotación a través de cualquiera de los restantes procedimientos de gestión de servicios públicos previstos en la legislación de contratos⁴.

El actual mapa concesional en España trae causa de los preceptos citados, y del **procedimiento de convalidación y sustitución de concesiones** regulado en la disposición transitoria segunda de la LOTT, que permitió a los titulares de concesiones de servicios regulares de transportes de viajeros, optar entre:

a. Mantener sus concesiones vigentes, en cuyo caso a medida que se fueran cumpliendo veinticinco años desde la fecha en que fueron otorgadas las mismas, la Administración debía proceder a su rescate según la legislación vigente cuando fueron otorgadas (y sin que dichos concesionarios tengan ningún tipo de preferencias en el procedimiento que en su caso se lleve a cabo para seleccionar un nuevo prestatario).

b. Sustituir sus concesiones por las reguladas en la LOTT de acuerdo con lo previsto en el punto 3 de dicha disposición transitoria.

Muchas de tales concesiones se han prorrogado con objeto de incorporar sus tráficos a concesiones con vencimiento posterior, de tal modo que actualmente existen múltiples concesiones a punto de vencer en todo el territorio nacional. Así por ejemplo, en el ámbito de los servicios públicos de transporte regular permanente de uso general de viajeros por carretera de titularidad de la Junta de Andalucía, el 100% de las concesiones habrán vencido en el periodo 2008-2019. Concretamente en 2013 vencen 76 concesiones con una recaudación de casi 50 millones de euros.

En tal circunstancia se plantea ahora el proceso de otorgamiento de nuevas concesiones que sin embargo se enfrenta con la **nueva regulación** que de esta materia contiene el anteproyecto de ley de modificación de la LOTT, que armoniza las reglas específicas propias de dicho régimen con la legislación general sobre contratos del sector público, reforzando el carácter contractual de la relación entre el gestor del servicio y la Administración titular de éste.

En efecto, el Artículo único apartados treinta y cinco y siguientes del anteproyecto, modifican los Artículos 71 y siguientes de la LOTT estableciendo un **nuevo régimen jurídico de los transportes públicos regulares de viajeros de uso general**, caracterizado por las siguientes notas:

- Los transportes públicos referidos conservan su carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración.
- La prestación del servicio se llevará a cabo:
 - Como regla general por la empresa adjudicataria del correspondiente **contrato de gestión**.
 - Excepcionalmente la Administración puede optar por la gestión directa cuando estime que resulta más adecuado al interés general en función de la naturaleza y características del servicio.

⁴ Aunque Artículo 71.2 dispone que procederá la gestión pública directa de un servicio sin la realización del correspondiente concurso, cuando la gestión indirecta resulte inadecuada al carácter o naturaleza del mismo, sea incapaz de satisfacer los objetivos económicos o sociales que se pretenda conseguir, o venga reclamada por motivos de interés público concreto o de carácter económico social.

- El contrato se registrará por la LOTT y “**la reglamentación de la Unión Europea acerca de los servicios públicos de transporte de viajeros por carretera**”, las normas reglamentarias dictadas para la ejecución y desarrollo de tales disposiciones, y las reglas establecidas en la legislación general sobre contratación del sector público que resulten de aplicación a los contratos de gestión de servicios públicos.
- Los contratos de gestión de los servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general se adjudicarán con **carácter exclusivo**, no pudiendo otorgarse otros que cubran tráficos coincidentes, salvo supuestos excepcionales reglamentariamente previstos.
- El contrato de gestión de cada servicio determinará su plazo de duración que en todo caso, no podrá ser superior a diez años, pudiendo prorrogarse durante un plazo no superior a la mitad del periodo originalmente establecido.
- La adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general se registrará, conforme a la redacción dada a los Artículos 73 a 75 de la LOTT por el anteproyecto, por las siguientes reglas:
 - El **procedimiento de adjudicación** será el **abierto** en el que todo empresario podrá presentar una proposición.
 - La Administración podrá optar por la **adjudicación directa** del contrato cuando su valor anual medio, calculado conforme a lo que reglamentariamente se determine, se haya estimado en menos de 100.000 euros anuales.
 - En la adjudicación del contrato únicamente podrán tenerse en cuenta variantes o mejoras ofrecidas por los licitadores cuando
 - tal posibilidad se hubiese previsto expresamente en el pliego
 - mediante la introducción de criterios relacionados, en todo caso, con el régimen económico, la seguridad, la eficacia o la calidad del servicio objeto del contrato,
 - teniendo en cuenta los factores sociales y ambientales, así como la promoción del transporte colectivo y la mejor integración con la red de servicios públicos de transporte de viajeros que vertebran el territorio.
- El adjudicatario del contrato deberá ser, en todo caso, **titular de la autorización de transporte público de viajeros** regulada en el Artículo 42
- Cuando el objeto de un nuevo contrato sea la gestión de un servicio que ya se venía prestando con anterioridad, se adjudicará al anterior contratista siempre que éste hubiese cumplido satisfactoriamente el anterior contrato y que la valoración atribuida a su oferta sea la misma que la mejor del resto de las presentadas (Artículo 74.3).
- El contrato sólo podrá **modificarse** cuando así se haya previsto en el pliego y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse, si bien se prevé la posibilidad de que la **Administración contratante**, previa audiencia del contratista, **modifique el contrato** a efectos de adecuar la prestación del servicio a los **cambios sobrevenidos en las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su adjudicación** en relación con la demanda potencial de los servicios o la necesidad de cubrir nuevos tráficos surgidos en las inmediaciones del servicio que no se encuentren atendidos a través de otros contratos o que hayan dejado de estarlo por la extinción del servicio que los venía atendiendo, **de conformidad con lo que reglamentariamente se determine**.
- En los casos de adjudicación de un nuevo contrato para la gestión de un servicio preexistente, el pliego de condiciones podrá imponer al **nuevo adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador** en la relación laboral con el personal empleado por el anterior contratista en dicha prestación, aunque el nuevo contratista no responderá de los derechos salariales devengados con anterioridad a la asunción efectiva de los servicios, ni de las deudas a la Seguridad Social, fiscales o cualesquiera otras que hubiere contraído el empresario anterior.
- Cuando existan razones objetivas de interés general que lo justifiquen, y no resulte viable o procedente el establecimiento de un nuevo servicio con independencia de los anteriormente existentes, la Administración **podrá acordar la concentración en un solo contrato de todos los derechos y obligaciones dimanantes de**

diferentes contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general preexistentes, de tal manera que los servicios contemplados en éstos se presten desde ese momento de forma unificada. La inclusión de un contrato en una concentración de tales características sólo será posible a partir de que hayan transcurrido tres años de su plazo de vigencia y dejará de serlo cuando falten menos de dos para su finalización. En estos casos de concentración, la Administración podrá realizar las **modificaciones en las condiciones de explotación** que resulten necesarias para una más adecuada prestación de los servicios de forma unificada.

- Se regulan pormenorizadamente las causas de resolución de los contratos y sus consecuencias, la indemnización de los daños y perjuicios a favor de la Administración o del contratista en función de la causa determinante de la extinción del contrato y se prevé, para los supuestos de **interrupción de un servicio público de transporte regular de viajeros de uso general o de riesgo inminente** de que dicha interrupción se produzca, la Administración podrá adoptar una **medida de emergencia** en forma de **adjudicación directa** o de acuerdo formal de **prórroga** de un contrato de gestión de servicio público o de exigencia de prestar determinadas obligaciones de servicio público.

— N.º 37. Enero del 2013 —

Novedades contractuales en materia de exportación de material de defensa: la Ley 12/2012 de 26 de diciembre

El fundamento de la nueva norma

Camuflada en el seno de una regulación legal completamente ajena al fondo de la materia que nos ocupa, la nueva Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios dedica prácticamente la mitad de su contenido (Título II, Artículos 6 a 15) a impulsar un nuevo mecanismo de apoyo a la exportación que ha de unirse a los ya existentes en el ordenamiento jurídico español.

En abierta contradicción con la obligación de técnica normativa que exige que las normas —especialmente las leyes— describan sintéticamente en su denominación la esencia de su contenido, no contiene en su título alusión alguna a lo que —en su seno— termina siendo una relevante muestra de cómo el impulso de la exportación de tan sensible material requiere la efectiva colaboración de instituciones jurídicas del derecho público y privado.

Reproduciendo íntegramente el contenido del Real Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (que lógicamente se elimina en la disposición derogatoria de la Ley 12/2012) la Ley se funda en la actual inexistencia de mecanismos que permitan una participación más activa del Ministerio de Defensa en la gestión de programas destinados a la exportación, lo que ha supuesto —y así lo reconoce expresamente la Exposición de Motivos— una desventaja competitiva para nuestra industria, la cual se ha visto obligada a competir internacionalmente en desigualdad de condiciones frente a ofertas procedentes de países extranjeros que gozaban de un respaldo más eficaz por sus Gobiernos de origen.

La motivación de la norma se encuentra en el paradójico hecho de que, frente a la contracción del gasto español en sector industrial de la defensa, existe un sensible aumento de la demanda internacional de material de defensa y una creciente competencia

internacional en los procesos de adjudicación de grandes programas por diversas potencias. Se une a ello —extremo que viene a motivar la singularidad de los mecanismos que luego se verán— la existencia de un interés declarado y actual por parte de otros países en que sea el Gobierno español su único interlocutor en procesos de adquisición de material de defensa de gran envergadura y que no admiten demora.

Muy expresivamente lo dijo el Ministro De Guindos en la presentación parlamentaria del Real Decreto Ley a su convalidación por el Congreso: “...*pocos los Gobiernos que no solicitan que sus adquisiciones vayan acompañadas de algún tipo de respaldo por parte de los ministerios de Defensa de los países cuyas empresas suministran dicho material. Es más, muchos de los potenciales clientes solamente cierran acuerdos con el Gobierno del país de origen, depositando en éste la realización de las actividades de gestión de los programas en todas sus fases hasta la entrega del material ...*”

No resulta difícil comprender tales exigencias teniendo en cuenta algo que ya subrayó con intensidad la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (con la que la nueva norma se une y complementa): en los contratos relativos a la defensa y la seguridad cobra especial relevancia la seguridad en la información que se transmite a los licitadores y la garantía en la continuidad de los suministros. Quién mejor que el Gobierno de cada país para garantizar externamente esas cuestiones.

