

Nº 14
Segundo trimestre
2018

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 14. Junio 2018

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. David Larios Risco

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Socio Fundador de la Consultoría en Contratación Pública Jaime Pintos.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	9
-------------------------------	---

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE.

D. Ángel Cea Ayala	15
--------------------------	----

LA CONSIDERACIÓN DE ASPECTOS AMBIENTALES Y SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. RÉGIMEN DE SU NUEVA REGULACIÓN.

D ^a Purificación López Toledo	47
--	----

COMENTARIO DE SENTENCIAS

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SECCIÓN 6^a, 359/2018 DE 6 DE MARZO (REC. 4726/2016). CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA.

D ^a Antonia Gómez Díaz-Romo	101
--	-----

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JUNIO DE 2018. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 210/2016.

D ^a Belén López Donaire	125
--	-----

SECCIÓN INTERNACIONAL

LAS UNIONES TEMPORALES DE PROVEEDORES (UTP) Y
LAS DIFICULTADES EXISTENTES EN TORNO A SU
IMPLEMENTACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
CHILENA.

D^a Natalia Francisca Cáceres Luarte 145

BASES DE PUBLICACIÓN183

EDITORIAL

La Ley 4/2016, de 15 de diciembre, de Transparencia y Buen Gobierno de Castilla-La Mancha creó el Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno para garantizar los derechos de acceso a la información pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa y garantizar y promover la observancia de las disposiciones de buen gobierno en el ámbito de aplicación de aquella.

No obstante, la constitución efectiva del Consejo estaba pendiente del Reglamento que fuera aprobado por las Cortes de Castilla-La Mancha y se preveía que debería contener en todo caso, su estructura, competencias, organización y funcionamiento.

Pues bien, el pasado 29 de junio de 2018 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes de Castilla-La Mancha el mencionado Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno, lo que supone un hito importante en la decidida apuesta de nuestra Comunidad Autónoma por la transparencia y buen gobierno.

Ahora solamente queda desear que el mencionado órgano cuente con los medios personales y materiales para desarrollar sus importantes funciones, y especialmente que la elección de los miembros de la Comisión Ejecutiva recaiga en personas cualificadas en la materia que permitan impulsar este órgano en sus comienzos.

En efecto, estamos ante la puesta en marcha de un nuevo órgano, sus cimientos, y para ello no cabe duda que la correcta elección de las personas encargadas de ello va a ser esencial para su buen funcionamiento y devenir futuro, confiando plenamente que será así.

Por otro lado, resultará igualmente muy útil la labor que desarrolle la Comisión Consultiva del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno que se constituye como órgano colegiado de participación y consulta en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y como órgano de apoyo y asistencia a la Comisión Ejecutiva del Consejo. En ese sentido, resulta muy positivo y acertado el carácter transversal de los sujetos que pueden formar parte del mismo (Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, entidades representativas de consumidores y usuarios o de los intereses económicos y sociales...). Por ello, esperamos que todas estas instituciones y entidades tengan una participación muy activa lo que redundará, sin duda, en todos los ciudadanos/as castellano manchegos.

En definitiva, deseamos todo lo mejor a las personas que formen parte del Consejo Regional de Transparencia y Buen Gobierno en esta nueva andadura en defensa de unos de los grandes principios del siglo XXI, la transparencia y el buen gobierno.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

“LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE.”

D. Ángel Cea Ayala

Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Resumen: Dentro de las distintas modificaciones establecidas en el marco de la contratación del sector público e incorporadas a nuestro derecho a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, nos encontramos con las reformas operadas en la materia de la resolución de los contratos, alguna de las cuales tiene extraordinaria importancia. Estamos ante una causa de extinción de los contratos como así se señala en el artículo 209 de la Ley que considera como tales, el cumplimiento y la resolución del contrato.

El presente comentario tiene como finalidad fundamental ofrecer una visión general de estas reformas, y la comparación con la situación legal previa a la aparición de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Todo ello con el fin de que el lector se aproxime a los aspectos más interesantes de la nueva regulación legal, que tiene por objeto la transposición de las Directivas Comunitarias al Ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: Resolución, Causas, contratos, Ley, Efectos, procedimiento.

Abstract: Within the different modifications established in the scope of the public sector contracting incorporated to our right through the law 9/2017, of November 8, it is important to highlight the reforms carried out in the matter of the resolution of the contracts, some of which has extraordinary importance. We are before a cause of termination of contracts as stated in Article 209 of the new law that considers as such, compliance and termination of the contract. The main purpose of this commentary is to offer an overview of these reforms as well as their comparison with the legal situation prior to the appearance of the new law on public sector contracts. All this in order that the reader approaches the understanding of the most interesting aspects of the new regulation, whose main purpose is the transposition of community directives to the Spanish legal system.