Nuevos mecanismos públicos y privados de fomento: las relaciones horizontal y vertical en la exportación de material de defensa.

Resulta tradicional en el derecho comparado el empleo de instituciones similares a las que ahora —adaptándose al ordenamiento español y sin olvidar el obligado engarce con el derecho de la Unión

Europea- se vienen a poner en conjunción mediante esta norma legal.

La nueva gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación exige dotar al Ministerio de Defensa de instrumentos eficaces, flexibles y adaptables a las necesidades de la demanda internacional para cada caso. Pero no siendo dicho Departamento sino la personificación funcional en estos procedimientos de la Administración General del Estado –única con personalidad jurídica- debe evitarse que actuaciones derivadas de estas contrataciones impliquen en último término la responsabilidad patrimonial del Estado (hacia la que, residualmente y por defecto, conduciría una actuación del género de la aquí prevista si no hubiera sido legalmente exceptuada o matizada como lo es).

La puesta en marcha de este novedoso mecanismo de exportación no puede suponer un riesgo para las arcas públicas, lo que exige introducir una regulación legal que, fomentando la medida en lo que tiene de positivo, neutralice la exposición al riesgo que podría producirse como imprevisto factor negativo. De esta ponderación de factores nace una singular regulación sobre la que conviene llamar la atención.

Serán dos las relaciones jurídicas que sustenten la medida de fomento: de un lado, una relación horizontal de Gobierno a Gobierno (entre el Gobierno solicitante y el Gobierno español); de otro, una relación vertical entre el Gobierno español (representado por el Ministerio de Defensa) y una o más empresas suministradoras internas.

En la institucionalización legal de la forma de coordinar ambas actuaciones se encuentra la auténtica clave de la reforma. De forma estable y pública –nada menos que mediante su conversión en una norma con rango de ley- se articula una **relación horizontal** que se asienta sobre la celebración de un contrato entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero. La previsión de este tipo de contratos ya existía en el Artículo 7.1.g de la antes citada Ley 24/2011, de 1 de agosto: precisamente para considerarlos negocios excluidos de su ámbito de aplicación. Ya lo estaban igualmente por el Artículo 4.1.f de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobada mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

Dicho contrato supone que el Gobierno extranjero solicita al Gobierno de España que realice todas las actividades de gestión precisas para que un determinado material o tecnología le sean transmitidos por un contratista español.

Estamos ante un negocio jurídico de mandato (que curiosamente solo se menciona expresamente como tal en la Exposición de Motivos, no en el texto articulado) en cuya virtud resulta que el bien suministrado o el servicio contratado no se integra en el patrimonio de las Administraciones Públicas, no se modifica la normativa vigente en materia de control del comercio exterior de material de defensa y permite, finalmente, transmitir de manera directa entre los contratistas y el Gobierno extranjero las responsabilidades y riesgos derivados de los contratos.

La **relación vertical**, por su parte, se desarrolla mediante las actividades que – producto del encargo- realizará el Ministerio de Defensa en el tráfico jurídico interno aplicando los mecanismos vigentes de contratación administrativa del sector público, el régimen de control de la gestión económico-financiera y el régimen sancionador previsto en la normativa presupuestaria.

Actuaciones que puede realizar el Ministerio de Defensa

El Artículo 8.1 de la Ley 12/2012 enumera las actuaciones que puede llevar a cabo el Ministerio de Defensa:

- a. Contratar, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 11.1 de la Ley, en nombre y representación de un Gobierno extranjero el suministro del material de defensa que se solicite por éste, así como supervisar la ejecución y el cumplimiento del contrato y recibir el objeto de suministro.
- b. Supervisar el cumplimiento en tiempo y forma de otros contratos de suministro de material de defensa celebrados entre Gobiernos extranjeros y una empresa con domicilio en territorio español.
- c. Planear y administrar programas de obtención de material de defensa en favor de Gobiernos extranjeros.
- d. Transmitir el conocimiento operativo y tecnológico sobre material de defensa a Gobiernos extranjeros, así como contratar su transmisión.
- e. Prestar servicios de adiestramiento técnico y operativo u otros servicios necesarios para la ejecución de un programa de material de defensa y contratar su prestación.
- f. Llevar a cabo actividades de aseguramiento de la calidad.

- g. Cualesquiera otras actividades complementarias a las anteriores o necesarias para el buen fin de las mismas.

Ninguna de estas actividades podrá suponer un coste o un beneficio económico para el Ministerio de Defensa (Artículo 8.2) que actúa, no se olvide una vez más, para propiciar la exportación de material de defensa, no para convertirse él en exportador.

La condición de exportador del contratista interno se recuerda expresamente para ello en el Artículo 10 de la Ley, lo que supone el engarce con la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso.

Las garantías del sistema

El aseguramiento de las especiales responsabilidades que pueden derivarse de una actuación del género de la aquí contemplada viene de la mano de una exclusión legal y del surgimiento de un mecanismo específico de garantía.

La exclusión es la contenida en el Artículo 9. Y resulta muy clara: en ningún caso el material de defensa, cuyo suministro fuere contratado por el Ministerio de Defensa y al que hace referencia el Artículo 8.1 pasará a formar parte del patrimonio de las Administraciones Públicas.

El mecanismo específico de garantía lo detalla el Artículo 11, previendo garantías contractuales, financieras, imposición de penalidades y supuestos de responsabilidad específicos. Veámoslos por su orden.

A) Garantías contractuales y cuenta de situación de fondos.

Como recuerda el Artículo 11.1 de la Ley, sin perjuicio de lo que se establezca en el contrato suscrito entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, y en todo lo no previsto en esta Ley 12/2012, la celebración de contratos para la ejecución de las actuaciones previstas en el Artículo 8.1 se regirá por la normativa vigente en materia de contratos del sector público.

La obligada realización de un expediente de contratación exige expresamente el documento que acredite la disponibilidad de los fondos necesarios para la adquisición de un compromiso de gasto, emitido por la entidad de crédito en que esté situada la cuenta de situación de fondos prevista en el Artículo 12 de la Ley. Aparece aquí

otra de las innovaciones relevantes de la norma, porque para la realización de estas actividades el Ministerio de Defensa podrá –siempre que actúe por cuenta de un Gobierno extranjero, en virtud de un contrato celebrado entre éste y el Gobierno de España - administrar cuentas de situación de fondos abiertas por aquél en entidades de crédito con domicilio en territorio español, así como contratar su apertura (estando únicamente habilitado para extraer y retener fondos).

Para la apertura de la citada cuenta de situación de fondos por el Ministerio de Defensa, el expediente de contratación deberá ajustarse a lo dispuesto en la normativa sobre contratos del sector público, mediante procedimiento negociado con un mínimo de tres ofertas y sin necesidad de exigir prestación de garantía definitiva (y respecto a la cual se contienen otros detalles más internos sobre acceso, disposición, funcionamiento y dación de cuentas de su actividad). Los contratos contendrán necesariamente una cláusula de exclusión de la facultad de compensación con otros fondos depositados por el Gobierno extranjero en la misma entidad de crédito.

B) Garantías financieras.

Por su parte, las garantías financieras a prestar en los contratos celebrados con el Ministerio de Defensa, serán depositadas en la misma entidad de crédito en la que se hubiere abierto una de las antes referidas cuentas de situación de fondos, siendo su gestión responsabilidad del mismo Departamento.

En caso de que la garantía se preste mediante aval, éste deberá constituirse con carácter solidario y con renuncia al beneficio de excusión. Si la garantía se constituye mediante contrato de seguro de caución, serán de aplicación las siguientes normas: el Gobierno extranjero deberá tener la condición de asegurado; en caso de incumplimiento del tomador del seguro, la indemnización que se derive del contrato de seguro de caución deberá ser ingresada en la cuenta de situación de fondos y, finalmente, el contrato deberá celebrarse con entidades aseguradoras habilitadas para operar en España en el ramo de seguro de caución.

C) Imposición de penalidades.

La imposición de penalidades al contratista en caso de demora, se hará efectiva mediante la deducción de las cantidades que, en concepto de

pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiere constituido, cuando no puedan deducirse de las retenciones practicadas sobre la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

Otras incidencias posibles contempla la norma: en caso de que el Ministerio de Defensa, actuando en virtud de la representación asumida, demorase el abono del precio por realización total o parcial de un contrato, los intereses por tal demora y la indemnización por costes de cobro se ejecutarán contra la indicada cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero (centro de imputación de responsabilidades en evitación de otras derivaciones de responsabilidad patrimonial).

En caso de suspensión del contrato a instancia del Gobierno extranjero, se prevé el abono al contratista de los daños y perjuicios efectivamente sufridos, también con cargo a la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

En caso de extinción del contrato por cumplimiento, y si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro con cargo a la cuenta en cuestión.

Y un específico supuesto que igualmente puede concurrir: el de resolución del contrato por la causa

prevista en el Artículo 223.g) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (imposibilidad de realizar la prestación o grave lesión para el interés público), en cuyo caso los intereses de demora e indemnizaciones que correspondan también se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

D) Responsabilidades.

Finalmente, en los casos en los que, conforme al ordenamiento jurídico español, en el ejercicio de las actuaciones señaladas en el Artículo 8.1, el Ministerio de Defensa fuese responsable de daños y perjuicios ocasionados por el contratista a terceros como consecuencia inmediata y directa de una orden dada o como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por aquel mismo para el suministro de fabricación, las indemnizaciones por daños y perjuicios se ejecutarán contra la cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero.

Late en el fondo de esta última disposición el eco de la vieja fórmula española de exclusión del principio del riesgo en ventura en la contratación pública contenida últimamente en el Artículo 214.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, lo que demuestra que las innovaciones, por relevantes que puedan ser, terminan contemplándose siempre en los grandes principios jurídicos.

— N.º 38. Marzo del 2013 —

El desistimiento unilateral de la Administración en los contratos públicos

Las consecuencias que para el contratista y la Administración tiene la resolución de un contrato son muy diversas en función de la causa determinante de la extinción y de a qué parte resulte ésta imputable. La actual coyuntura económica de restricciones presupuestarias en el sector público y dificultades financieras en el sector privado alumbra cada vez más situaciones en las que en la extinción de los contratos coexisten diversas causas de resolución o se acude a causas previstas para supuestos de hecho diversos de aquellos a los que se pretende reconducir la resolución del contrato. Una correcta aplicación de ciertas reglas – y la aplicación de una causa de resolución en lugar de otra – puede provocar consecuencias económicas favorables para el contratista, con incidencia directa en su situación financiera.

En la situación de contracción económica actual comienza a hacerse menos excepcional la aparición de situaciones en las que la Administración se ve abocada a la resolución de contratos vigentes a consecuencia de la imposibilidad financiera de continuarlos.

En tal circunstancia no debe perderse de vista que, de la misma manera que la insolvencia o incapacidad financiera del contratista no le exonera de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que la incidencia de tal circunstancia proyecta sobre un contrato vigente y por ende sobre la otra parte en el contrato, tampoco la Administración puede extinguir una relación contractual por una causa que le es imputable sin indemnizar oportunamente al contratista.

A este respecto es interesante tomar en consideración dos premisas:

1. Para la resolución de un contrato por parte de la Administración es preciso el **concurso de alguna de las causas** previstas en la legislación de contratos del sector público o en el clausulado del contrato.
2. Ante una eventual concurrencia de causas de resolución debe atenderse siempre a la **primera en el tiempo**.

3. El **desistimiento de la Administración** no tiene encaje en la “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos,” sino que se configura como una **causa distinta con consecuencias diversas**.

Estas premisas son de vital importancia en tanto que, en una situación económica desfavorable para todos los agentes implicados en el mercado de la contratación pública, resulta cada vez más habitual que concurren en el momento de iniciación de un expediente de resolución contractual, más de una causa legal o contractual de extinción del contrato. No es improbable, por ejemplo, un incumplimiento del contratista que se superpone a una declaración de concurso que coexiste con una iniciativa – expresa o implícita – del órgano de contratación en orden a la resolución del contrato.

En estos supuestos debe atenderse siempre a la primera razón que se haya puesto de manifiesto¹, sin que sea posible elegir libremente de entre las causas de resolución aquella que mejor convenga a quien promueve la extinción del contrato.

Pero además es preciso que la causa al amparo de la cual se proceda sea efectiva y real y responda efectivamente al supuesto de hecho de que se trate.

¹ Dictamen del Consejo de Estado número 681/2009, de 21 de mayo de 2009.

Como es sabido², la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible modificó el listado de causas generales de resolución de los contratos contenida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para introducir una nueva causa de resolución: “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos”

Esta causa de resolución opera en aquellos supuestos en los que **no sea posible modificar el contrato** conforme a lo dispuesto en el título V del libro I tras la reforma operada en el mismo por dicha norma³.

Conforme a tal criterio sólo cabe modificar el contrato cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el Artículo 107 TRLCSP⁴, esto es, solo por las causas previstas en el apartado 1 del referido Artículo y siempre que la modificación no altere las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, entendiéndose en todo caso que sí alteran las condiciones de licitación y adjudicación las modificaciones del contrato que igualen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato.

Se está por tanto ante una **nueva causa de resolución** que **opera de forma autónoma** frente a las restantes y produce **consecuencias propias y distintas de las generales**, tales como la **reducción de la indemnización por beneficio industrial únicamente al 3% del importe de la prestación dejada de realizar** y la obligación del contratista afectado por la resolución de adoptar medidas durante la tramitación del expediente de resolución y hasta la formalización de un nuevo contrato con el mismo objeto a favor de otro contratista.

Pues bien, no cabe a la Administración amparar la **falta de consignación presupuestaria** en la causa

de extinción prevista en el Artículo 223.g) del TRLCSP (206.g de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), que permite resolver los contratos administrativos ante “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos”

Esta causa fue introducida con el objetivo de restringir la posibilidad de modificación de los contratos públicos a la vista del dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España (en el seno de la fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento del Derecho europeo), al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como estaba regulado en la versión originaria de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del Artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁵.

Como complemento de este nuevo régimen, en el que las posibilidades de modificación contractual son mucho más limitadas, el legislador introdujo la causa de resolución referida, con el objetivo de permitir poner fin al vínculo convencional en aquellos supuestos en los que el contrato no puede ser modificado, pero tampoco ejecutado en los términos inicialmente pactados, motivo por el cual la resolución conlleva, como regla general, el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le sea imputable.

Pues bien, atendiendo al origen y exégesis de esta causa de resolución, puede concluirse que cuando la ejecución del proyecto en las condiciones pactadas no resulta técnica ni físicamente imposible, sino que sim-

² Así se expuso en el Artículo del GCSP N° 25.

³ Ahora Título V del Libro I del TRLCSP.

⁴ Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto- legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

⁵ Como resaltaba el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo (sobre el anteproyecto de ley de Economía Sostenible).

plemente lo es para la Administración por razones financieras que en nada atañen al contratista, no puede acudir al Artículo 223.g) TRLCSP (Artículo 206.g) LCSP) sino al 237.c) TRLCSP (Artículo 220.c) LCSP).

Así las cosas, cuando la **única incidencia** habida en la ejecución contractual es la **decisión del órgano de contratación de, por razones de gasto público, poner término al contrato** - de obras, suministro o servicios -, dicha actuación implica un **verdadero desistimiento⁶ del contrato⁷** y determina la necesaria aplicación de la causa de resolución tipificada en el Artículo que corresponda - 220.c) LCSP (237 TRLCSP) relativo al contrato de obras -, “*el desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración*”.

El **desistimiento unilateral** por parte de la Administración, ha sido en muchas ocasiones admitido como **causa resolutoria de los contratos**, sin perjuicio de cualquier posible pacto de mutuo disenso y siempre y cuando el contratista haya cumplido sus obligaciones de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de los contratos públicos y ello porque el desistimiento unilateral viene admitido en términos generales en el Artículo 1594 del Código Civil por lo que se refiere a contratos de obras⁸.

Ahora bien, para que el desistimiento de la Administración resulte ajustado a Derecho debe justificarse en **razones de interés público que aconsejen la resolución del contrato**. En este sentido dice el dictamen 1.208/2008, de 16 de octubre, también

del Consejo de Estado, que “el interés público que justifica el desistimiento unilateral de la Administración se ha venido apreciando en aquellas relaciones contractuales que, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto”.

En tal caso – desistimiento unilateral de la Administración en un contrato de obras - dicho desistimiento lleva aparejados los efectos previstos en el Artículo 239 TRLCSP (222 LCSP), en concreto

“1. *La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista.*

(...)

4. *En caso de desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho al 6 % del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado.*

En definitiva, resulta de lo expuesto que la aplicación de una causa de resolución en lugar de otra incide de forma notable en la liquidación del contrato y sus efectos económicos para el contratista.

⁶ El desistimiento es una causa legal de resolución de los contratos de obras – Artículo 237.c) TRLCSP -, de suministro – Artículo 299.b) TRLCSP - y de servicios – Artículo 308.b) TRLCSP -.

⁷ Dictamen 1.916/2011, de 21 de diciembre de 2011.

⁸ Dictamen 4.350/97, de 6 de noviembre de 1997.

Nuevas directivas en materia de contratación pública: sectores clásicos, concesiones y sectores especiales

La Comisión Europea ha impulsado durante el último año la elaboración de tres nuevas directivas, cuya tramitación acontece en paralelo, para la derogación de las Directivas 2004/17/CE (sectores especiales) y 2004/18/CE (contratos públicos o sectores clásicos) y la regulación ex novo de la adjudicación de las concesiones. La aprobación de los textos se demora por la falta de acuerdo entre las instituciones comunitarias, si bien de mantenerse la fecha prevista de transposición (a más tardar antes del 30 de junio de 2014), será precisa una nueva reforma legislativa de la contratación pública que implicará novedades sustanciales en la materia.

En el marco de la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM (2010) 2020] y desde la constatación de que la contratación pública desempeña un papel clave, se ha iniciado un proceso de revisión de la legislación vigente impulsado a partir del Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea. Hacia un nuevo mercado europeo de la contratación pública más eficiente¹.

El 5 de abril de 2012, el Diario Oficial de la Unión Europea publicó las siguientes propuestas de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2011:

- COM (2011) 896. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública.
- COM (2011) 895. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- COM (2011) 897. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

La finalidad perseguida es la adaptación de la legislación comunitaria a la evolución del contexto político,

social y económico, redimensionar los mercados para lograr que abarquen efectivamente el ámbito de toda la Unión, exigir un cierto nivel de eficiencia energética en los contratos públicos, prevenir los conflictos de intereses, luchar contra el favoritismo y la corrupción y asegurar, en fin, la integridad de los procedimientos y garantizar un uso eficiente de los fondos públicos, dado que un 18 % del PIB se invierte en la adquisición de suministros, obras y servicios por los compradores públicos.

Desde esta perspectiva, son muchas las novedades contenidas en los textos propuestos, entre otras:

- A. Propuesta de Directiva COM (2011) 896, relativa a la contratación pública.

La directiva propuesta, que derogará la Directiva 2004/18/CE, incluye muchas novedades, entre las que merece mención:

- La flexibilización y simplificación de los procedimientos, mediante la mejora de las herramientas existentes, la potenciación de la contratación electrónica (entre otras la presentación telemática de solicitudes), el establecimiento de un régimen de contratación simplificado para los poderes adjudicadores situados por debajo de la Administración Central y la creación de un nuevo procedimiento de adjudicación – la asociación para la innovación² –.

¹ Bruselas, 27 de enero de 2011 [COM (2011) 15 final].

² Artículo 29 del texto proyectado.