Key Words: resolution. Causes. contracts. law. effects. process.

Sumario:

- 1-Planteamiento previo.**
- 2-Causas de resolución de los contratos.**
- 3-Efectos de las causas de resolución.**
- 4-Procedimiento de ejercicio.**
- 5-Causas de resolución en los distintos tipos de contratos.**
- 6-Otros temas.**
- 7-A modo de conclusión.**

1-PLANTEAMIENTO PREVIO.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público transpone al ordenamiento jurídico

español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión y 2014/24/UE, de contratación pública, de 26 de febrero de 2014.

Como antecedentes a la reforma y desde el plano del derecho positivo, la Ley de Economía Sostenible de 2011 incorporo determinadas modificaciones en el ámbito de la resolución de los contratos, recogidas en la ya derogada Ley de Contratos del sector Público de 2011, Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Así se incorporó al texto de la Ley de Contratos del Sector Público nuevas causas de resolución en el artículo 206 apartado g) referidas a la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos pactados o la de producción de una lesión grave al interés público de proseguirse su ejecución en esos términos cuando no sea posible su modificación.

Entre las prerrogativas de la Administración se encuentra la resolución de los contratos en los casos en que se cumplan los presupuestos establecidos por la Ley.

En la nueva Ley de 2017 la resolución de los contratos como tal queda regulada en el Libro segundo, Capítulo primero, Sección tercera, "de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos" dentro de la Subsección quinta bajo la denominación de suspensión y extinción de los contratos.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, recoge un conjunto de causas de resolución de los contratos, aparte de una serie de causas de resolución que operan para determinados tipos de contratos. Estas causas de resolución quedan recogidas en el artículo 211.

La rescisión de los contratos esta prevista en el artículo 73 de la Directiva 2014/24, de 26 de febrero, de contratación pública, al señalar que los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad de rescindir un contrato público durante su vigencia en tres casos muy concretos:

- *El contrato ha sido objeto de una modificación sustancial, que habría exigido un nuevo procedimiento de contratación.*
- *-En el supuesto en que el contratista hubiera debido ser excluido del procedimiento de adjudicación.*
- *El contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista a la vista de la existencia de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE.*

A estos efectos señala la Directiva en su número 112 que *"en algunas ocasiones los poderes adjudicadores se ven enfrentados a circunstancias que exigen la rescisión anticipada de contratos públicos a fin de cumplir con las obligaciones que se derivan del derecho de unión en materia de contratación pública. Por consiguiente los Estados miembros deben garantizar que los poderes adjudicadores tengan la posibilidad, en las condiciones determinadas por el derecho internacional, de rescindir un contrato público durante su periodo de vigencia si así lo requiere el derecho de la unión."*

El artículo 25 de la Ley referido a los contratos administrativos, después de definir cuáles de ellos tienen esa naturaleza jurídica señala que en cuanto a su

extinción se rigen por la Ley de Contratos de Sector Público y las disposiciones de desarrollo, y supletoriamente por las restantes normas de derecho administrativo, y en su defecto, por las normas de derecho privado, si bien los contratos administrativos especiales, les será de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

Hay que tener en cuenta sobre la aplicación de las causas de resolución las disposiciones contenidas para los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas, artículo 319 de la Ley.

2-LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

De esta forma la norma, prevé la siguiente relación de causas de resolución de los contratos:

- a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista.

Ha de estarse aquí al contenido del artículo 98 de la propia Ley referido a la sucesión del contratista, que permite tal sucesión, con los matices que para cada caso se establecen en el precepto legal para los siguientes supuestos; fusión de empresas, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas. La pregunta que pudiera suscitarse en estos casos va referida a que ocurriría de plantearse en la práctica alguna de estas incidencias.

-Fusión de empresas: siempre que en ella participe la entidad contratista, continúa el contrato vigente con la

entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que queda subrogada en todos los derechos y obligaciones.

- Escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas: continua el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que queda subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. En este caso se exige que reúna la nueva entidad las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar y la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones, y en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato.

El problema práctico puede plantearse para el caso en que por no reunirse por la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia, y por ende, no puede operar la subrogación a la que hace referencia la Ley, entraríamos en causa de resolución del contrato, por culpa del adjudicatario.

Cuando se produzca la resolución del contrato por muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores.

b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

En relación a la declaración de concurso habrá de estarse a lo dispuesto en la vigente Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio.

Una de las novedades de la Ley introducida en el número cinco del artículo 212, se refiere a la aplicación de las

causas de resolución en el caso de declaración de concurso, supuesto en el que la Administración potestativamente continuará el contrato, pero supeditada a la existencia de razones de interés público que así lo aconsejen, si bien han de prestarse garantías por el contratista. Es decir, la existencia del concurso no implica de forma automática la resolución del contrato.