- Se apuesta por favorecer a las PYMES³, desde el entendimiento de que facilitar su acceso a los mercados de contratación redundará en una mayor competencia - lo que a su vez reduce los precios - y les permite liberar su potencial de creación de empleo, crecimiento e innovación. Este impulso a las PYMES se articula con medidas concretas como la reducción de las trabas a la contratación mediante la fijación de límites u obstáculos para su selección y la previsión de la posibilidad de solicitar el pago directo por el poder adjudicador en los supuestos de subcontratación⁴.
- Mayor transparencia en la contratación, mediante la creación de un organismo de supervisión⁵ que desarrolle actividades de apoyo jurídico, ofrezca asesoramiento y orientación en la interpretación y ejecución de los contratos⁶, instaure y aplique sistemas de alerta

(«red flag») completos y ejecutables, a fin de prevenir, detectar y notificar adecuadamente los casos de fraude, corrupción, conflicto de intereses y otras irregularidades graves en el marco de una contratación y verifique el contenido de ciertos contratos⁷; así como la regulación de los conflictos de interés y las conductas ilícitas⁸.

Novedades puntuales de gran calado:

- Introduce previsiones relativas a la modificación y resolución de los contratos⁹.
- Equipara todos los contratos de servicios, suprimiendo la tradicional distinción entre servicios prioritarios (Anexo II A) y servicios no prioritarios (Anexo II B), y sujetando todos a las normas comunitarias al mismo nivel.

³ Ya se advirtió esta tendencia en *pro* de las PYMES y de su participación en la contratación pública en el GCSP N 31.

⁴ El apartado 2 del Artículo 71 del texto proyectado prevé la posibilidad de que los Estados miembros dispongan que, a petición del subcontratista y cuando la naturaleza del contrato lo permita, el poder adjudicador transfiera los importes adeudados directamente al subcontratista por los servicios prestados, los suministros entregados o las obras realizadas para el contratista principal. En ese caso, los Estados miembros instaurarán los mecanismos adecuados que permitan al contratista principal oponerse a los pagos indebidos.

Las disposiciones relativas a este modo de pago se establecerán en la documentación de la contratación y dicho pago se entenderá sin perjuicio de la cuestión de la responsabilidad del operador económico principal.

⁵ Artículo 84 del texto proyectado.

⁶ Todas las actividades de apoyo jurídico y económico y de supervisión pueden desarrollarse a través de las estructuras existentes en los Estados miembros, sin necesidad de crear nuevos organismos.

⁷ Los poderes adjudicadores deberán transmitir al organismo nacional de supervisión el texto íntegro de todos los contratos celebrados cuyo valor sea igual o superior a:

(a) 1 000 000 EUR en el caso de los contratos públicos de suministro o de servicios;

(b) 10 000 000 EUR en el caso de los contratos públicos de obras.

⁸ En los Artículos 21 y 22 del texto proyectado respectivamente.

⁹ El Artículo 76.6 permite la modificación de los contratos sin necesidad de nuevo procedimiento de contratación cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

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

(b) que la modificación no altere la naturaleza global del contrato;

(c) que cualquier aumento del precio no sea superior al 50 % del valor del contrato inicial.

- Mayor definición del concepto de medio propio y delimitación subjetiva y objetiva de las encomiendas de gestión y de los convenios de colaboración¹⁰.
- Permite concebir la experiencia como un criterio de selección de la oferta económicamente más ventajosa¹¹.

B. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales COM (2011) 895.

Persigue dos objetivos complementarios:

- Incrementar la eficiencia del gasto para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad-precio, lo que implica simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes mediante procedimientos más racionales y eficientes que faciliten la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos.
- Permitir que los compradores utilicen mejor la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes, como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.

Su ámbito de aplicación, en términos de sectores cubiertos, sigue siendo básicamente el mismo, si bien se ha retirado del ámbito de aplicación la contratación con fines de prospección de petróleo y gas. Los sistemas de los Estados miembros

podrán prever, además de las tres formas básicas de procedimiento que ya existen (abierto y restringido, y procedimientos negociados con convocatoria de licitación previa) como procedimiento estándar o con sujeción a determinadas condiciones, la asociación para la innovación, un nuevo tipo de procedimiento para la contratación innovadora. Se promueve la contratación electrónica y la modernización de los procedimientos y se introducen novedades orientadas al acceso de las PYME, como el pago directo a los subcontratistas.

C. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión COM (2011) 897.

Supone un hito sin precedentes en el marco normativo de la Unión Europea, que tradicionalmente ha dejado fuera de la regulación de la contratación pública el régimen jurídico de la adjudicación de las concesiones de obras y de servicios desde la premisa de su distinción conceptual de los contratos públicos¹².

La propuesta de directiva parte así de la unificación conceptual de las concesiones – de obras y servicios – y de su distinción de los contratos públicos, para establecer una regulación conjunta de aquéllas, inspirada en los principios de riesgo y ventura y en la transferencia de riesgos al concesionario.

La regulación pretende superar ineficiencias detectadas y derivadas de falseamientos en el mercado interior, la limitación de acceso de las empresas europeas a los contratos de concesión y la falta de seguridad jurídica, todo lo que pretende corregir desde la voluntad de estimular la inversión pública y privada en infraestructuras y servicios estratégicos con la mejor relación calidad-precio¹³.

¹⁰ Artículo 11 del texto proyectado.

¹¹ Artículo 66 del texto proyectado.

¹² A salvo los contratos de concesión de obras públicas que se regulan no obstante de forma marginal, mediante el establecimiento de ciertas normas de publicidad para las concesiones de obras públicas por valor superior a 5.000.000 euros. Las concesiones de servicios se rigen por los principios del Tratado – publicidad, igualdad y proporcionalidad –.

¹³ La Comisión Europea ya señaló el potencial que tendría una iniciativa legislativa relativa a los contratos de concesión para crear un marco en la Unión Europea de apoyo a la colaboración público-privada en su comunicación de 2009 “Movilizar las inversiones públicas: desarrollo de la colaboración público-privada”.

Los dos principales objetivos perseguidos por la propuesta son incrementar la seguridad jurídica y garantizar un mejor acceso de todas las empresas a estos mercados, para lo que aclara el marco jurídico aplicable a la adjudicación de las concesiones (i) y delimita el ámbito de aplicación de dicho marco (ii):

- (i) aclara el marco jurídico aplicable a la adjudicación de las concesiones en tanto que incluye una definición más precisa del contrato de concesión que hace referencia al concepto de riesgo operacional, diferencia entre riesgo operacional y riesgo significativo, contiene previsiones en cuanto a la duración de las concesiones y establece el régimen jurídico aplicable – los requisitos aplicables – a cada fase del proceso de adjudicación sobre los principios del Tratado interpretados por el TJUE.
- (ii) delimita el ámbito de aplicación de dicho marco extendiendo muchas de las obligaciones que actualmente rigen la adjudicación de las concesiones de obras a todas las concesiones de servicios y hace extensiva la aplicación del derecho derivado a la adjudicación de contratos de concesión en el sector de los servicios públicos, que en la actualidad está exento de este tipo de legislación.

En este sentido, la propuesta de directiva establece normas en materia de selección de operadores económicos, criterios de adjudicación de los contratos y ciertos elementos relativos a la ejecución de aquéllos:

- Aumenta la transparencia en la materia mediante la necesaria publicación en el DOUE de todos los contratos de valor igual o

superior a 5.000.000 euros – umbral que ya existía para las concesiones de obras y se extiende a los de servicios – y la fijación de un mínimo de información que debe facilitarse a todos los potenciales licitadores.

- Limita la arbitrariedad de los órganos de contratación estableciendo obligaciones relativas a los criterios de selección a aplicar por poderes y entidades adjudicadoras en la adjudicación – impone la obligación de aplicar criterios objetivos vinculados al objeto de la concesión para la adjudicación –; normas que son menos restrictivas que otras disposiciones relativas a los contratos públicos pero que limita los criterios de selección a la capacidad económica, financiera y técnica del licitador y restringe los criterios de exclusión admisibles.
- Sujeta la adjudicación a los principios de transparencia, no discriminación en igualdad de trato, si bien a diferencia de las directivas de contratación pública, ésta no contiene un catálogo fijo de procedimientos de adjudicación, lo que permite a los Estados miembros mantener los sistemas nacionales tradicionales.
- Amplía el ámbito de aplicación de las Directivas de recursos¹⁴ a todos los contratos de concesión por encima del umbral con el fin de garantizar la posibilidad de impugnación de la decisión de adjudicación ante un tribunal.
- Establece previsiones concretas en materia de modificación y rescisión de las concesiones de obras y servicios (Artículos 42 y 43).

¹⁴ Directivas 89/665/CEE y 92/13/CE, modificada por la Directiva 2007/66/CE.

Administración local y competencia

En el marco de la dilatada tramitación que está aconteciendo respecto del anteproyecto de ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, la Comisión Nacional de la Competencia ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre su contenido. Desde la convicción de que uno de los objetivos perseguidos por la norma proyectada es el de favorecer la iniciativa económica privada y con el entendido de que la reforma abordada es sustancial, la Comisión Nacional de la Competencia observa varios extremos del texto cuyo reforzamiento o profundización redundaría en una mayor o mejor competencia en el mercado. Y ello porque la iniciativa comporta una oportunidad difícilmente repetible para potenciar la racionalidad y diversos elementos favorecedores de la competencia efectiva en las decisiones económica de las entidades locales.

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia¹ aprobó, el pasado 13 de marzo de 2013, un informe relativo al Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local – en adelante ALRSAL - (IPN 88/13), en el que analiza las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados.

El informe identifica y valora las razones que determinan la necesidad de la reforma emprendida, y las concreta en:

- La precisa corrección de la complejidad del sistema competencial municipal, que a juicio de la CNC difumina la responsabilidad de los Gobiernos locales en su ejercicio.
- La estrecha vinculación entre la disfuncionalidad del modelo competencial y las Haciendas Locales.
- La regla fiscal que limita el déficit público de carácter estructural en España y restringe la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Artículo 135 de la Constitución).
- Los principios consagrados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Equilibrio Presupuestario y Sostenibilidad Financiera (en adelante

LOEPSF) y en particular los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Refiere como antecedentes inmediatos de la reestructuración que el texto proyectado aborda, los Acuerdos entre el Gobierno y las Entidades Locales de 7 de abril de 2010 y de 25 de enero de 2012 e identifica como **objetivos del anteproyecto**:

- clarificar las competencias municipales evitando duplicidades,
- racionalizar su estructura organizativa,
- garantizar un control financiero-presupuestario más riguroso y transparente y
- favorecer la iniciativa económica privada.

Aunque **valora positivamente** medidas como la **limitación a la creación de entes instrumentales**, las medidas para evitar la generalización de actividades económicas por parte de éstos y la **eliminación de licencias o autorizaciones en casos no justificados** (Artículo 84 bis)¹; así como la **eliminación de reservas legales de actividad para las entidades locales en ciertos servicios** (Artículo 86.3 LBRL)²,

¹ Medidas, obligadas por el plan de ajuste económico-financiero a presentar por las entidades locales (DA 5ª), y que permiten la eliminación de posibles barreras de entrada al sector privado no justificadas.

² En concreto, el suministro de calefacción y, en línea con lo recomendado por el reciente Informe de la CNC sobre competencia en el servicio de mercas, los mataderos, mercados y lonjas centrales.

no le merece la misma opinión el mantenimiento de la reserva legal en favor de las entidades locales en determinados servicios³.

Considera así la CNC que la reserva referida debería compatibilizarse con el **fomento de la competencia efectiva** y que el ALRSAL comporta una oportunidad para **potenciar la racionalidad y la competencia en las decisiones económicas** de las Entidades Locales.

A tal fin identifica una serie de aspectos que merecen profundización, mejora o precisión:

- Con ánimo de lograr la apertura al mercado de la provisión efectiva de los servicios de titularidad local señala que el anteproyecto debería prever la **obligación** de las entidades locales de **analizar ex ante** determinados elementos⁴ a la hora de **optar entre la gestión directa o indirecta**, así como la **opción por la gestión indirecta** que permita la gestión privada⁵ siempre que concurren tales elementos.
- Para fomentar la **competencia en el acceso a la prestación de servicios** sugiere el establecimiento de procedimientos de selección competitivos bien diseñados, así como que se garantice que los plazos contractuales no sean económicamente excesivos, **restringir las prórrogas** y evitar las medidas que conlleven ventajas al incumbente en el nuevo concurso.
- En relación con las **privatizaciones** parciales o totales de **empresas públicas** encargadas de la prestación de servicios públicos locales, estima que el anteproyecto debería asegurar que, en aquellos casos en los que la entidad local optase por una estructura instrumental con

participación pública y privada, tales **privatizaciones** se realicen de acuerdo con **procesos de selección competitivos** bien diseñados, que favorezcan o al menos no restrinjan injustificadamente la **concurrentia empresarial** y **no limiten** innecesaria, desproporcionada o discriminatoriamente **el acceso a la condición de socio privado**.

Además de lo expuesto, el informe se detiene en el análisis de algunas de las principales novedades contenidas en el anteproyecto, cuyo alcance desgrana y en ocasiones cuestiona.

Así, por ejemplo, desde la constatación de que determinadas **iniciativas públicas económicas** inciden o al menos pueden **incidir en la competencia** en el **mercado**, la CNC considera que el anteproyecto debiera garantizar que las entidades locales, cuando actúen como **operadores económicos** fundamentalmente adecuadamente y **ex ante** sus iniciativas, delimitando claramente el **interés público** que se pretende promover e indicando las medidas tomadas para minimizar la afectación a la competencia. En este sentido sugiere que para el supuesto de otorgamiento de **ventajas competitivas a los prestadores públicos**, éstas deberían estar claramente determinadas, directamente relacionadas con el objetivo de interés público perseguido y ser limitadas y revisables periódicamente.

Una de las finalidades perseguidas por el anteproyecto radica en mejorar la regulación de los **convenios entre Administraciones**, para lo que se establece que aquéllos por los que el Estado, las Comunidades Autónomas o cualquier Entidad Local delegue el ejercicio de competencias en los municipios deberán ser aceptados expresamente por éstos y habrán de suponer una mejora en la eficiencia de la

³ Los servicios de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y el transporte público de viajeros.

⁴ Como la existencia de un número suficiente de oferentes potencialmente interesados en la prestación del servicio, el grado de competencia efectiva entre los mismos, la escasa importancia relativa de los activos específicos que impliquen costes de entrada

⁵ En relación con la gestión privada, advierte que la opción por la gestión indirecta no implica necesariamente la provisión mediante un único prestador, sugiriendo que el ALRSAL favorezca la competencia “en el mercado”, estableciendo que cuando la prestación pueda realizarse eficientemente por varios operadores, ésta pluralidad de prestadores debería ser la forma de provisión elegida por la entidad local.

gestión pública. Sin embargo, la CNC insiste en su informe en la necesidad de **limitar normativamente el recurso al convenio** ⁶, figura que debe responder a una esencia colaborativa y cooperativa y no contractual. Por ello, en aquellos supuestos en los que su objeto consista en la **prestación de un servicio a cambio de una contraprestación económica**, los instrumentos de provisión de tal servicio han de ser los previstos expresamente en la normativa de contratación pública.

Entiende el informe que son muchos los **motivos de competencia** que harían recomendable la **limitación al recurso del convenio**, entre otras:

- la ausencia de tensiones competitivas en la figura,
- una insuficiente publicidad,
- problemas de información asimétrica que favorecen al operador privado mejor situado o con mayor capacidad de capturar al decisor, en posible detrimento de los intereses de la entidad local, consumidores y usuarios
- y una excesiva discrecionalidad que puede favorecer al operador privado.

Añade que ocasionalmente los convenios incorporan contraprestaciones económicas o en especie no directamente relacionadas con el objeto del convenio

que puede distorsionar la competencia en determinados mercados⁷.

Por otro lado, el informe analiza con detenimiento dos elementos de notable trascendencia en materia de competencia.

El primero de ellos es el relativo a la necesidad de reforzar el análisis del impacto competitivo de las decisiones de las entidades locales, mediante la provisión de un análisis de valoración previa y obligatoria del impacto sobre la competencia de las actividades a emprender por tales entidades.

El segundo de ellos versa sobre el coste estándar de los servicios. El anteproyecto distingue entre servicios obligatorios y facultativos de los municipios y emplea los conceptos de **coste estándar** y **nivel estándar de prestación** de servicios a los efectos de su valoración y financiación. Pues bien, la CNC sugiere en su informe **limitar las referencias al coste estándar de los servicios como elemento de evaluación de su gestión**, predefinido y conocido *ex ante*, **a aquellos supuestos en los que los servicios no se puedan prestar en competencia** y, de hecho, **sea la entidad local quien los preste** directamente o mediante entidades instrumentales interpuestas. **En los restantes recomienda incluir la toma en consideración de las ventajas derivadas de su prestación en régimen de competencia.**

⁶ El informe aclara que, propone limitar normativamente el recurso al convenio:

- salvo situaciones excepcionales,
- y en el sentido de clarificar cuál ha de ser su verdadero fin y evitar la confusión de su objeto con las prestaciones contractuales.

⁷ Como la construcción de instalaciones deportivas o la prestación de servicios culturales o deportivos.

— N.º 41. Junio del 2013 —

Revisión de precios: sentido, significación, eliminación y consecuencias

El pasado mes de abril se dictó una resolución – que aún no ha sido publicada – de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, relativa a la improcedencia de incluir la cláusula de revisión de precios en determinados contratos en el ámbito de dicha secretaría – en la que se incardinan importantes direcciones generales -. Esta circunstancia, que ha causado cierto revuelo en el sector, nos plantea analizar a qué responde la institución de la revisión de precios y si su inclusión o exclusión de los pliegos y de los contratos públicos es disponible para el órgano de contratación, y de ser así, en qué medida y con qué consecuencias.

La revisión de precios es una institución tradicional en la contratación pública que ha respondido desde sus orígenes a la necesidad de arbitrar mecanismos que aseguren la viabilidad del contrato, de manera que ante el eventual concurso de determinadas circunstancias, cuya incidencia en el contrato podría desbaratar el equilibrio entre las partes, la revisión de precios se ha configurado como un instrumento idóneo para atemperar sus consecuencias sobre el contrato.

Esa finalidad de asegurar la viabilidad del contrato reviste especial importancia en los contratos administrativos, no sólo por su periodo temporal de ejecución, normalmente extenso – desde luego en los contratos de obras y en los de gestión de servicios – sino también por el interés público que late tras ellos y que preside toda la actuación de las Administraciones Públicas.

Por ello, aun cuando el “**precio cierto**” es un elemento esencial e inmovible en la contratación en general, en materia de contratación pública tradicionalmente se viene reconociendo la posibilidad de revisión o modificación del precio constante el contrato

mediante la revisión de precios. Y ello no con objeto de proteger al contratista, sino en aras de asegurar, vía mantenimiento del equilibrio económico de las prestaciones, que el objeto del contrato va a ser correctamente realizado.

La revisión de precios surgió vinculada al fenómeno inflacionista y limitada a ciertos contratos, si bien su razón de ser y virtualidad – que implica aplicar los **principios de equidad** (Artículo 3.2 del Código Civil) y **de Buena Fe** (Artículo 7.1 Código Civil) a la contratación pública -, determinó que el recurso a la revisión de precios se fuera extendiendo hasta el punto de concebirse como una técnica permanente y aplicable a todos los contratos públicos¹.

Esta figura se ha mantenido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público – LCSP - y en el texto refundido de la referida Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 4 de noviembre – en adelante **TRLCSP** -, que regula la revisión de precios en los Artículos 89 a 94.

Su relevancia como **instrumento al servicio de la viabilidad del contrato** ha sido reconocida

¹ Ello no obstante, ya en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se inició una tendencia orientada a reducir cuantitativa y cualitativamente el ámbito y amplitud de la revisión de precios.