Como señala el Consejo de Estado en el informe que emitió en su día sobre el contenido del anteproyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, "*La privación de carácter automático a la extinción contractual en caso de apertura de la fase concursal de liquidación no empece la prerrogativa de la Administración para declarar la resolución; es más, la falta de ejercicio de esta prerrogativa tendrá que estar fundada en razones de interés público y respaldada por garantías suficientes de ejecución. Por lo tanto, el cambio analizado tendrá como virtualidad dotar a la Administración de un margen de discrecionalidad para decidir si opta por la continuidad del contrato en las circunstancias expuestas*".

A la vista del contenido de la Ley, se entiende por garantías suficientes:

1)-Garantía complementaria de al menos el 5% del precio del contrato.

Deberá prestarse en la forma prevista en el artículo 108 de la Ley, es decir, en efectivo o en valores, que en todo caso serán de Deuda Pública, el efectivo y los certificados de inmovilización de los valores anotados se depositarán en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir

efectos; o mediante aval, prestado en la forma y condiciones establecidas en la Ley , por alguno de los bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España, o mediante contrato de seguro de caución, celebrado en la forma y condiciones establecida en la Ley; con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo.

2)- Depósito de una cantidad en concepto de fianza, con remisión en cuanto su forma a lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley, quedando constituida como cláusula penal para caso de incumplimiento por parte del contratista.

c) El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

El mutuo acuerdo, continúa en la nueva Ley como causa de resolución del contrato.

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.

El retraso al que hace referencia 211.1 letra d) afecta directamente al contratista, si bien la norma introduce en su texto una novedad no contemplada en la anterior Ley referida al retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato incluidas las posibles prórrogas.

- e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198.

Así la letra e) del número uno del artículo 211 de la ley, considera como causa de resolución del contrato, la demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198. Recordando, este precepto, relativo al pago del precio, señala que la demora de la Administración fuese superior a seis meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se originen. Estos preceptos han de ser interpretados teniendo en cuenta la previsión incluida en el apartado 8 en el sentido de que las Comunidades Autónomas pueden reducir ese plazo. Tal precepto está íntimamente ligado con la previsión contenida en el artículo 29.2 de la ley referido a la prórroga del contrato que no resulta obligatoria para el contratista en el caso que se dé la causa de resolución prevista en el art 198.6.

- f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Se tipifica como causa de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, siempre que se cumplan dos requisitos:

-Que se respeten los límites que el apartado uno del artículo 34 de la Ley establece para la libertad de pactos. El citado artículo señala que en los contratos del sector público pueden incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean

contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.

-Que figuren enumeradas de forma precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

Tal causa de resolución del contrato guarda relación con la causa prevista en el artículo 215.3 de la Ley referido a la subcontratación, al señalar expresamente que la infracción de las condiciones establecidas para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación, tendrá entre otras, y en función de la repercusión en la ejecución del contrato, cuando así se hubiera previsto en los pliegos, la posible resolución del contrato siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el segundo párrafo de la letra f) del apartado 1 del artículo 211 en el sentido de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares al efecto de atribuir de características con el carácter de obligación contractual esencial, artículo 122.3.

g) Está prevista como causas de resolución del contrato aquellas que se señalen específicamente en la Ley para cada categoría de contrato. Además la norma prevé como causa de resolución del contrato el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales

h) La resolución del contrato en los casos en los que no proceda la modificación contractual.

En la Ley de Contratos del Sector Público encontramos disposiciones que permiten vincular la imposibilidad de

modificación del contrato con la resolución del contrato ya en vigor. De esta forma el artículo 203 referido a la potestad de la modificación del contrato fija con claridad que en aquellos supuestos en que fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes.

Además el artículo 206 en relación a la obligatoriedad de las modificaciones y para los supuestos previstos en el artículo 205 de la Ley referido a las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares; prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales, determina que las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para el contratista cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20% del precio inicial del contrato, IVA excluido. A sensu contrario, cuando la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviendo el contrato, en caso contrario, remitiéndose la norma a la letra g) del apartado 1 del artículo 211.

Las modificaciones del contrato en los casos en que no se den las circunstancias establecidas en los artículos 204 y 205, darán siempre lugar a la resolución del contrato.

i) El impago de salarios.

Una de las causas de resolución configuradas en la nueva Ley afecta directamente a las relaciones del contratista con sus trabajadores, lo que sin duda alguna puede tener reflejo en la normal ejecución del contrato, y afectar

directamente al interés público. Me refiero al impago de los salarios a los trabajadores.