Así, mientras la Ley 13/1995 (LCAP) permitía aplicar la revisión de precios siempre que se hubiera ejecutado al menos el 20% del contrato y hubieran transcurrido al menos 6 meses desde su formalización – además de prever como forma de revisión, la aplicación de un coeficiente según las formulas aprobadas por el Gobierno -, la Ley 53/1999 vino a aumentar el plazo mínimo de ejecución del contrato para la aplicación de la revisión de precios a un año; así como a sustituir la aplicación de coeficientes por la de fórmulas tipo revisables.

expresamente por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo², que ha señalado de manera reiterada que en ocasiones sobrevienen sucesos, al contrato administrativo, que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento de su celebración, **sobrepasando los límites razonables de la aleatoriedad que comporta toda licitación**. Por ello la legislación de contratos ha puesto a cargo de los órganos de contratación velar por que el precio de los contratos sea adecuado al mercado así como que **se fijen mecanismos legales para garantizar la equidad de prestaciones y el equilibrio financiero**, uno de los cuales es la **revisión de precios**, cuya fórmula o sistema deberá venir detallado en el pliego de cláusulas administrativas.

Sin embargo, el pasado 22 de abril de 2013, el Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda dictó una resolución³ en la que, a la vista de la grave crisis económica que afecta a nuestro país y la necesidad de adoptar medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, concluye la improcedencia incluir cláusulas de revisión de precios en los contratos de obra y servicios en el ámbito de la referida Secretaría de Estado del Ministerio de Fomento⁴.

Dicha resolución ha causado revuelo en el sector, pues la supresión de la revisión de precios en contratos de obras y servicios comportaría que cualquier incremento de costes o encarecimiento de la energía o de cualquier materia prima repercutirá sobre el contratista⁵.

La pretendida eliminación de la referida figura parece responder a una **tendencia** puesta de manifiesto los últimos años y **favorable a la alineación del precio de ejecución de los contratos públicos con los**

presupuestos de licitación, tendencia en la que se incardina la reducción de bajas temerarias y los modificados posteriores, tratando de ajustar en la medida de lo posible las ofertas con el coste real de las obras.

En este sentido, puede apreciarse en las modificaciones acontecidas durante el último lustro, una línea de actuación orientada a la búsqueda de una mayor certeza o al menos certidumbre en cuanto al coste real de las obras y a que las ofertas presentadas por los contratistas incluyan las posibles desviaciones en el coste de ejecución.

No obstante todo lo expuesto, es preciso cuestionarse si sería ajustada a derecho una medida como la prevista en la resolución citada y si puede la Administración eliminar sin más la revisión de precios de los contratos administrativos.

La respuesta es: la medida es ajustada a derecho (A) pero la exclusión de la revisión de precios exige motivación (B) y desde luego, tiene notables consecuencias (C).

A. Adecuación a derecho de la medida relativa a la exclusión de la revisión de precios – si es que llega a ser definitiva –.

- En primer lugar, no puede perderse de vista cual es el fundamento y naturaleza de la revisión de precios, que **es una técnica que surge ex contractu** y no *ex lege*, por mucho que la legislación de contratos públicos ahora la prevea expresamente⁶.
- En segundo lugar, la revisión de precios es una **figura de carácter bilateral**, de tal modo que no conviene necesariamente al

² Sentencia de 30 de junio de 2009, sala tercera, de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo.

³ La resolución no ha sido formalmente publicada aún si bien son muchos los medios que se han hecho eco de ella y puede descargarse de diversas páginas en internet.

⁴ La resolución no impone la exclusión de la revisión de precios en cualquier caso, antes bien, remite a la estimación subjetiva última de los órganos de contratación la valoración de las circunstancias expuestas en la resolución y la decisión última al respecto.

⁵ El revuelo se ha convertido incluso en un cierto malestar tras conocerse por noticias en prensa que ADIF ha licitado obras por valor de 35 millones de euros en las que se prevé la renuncia a la revisión de precios como un criterio de puntuación y valoración global de las ofertas – en el que el plazo de presentación de ofertas está abierto hasta el 1 de julio de 2013 –.

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1989 cuyo FJ primero establece que la revisión de precios nace del pacto, no de la Ley.

contratista. Al contrario, su finalidad es proteger a aquella parte que pudiera verse afectada por la incidencia de aspectos externos sobre el núcleo del contrato – su objeto o prestaciones –.

- Por último, la revisión de precios en los contratos de las Administraciones Públicas tendrá lugar, en los términos establecidos en la ley (ahora el TRLCSP⁷) **salvo que la improcedencia de la revisión se hubiese previsto expresamente en los pliegos o pactado en el contrato.**
- Corresponde al pliego de cláusulas administrativas particulares o al contrato en su caso, detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable⁸ (Artículo 89.3 TRLCSP).

De hecho, la revisión de precios no tendrá lugar en los contratos cuyo pago se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra, ni en los contratos menores. En los restantes contratos, el órgano de contratación, en resolución motivada, podrá excluir la procedencia de la revisión de precios (Artículo 89.2 TRLCSP).

Así por tanto puede concluirse que el **establecimiento o exclusión** de la revisión de precios puede y debe concretarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el contrato, que el contratista acepta al concurrir al concurso y al formalizar el contrato.

- B. La posibilidad de no prever la revisión de precios para un determinado contrato es una **prerrogativa administrativa** que es aceptada por el contratista al concurrir en el concurso y que, aun pudiendo lesionar el equilibrio económico financiero, se apoya en la libertad de pactos – Artículos 4 LCAP y 25 de la LCSP y del TRLCSP –⁹.

Es ajustada a derecho por tanto, la cláusula por la que se excluye la revisión de precios en uno o varios contratos, ya sea en los **pliegos de cláusulas administrativas particulares ya sea en el propio contrato** – Sentencia de 30 de junio de 2009 de la Sección 4ª y Sentencias de 21 de julio y 22 de noviembre de 2011 de la Sección 7ª, todas de la Sala Tercera del Tribunal Supremo –.

Ahora bien, **la resolución excluyendo la revisión de precios ha de ser motivada** – FJ 6ª de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 – si bien el incumplimiento de tal requisito no acarrea la nulidad sino la anulabilidad ex Artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

La resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda antes referida, motiva tal decisión en dos circunstancias:

- La derivada de la crisis económica y la necesidad de reducir el déficit público, que ha determinado una progresiva y constante reducción del presupuesto para inversiones públicas y que obliga cada vez más a programar y abordar actuaciones que son ineludibles desde la certeza de su coste (lo que deviene inviable con las desviaciones derivadas de la revisión de precios).
- La constatación de que los importes empleados por dicha Secretaría de Estado como presupuesto base de licitación tienen el suficiente margen de flexibilidad para que los licitadores formulen ofertas económicamente viables que contemplen las posibles desviaciones en el coste de las actuaciones a realizar.

⁷ Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

⁸ De acuerdo con los parámetros fijados por el Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el cuadro de fórmulas tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras del Estado y Organismos autónomos para el año 1971 primero – que estuvo vigente hasta 2011 a pesar de que DT2ª del TRLCAP previó que el Gobierno aprobara las formulas tipo de revisión a que se refería el Artículo 104 y la DT2ª de la LCSP también pusiera a cargo del Gobierno la aprobación de una norma que sustituyera el Decreto de 1970 – y el Real Decreto 1359/2011, de 7 de octubre, por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las formulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas – ver DT1ª del RD - ahora.

⁹ FJ tercero de la Sentencia de 30 de junio de 2009 de la sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª, del Tribunal Supremo.

Empero todo lo anterior, permite que el órgano administrativo encargado de aprobar un determinado pliego **pueda, previa comunicación a dicha Secretaría de Estado, incluir en él una revisión de precios** siempre que previamente justifique que en ese caso particular no concurre ninguno de los motivos que, de acuerdo con dicha resolución, justifican la no aplicación de la revisión de precios.

- C. En definitiva, la resolución de la Secretaría de Estado invierte la regla general y por tanto

determina la no inclusión de la revisión de precios a menos que se justifique su procedencia.

Esta decisión, sin embargo, no excluye el recurso a otros instrumentos de restablecimiento del equilibrio económico financiero cuando acontezcan o sobrevengan al desenvolvimiento del contrato circunstancias imprevistas que desbaraten el equilibrio de las prestaciones entre las partes.

— N.º 42. Julio del 2013 —

Una nueva visión sobre las encomiendas de gestión y los contratos públicos

Una vez más la Comisión Nacional de la Competencia muestra su afición por la contratación pública realizando un profundo estudio sobre la cada vez más utilizada técnica de la encomienda de gestión, emitiendo unas conclusiones y recomendaciones que constituyen una relevante aportación al ámbito de los negocios jurídicos públicos.

Tras un extenso y riguroso análisis de los medios propios y las encomiendas de gestión la todavía denominada Comisión Nacional de la Competencia (que dará paso en breve a la ya intitulada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) concluye que las encomiendas son instrumentos administrativos y pueden, en ocasiones, resultar pertinentes.

Sin embargo, el empleo de este instrumento, que entiende *“inherentemente restrictivo de la competencia”*, sólo puede realizarse justificando tanto el correcto otorgamiento de la condición de medio propio a una entidad pública como el recurso a la encomienda de gestión en cada caso concreto.

Entendemos del mayor interés transcribir las relevantes recomendaciones que se efectúan para reducir el impacto negativo sobre la competencia que pueden tener las encomiendas de gestión que realizan las Administraciones Públicas a los medios propios, siempre con el objetivo de contribuir a mejorar la calidad de las decisiones públicas y a incentivar, de forma favorable a la competencia, una utilización más eficiente de los recursos presupuestarios en los procesos de aprovisionamiento de bienes y servicios en todas las esferas administrativas. Solo así sería reforzado el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, estabilidad presupuestaria, control del gasto y eficiente utilización de los fondos que deben regir el aprovisionamiento público, contribuyendo a mejorar la competitividad de la economía española y los objetivos generales de crecimiento y empleo.

La CNC estima que todo aquello que no vaya en dicha línea puede resultar atentatorio contra la competencia. Y de ahí su necesario examen sistemático, para lo que se dividen las citadas recomendaciones en cuatro bloques:

1. propuestas de revisión y evaluación de la situación actual de los medios propios;
2. propuestas de modificación de la normativa reguladora de los contratos del sector público;
3. incorporación inmediata de buenas prácticas para facilitar el carácter procompetitivo de las decisiones administrativas en las encomiendas de gestión y
4. instrumentos de publicidad, control y centralización de la información.

Vayamos con un muy sucinto análisis de las mismas:

Primera. Procede la revisión y evaluación en todas las Administraciones Públicas de la situación de sus respectivos medios propios.

La CNC recomienda a cada Poder Adjudicador, en el marco de la normativa actual, la reevaluación del carácter de medio propio de sus entidades instrumentales actuales o futuras asegurando que cada entidad instrumental cumple, en la práctica y en sus Estatutos, los requisitos del verdadero carácter de medio propio indicados.

De lo contrario, procede eliminar la consideración administrativa de medio propio, sea de manera general o en relación con determinados poderes adjudicadores. Junto a ello hay que asegurar que el medio propio cumple los criterios de necesidad y proporcionalidad y que, en la práctica y en los estatutos, se aseguran la transparencia y la rendición de cuentas de cada uno de sus medios propios. Simultáneamente se debe garantizar que el otorgamiento ex novo del carácter de medio propio a una entidad instrumental, sea en su creación o

con posterioridad a ella, se sujeta a las recomendaciones.

Segunda. Modificaciones de la normativa reguladora de los contratos del sector público.

En opinión de la CNC, la regulación actualmente contenida en el TRLCSP no exige suficientemente la justificación de la necesidad y la proporcionalidad de la existencia de estos instrumentos, por lo que dicho ejercicio debería realizarse con carácter de urgencia, con independencia de los plazos de transposición de las futuras Directivas comunitarias y la posible modificación de la normativa nacional recogida en la recomendación segunda de este informe. Por ejemplo, en el ámbito de la AGE, el actual proceso de racionalización de las Administraciones Públicas que está desarrollando el Gobierno podría proporcionar un marco adecuado para ello.

El proceso de reforma de las Directivas europeas de contratación pública, que afecta igualmente a las encomiendas de gestión o contratos *in-house*, junto a la necesidad de incrementar la competencia y la eficiencia de las Administraciones Públicas en España, configuran un contexto nacional y comunitario favorable para mejorar la regulación de estos instrumentos administrativos.

Se recomienda por ello al Gobierno, en ejercicio de su iniciativa legislativa y en su caso de su potestad reglamentaria, y al Legislador, que propicien una serie de cambios normativos destinados a favorecer la competencia regulando de la manera indicada a continuación a) los medios propios; b) el concepto de encomienda de gestión; c) la decisión de realizar una encomienda; d) la manera en que ésta es ejecutada y e) la delimitación regulatoria de los contratos públicos.

La incorporación de estas recomendaciones en el TRLCSP o la norma que la suceda implicaría su aplicación con carácter básico al régimen de aprovisionamiento del resto de Administraciones, autonómicas y locales. Ello sin perjuicio del desarrollo normativo que en su caso pueda existir por parte de las Comunidades Autónomas, que debería ir en línea con las recomendaciones que se formulan.

Simultáneamente se incluyen una extensa serie de recomendaciones de modificaciones normativas sobre los medios propios sobre extremos como el denominado “control análogo”, la parte esencial de la actividad y las competencias del medio propio para recibir encomiendas. Y sigue a ello un extenso

catálogo de recomendaciones de modificaciones normativas sobre el propio concepto de encomienda de gestión, sobre la decisión de los poderes adjudicadores de realizar una encomienda de gestión y sobre la manera en que las partes de una encomienda de gestión la desarrollan.

Junto a otra importante serie de consideraciones, debe señalarse como muy meritorio resaltar por la CNC que la mera existencia de un medio propio no puede bastar para fundamentar el acudir a una encomienda, en línea con lo exigido para las entidades del sector público empresarial por el Real Decreto 1373/2009 de 28 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y los propios principios subyacentes a la contratación pública.

Tercera. Incorporación inmediata de buenas prácticas para facilitar el carácter procompetitivo de las decisiones relativas a encomiendas de gestión.

La CNC recomienda a los Poderes Adjudicadores de las diversas Administraciones Públicas que asuman e incorporen inmediatamente, como buenas prácticas, las medidas favorecedoras de la competencia señaladas en la recomendación segunda, estimando que los poderes adjudicadores están capacitados para aplicarlas voluntariamente, sin necesidad de desarrollo normativo, incorporándolas a su acervo práctico jurídico-económico.

Y todo ello debe ser entendido sin perjuicio del momento en que las propuestas de modificación normativas de la recomendación segunda se incorporen a la legislación nacional de contratos públicos. Concluye añadiendo que esta decisión debería también someterse a una evaluación de la necesidad y proporcionalidad, tras una nueva memoria de análisis de impacto en el sentido indicado anteriormente.

Cuarta. Instrumentos de publicidad, control y centralización de la información.

Aprueba finalmente la CNC que la necesidad de conceder publicidad a las encomiendas es una propuesta expresada en su Informe de Posición sobre el entonces Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen gobierno (Proyecto de la Ley de Transparencia), valorando positivamente que el Proyecto de la Ley de Transparencia introduzca como obligatoria la publicidad de las encomiendas.

Considera que el conocimiento de dichas actuaciones es fundamental desde el punto de vista de la competencia, para lo que entiende necesario tener mayores garantías de publicidad, reforzar los controles internos y externos sobre medios propios y

encomiendas de gestión y centralizar la información (utilizando para ello las distintas Plataformas Electrónicas de Contratación (en la AGE, la Plataforma de Contratación del Estado) o por cualesquiera otros medios que permitan tal centralización.

Las cláusulas de reserva de derechos en la liquidación de los contratos

Existe una cierta práctica extendida entre los contratistas consistente en introducir cláusulas de reserva de derechos en documentos vinculados al cierre de los contratos administrativos como fórmula genérica para amparar eventuales reclamaciones posteriores.

Conviene tener presente lo insuficiente y peligroso de confiar en tales fórmulas rituarías para venir luego a reclamar lo que en su momento no se detalló con precisión y rigor.

En la certificación final, firmada por el representante legal de la contratista junto a la dirección de obra, se menciona el siguiente detalle literal:

“El contratista muestra su conformidad con la medición general practicada y la valoración económica dimanante de la misma pero quiere dejar de manifiesto su reserva respecto a la posibilidad de solicitar a la Administración contratante el reconocimiento de otros conceptos que no pueden ser incluidos en la misma”

Sin embargo, ni en ese documento se había presentado una relación de partidas pendientes ni tampoco se había opuesto o desarrollado alegación alguna contra la medición general.

El dictamen del Consejo de Estado recuerda que la vida del contrato de obras se inicia mediante el acta de comprobación del replanteo (siendo en aquél supuesto por la fecha de adjudicación del contrato el Artículo 142 TRCLAP), resultando este documento de singular valía en orden a la determinación de la situación en que se halla la realidad física sobre la que ha de proyectarse el contrato de obras: *“El hecho de que no se haya realizado salvedad alguna en dicha acta de comprobación del replanteo impide ahora venir a reclamar por extremos que, de ser ciertos, debieron ponerse de manifiesto entonces. Nada, pues, cabe abonar por una pretendida falta de disposición de los terrenos que ni se invocó entonces ni se prueba ahora.”*

Comenzada la ejecución del contrato queda gobernada la vida jurídica del negocio por la subsiguiente responsabilidad del contratista (Artículo 143 TRCLAP) y el principio de riesgo y ventura

(Artículo 98 TRCLAP), los cuales derivan naturalmente hacia el contratista cualesquiera daños que pudiera sufrir salvo que fuesen incardinables en la excepcionalidad de la fuerza mayor (Artículo 144 TRCLAP). Tampoco se había constatado la existencia de una suspensión declarada del contrato ni daños efectivos y probados derivados de una situación asimilada a la misma (Artículo 102 TRCLAP).

Y dice así respecto a la mencionada cláusula de reserva:

“Se cierra el apartado de los costes directos con una pretendida cláusula de reserva de derechos que el contratista pretende hacer valer en este momento. Se pretende atribuir tal valor a una mención genérica contenida en la certificación final de obra (extendida el 13 de abril de 2011, después del acta de recepción, de 9 de marzo de 2011), sin que exista tal prevención expresa en el articulado de la legislación de contratos (Artículo 110 TRCLAP), que solo menciona la existenciade “un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato”(110.2), iniciando a partir de entonces el plazo de garantía “desde la fecha recepción o conformidad”(110.3).

Firmada por ambas partes (el contratista y la dirección de obra) y quedando justificado en mediciones auxiliares, se precisa en ella –de modo claro y terminante– que el contratista muestra su expresa conformidad con la medición general practicada y su valoración económica. *“Veda ello de por sí –en estrictos términos de literalidad y respeto a lo acordado– la posibilidad de solicitar a la Administración contratante que se produzca*

luego (justo casi un año después de concluir el contrato con su recepción) el reconocimiento de otros conceptos que no estaban supuestamente incluidos en la misma.”

En la misma línea interpretativa se sitúa el detalle que prevé el Reglamento de la Ley de Contratos, cuyo Artículo 166 (“*Medición general y certificación final de las obras*”) establece en su primer apartado lo siguiente:

1. Recibidas las obras se procederá seguidamente a su medición general con asistencia del contratista, formulándose por el director de la obra, en el plazo de un mes desde la recepción, la medición de las realmente ejecutadas de acuerdo con el proyecto.

Añadiendo en el apartado 6:

6. Las reclamaciones que estime oportuno hacer el contratista contra el resultado de la medición general las dirigirá por escrito en el plazo de cinco días hábiles al órgano de contratación por conducto del director de la obra, el cual las elevará a aquél con su informe en el plazo de diez días hábiles.

No habiéndose actuado en tal sentido en aquel momento, la pretendida cláusula reserva de derechos no puede amparar una actuación contraria

a la previsión reglamentaria (que no es sino un desarrollo de la prevención legal).

En consecuencia, se estima incongruente y extemporánea la invocación actual puesto que habiendo prestado el contratista su aquiescencia y confirmación a una relación de partidas valoradas (quese acompañaba exhaustivamente al acta) y no presentando alegación alguna contra la medición general en el tiempo que hubo para ello, no cabe reserva alguna con posterioridad sobre este extremo,

“...debiendo haber hecho en el plazo hábil reglamentario una relación circunstanciada y detallada de las objeciones u observaciones que tenía a la obra, sin que quepa volver luego sobre el particular amparándose en una genérica e imprecisa mención formularia o ritual que viene acarecer de sentido hermenéutico en relación con la concluyente y específica manifestación de que se está de acuerdo con las partidas valoradas y no se ha reclamado en contra.”

Mucho cuidado, pues, con el pretendido valor de cláusulas consuetudinarias de la contratación que pueden llegar a ser —como es la del caso— abiertamente contrarias a lo que expresa y literalmente recogen la legislación y reglamentos de contratos públicos.

La unificación de contratos: concesión de servicios y contratos mixtos. A propósito de una resolución del tribunal administrativo central de recursos contractuales

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha acordado, el pasado mes de septiembre, anular el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas de un relevante contrato de gestión integral de servicios públicos licitado en España articulado mediante una unificación de contratos. Según el Tribunal, una incorrecta calificación del contrato como de gestión de servicios públicos cuando sus prestaciones son las propias de contratos de servicios y la vinculación material y subjetiva de tales prestaciones en el seno del contrato, cuando la única vinculación que justifica la celebración de un contrato mixto es la funcional, le ha llevado a apreciar la existencia de razones suficientes para estimar el recurso.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato sobre el que versa la sentencia del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales lo eran para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales de un ayuntamiento, con un presupuesto anual de 11.881.559,68 euros y 1.548.705,68 euros en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido.

El contrato fue calificado en los pliegos como mixto, por lo que sujeto a la regulación propia de este tipo de contratos y en especial en cuanto al plazo, que se preveía inicialmente de 17 años.

Sin embargo el 18 de julio de 2013 dos concejales del Ayuntamiento no pertenecientes a la Junta de Gobierno Local presentaron sendos escritos e interpusieron recurso especial en materia de contratación (Rec. 370/2013 y Rec. 371/2013), que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales acordó resolver acumuladamente.

Las razones de la unificación de los contratos residían, a juicio del órgano de contratación a la

vista de la posición de éste durante la instrucción del procedimiento de recurso, en el hecho de que una resolución anterior del **Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**¹ había **reconocido la posibilidad de integrar diversas prestaciones** para la consecución de los principios del artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público² y en la existencia de un **nexo común entre todas las prestaciones del contrato** que ahora se celebraba, nexo que se encuentra en las **sinergias existentes entre éstas** así como de su **complementariedad**.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resolvió los recursos 370 y 371/2013 en la Resolución nº 346/2013, de fecha 4 de septiembre en virtud del concurso de dos circunstancias:

- La existencia de un **error en la calificación de la naturaleza del contrato**.
- La **incorrecta aplicación del artículo 25.2 del TRLCSP** respecto a la posibilidad de fusionar prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un **contrato mixto**.

¹ La Resolución en cuestión es la Res. 188/2011, de 20 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

² Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, sustituido por el actualmente vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP.

En primer lugar y en cuanto a la calificación de la naturaleza del contrato, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales reconoce la dificultad de establecer los elementos que permiten discernir un contrato de servicios de un contrato de gestión de servicios públicos, si bien refiere la importancia de los siguientes criterios:

- La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la **asunción** por éste del **riesgo** derivado de la misma. Así, un contrato de gestión de servicios se asemeja a un contrato de servicios si bien con la diferencia de que la *contrapartida a la prestación del servicio es o bien el derecho a explotar el servicio o bien dicho derecho acompañado de un precio*.
- No se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago de la prestación no se realice por los particulares sino que se realice por la entidad concedente, siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.
- La concesión del servicio comporta la **transferencia al concesionario de la organización del servicio**, sin perjuicio de conservar siempre la Administración concedente los poderes de policía.

Tras insistir en la **importancia de la existencia de una transmisión de riesgos desde la Administración hasta el prestador del servicio público, que lo asume**, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales concluye que, en el contrato licitado por la Entidad local, el elemento central para la determinación de si se ha producido o no una transmisión del riesgo es la *forma de retribución del contratista*³. Señala al efecto que en la **concesión de servicios, el concesionario asume el riesgo de la explotación** de tal modo que su mayor o menor retribución dependerá del mayor o menor uso del servicio

que hagan los destinatarios, mientras que en un contrato de servicios la retribución se fija en el contrato y no depende de ninguna otra circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

En los pliegos del *contrato referido*, la *retribución del concesionario se concibe como fija*, por lo que aunque dicha retribución pueda variar en alguna medida en función, por ejemplo – como acontece en este contrato – de la calidad con que se preste el servicio, esa variación no puede implicar la transmisión del riesgo de la explotación al contratista. Es decir, **el hecho de que el contratista acepte una disminución de su retribución si no cumple los estándares de calidad fijados en contrato no es suficiente** para calificarlo como asunción voluntaria de los riesgos derivados del contrato⁴.

En segundo lugar analiza el Tribunal en la resolución referida, la calificación del contrato como mixto a los efectos del artículo 25.2⁴ del TRLCSP. Recuerda que la legislación de contratos exige el concurso de dos elementos fundamentales a tal fin:

- Que las **prestaciones estén directamente vinculadas entre sí**.
- Que las **prestaciones puedan calificarse como complementarias**, de manera que deban tratarse como una unidad funcional y que estén dirigidas a satisfacer una necesidad propia del órgano de contratación.

Tras analizar la cláusula 3 del PCAP y de las prestaciones integradas en el objeto del contrato mixto, concluye el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que es “difícil atisbar cual pueda ser la relación existente entre la gestión del alumbrado público, por ejemplo, y la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos. Igualmente resulta difícil considerar que se puedan encontrar vinculadas entre

³ Explica la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que el elemento central para la determinación de si ha existido o no transmisión de riesgos en el diseño del contrato no puede ser la modalidad de explotación de la obra construida, pues ésta no existe, ni tampoco el riesgo derivado de la recuperación de los costes de la inversión realizada, pues no hay inversión que recuperar. Por eso acude a la forma de retribución del concesionario.

³ El carácter inocuo que a los efectos de calificación del contrato tienen los riesgos vinculados a la mala gestión del contratista ya ha sido señalado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia de 10 de marzo de 2011.

⁴ El artículo 25.2 del TRLCSP dispone que sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.

sí, por ejemplo, el mantenimiento del sistema de bicis de uso público, la gestión del alumbrado público o la limpieza y mantenimiento de parques y jardines”

Recuerda que si la ley exige que las prestaciones estén vinculadas entre sí, esa **vinculación debe ser material**, *no meramente subjetiva* por razón de la entidad contratante ni puede tampoco tratarse de una *vinculación formal*. Por ello, **las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que tengan una relación material directa porque las materias a las que afectan versen sobre cuestiones próximas**. Este criterio se ve ratificado, a juicio del Tribunal, por la parte final del artículo 25.2 TRLCSP que exige que las prestaciones puedan calificarse como complementarias desde el punto de vista material, porque solo esta circunstancia puede obligar a que puedan calificarse como una unidad funcional.

Respecto del contrato en cuestión concluye que **no es discutible que no existe una unidad funcional respecto de prestaciones** que estén tan alejadas materialmente como las que constituyen su objeto y añade que tal circunstancia se refuerza a la vista de la cláusula 7ª del PCAP o de la lectura del pliego de prescripciones técnicas.

Añade que las exigencias establecidas en el artículo 25.2 deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad y respecto del contrato en cuestión concluye que sus prestaciones no son prestaciones vinculadas materialmente entre sí ni existe respecto de ellas una relación de complementariedad que las configure como una unidad funcional.

Además de todo lo anterior el Tribunal expresa su **disconformidad** con las afirmaciones del órgano de contratación acerca de la **idoneidad de establecer una concesión de larga duración para la mejor gestión** de las prestaciones del contrato y desde el punto de vista organizativo. La resolución *valora de manera desfavorable el criterio de la duración del contrato* y entiende que es **contraria al principio de concurrencia** en tanto que al establecer una duración de 17 años y el establecimiento de una prórroga de 3 puede hacer llegar el contrato a 20 años, lo que

no es congruente con la naturaleza de la mayoría de las prestaciones contenidas en el, propias de un contrato de servicios. Concluye en este sentido que **el establecimiento de una duración máxima del contrato que multiplica por tres la permitida legalmente comporta una vulneración del principio de concurrencia** establecido en el artículo 1 TRLCSP.

Por lo demás añade también que, dado que el contrato lo es de servicios, se ha producido además una vulneración del artículo 132 de la Ley y se ha incurrido en una vulneración procedimental sustancial al haberse omitido la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Por todo lo expuesto estima los recursos, levanta la suspensión y anula el PCAP y el pliego de prescripciones técnicas. En consecuencia, la Entidad local contratante acordó aprobar el desistimiento del procedimiento para la contratación de la gestión integral de determinados servicios públicos en edificios municipales, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 24 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige dicha licitación y artículo 155 TRLCSP, al concurrir causa justificativa suficiente por apreciarse infracciones no subsanables, en base a la **Resolución n.º 346/2013, de fecha 4 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**, consistentes en

- Error en la calificación de la naturaleza del contrato, ya que el mismo no puede ser calificado como un contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión, sino que debe ser calificado como un contrato de servicios, al no haberse trasladado al contratista el riesgo de explotación del contrato.
- Incorrecta aplicación del artículo 25.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público respecto a la posibilidad de fusionar prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto, al haberse fusionado prestaciones que no están vinculadas materialmente entre sí ni existe respecto de ellas una relación de complementariedad que las configure como una unidad funcional.

GÓMEZ-ACEBO & POMBO

Barcelona | Bilbao | Bruselas | Lisboa | Londres | Madrid | Málaga | Nueva York | Valencia | Vigo

Barcelona

Diagonal, 640
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

Bilbao

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

Bruselas

Avenue Louise, 480
B-1050 Bruxelles - Brussel
Belgique - België
Tel.: 32 (0) 2 231 12 20

Lisboa

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Portugal
Tel.: (351) 21 340 86 00

Londres

Five Kings House
1 Queen Street Place - London
EC4R 1QS - United Kingdom
Tel.: 44 (0)20 7329 5407

Madrid

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

Málaga

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

Nueva York

126 East 56th Street
New York, NY 10022
Tel.: +1 (646) 736 3075

Valencia

Gran Vía Marqués del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

Vigo

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80