De esta forma el número primero del artículo 211.1 de la Ley, en su letra i), se refiere al impago por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando durante la ejecución del contrato de los salarios, causa de resolución que también se extiende al incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos aplicables a los trabajadores durante la ejecución. Este precepto guarda relación con el número seis del artículo 130 de la Ley que contempla la obligación del contratista de responder de los salarios impagados de los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones de Seguridad Social devengadas, aún en el supuesto en que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último.

Resulta importante destacar que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares habrán de contener la referencia a las distintas causas de resolución del contrato.

El art 35.1 letra K) establece, en cuanto al contenido mínimo del contrato que este debe incluir necesariamente, salvo que ya se encuentren recogidas en el pliego, los supuestos en que procede su resolución.

3- EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN. ANÁLISIS CONJUNTO CON LA APLICACIÓN DE LAS CAUSAS DE RESOLUCIÓN.

Conviene iniciar el apartado de los efectos de la resolución tomando en cuenta las distintas causas de

resolución desde la perspectiva de los cambios producidos en la nueva ley con respecto a la regulación anterior. A tal efecto, algunas de las consecuencias que derivan de la resolución del contrato han quedado apuntadas con anterioridad.

Procediendo a su análisis, los efectos varían según estemos ante un supuesto de incumplimiento imputable al contratista, o de una actuación imputable a la Administración.

a) Resolución por mutuo acuerdo de las partes intervinientes.

En este caso los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado entre ellas, no variando la redacción fijada por la anterior norma, que tampoco sufre variaciones en relación a la aplicación, art 212.4, ya que la resolución por mutuo acuerdo solo puede tener lugar cuando no concorra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

b) Incumplimiento por la Administración o el contratista de las obligaciones del contrato.

Como determina el número dos del artículo 213, con carácter general y sin perjuicio del análisis que pueda efectuarse en la práctica en relación a cada caso concreto, la Administración queda obligada, por razón de este incumplimiento al pago al contratista de los daños y perjuicios causados. No hay que olvidar que el incumplimiento por parte de la Administración tan solo da lugar a la resolución contractual, en los casos previstos en la Ley.

Diferente es el esquema de obligaciones que se originan para el contratista como consecuencia de su

incumplimiento de obligaciones del contrato. Tal supuesto se configura como causa de resolución del contrato en el artículo 211.1 letra f) al establecer como tal causa el incumplimiento de la obligación principal del contrato. Y es que en este tema el contratista tiene una serie de obligaciones que se cubrirán desde el punto de vista económico con la incautación de la garantía y en lo que exceda de esta deberá indemnizar a la Administración con los daños y perjuicios. La redacción difiere de la prevista en el número tercero del artículo 225 de la anterior Ley si bien persiste la obligación indemnizatoria del contratista.

Conforme al art 192 de la Ley el incumplimiento imputable al contratista, parcialmente en la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato dará lugar a la opción que tiene la Administración, siempre atendidas las circunstancias del caso, de resolver el contrato.

Igual previsión de resolución por parte de la Administración queda contemplada en el artículo 193 para los casos en que el contratista y por causas imputables al mismo hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total. En el caso de que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por cien del precio del contrato IVA excluido, el órgano de contratación queda facultado para optar por la resolución.

c) La imposibilidad de modificar el contrato al no concurrir las causas legalmente habilitantes para llevar a cabo los cambios en el contrato.

El artículo 211.1 letra g) , es muy claro al establecer como causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, siempre que no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 de la ley. Al mismo

tiempo, cuando dándose las circunstancias previstas en el artículo 205, las modificaciones impliquen aislada o conjuntamente, alteraciones en el precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio inicial del contrato IVA excluido.

En los supuestos en que resulte de aplicación la causa de resolución de la letra g), el contratista tiene derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista, o este rechace la modificación propuesta por la administración al amparo del artículo 205.

Los efectos económicos de la concurrencia de tal causa de resolución darán lugar a la percepción por el contratista de una indemnización del 3% de la prestación dejada de realizar, pero no en todos los casos. Así si la causa es imputable al contratista no tendría derecho a tal indemnización lo que también ocurriría cuando rechace la propuesta de modificación efectuada por la Administración

En el artículo 213 de la Ley, destaca la mención que como efecto de la resolución se recoge en el apartado sexto al prever que hasta que se formalice el 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.

c) Impago de salarios.

A este respecto el artículo 212 sobre la aplicación de las causas de resolución, señala que esta causa de resolución solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista, excepto cuando los trabajadores

afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con las previsiones del art 130, y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5% del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente de oficio por el órgano de contratación.

No hay que olvidar a este respecto las previsiones contenidas en el artículo 201 de la Ley sobre las obligaciones en materia laboral, que obliga a los órganos de contratación a tomar las medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de tales obligaciones durante la ejecución del contrato, con especial referencia a los convenios colectivos, y la potestad atribuida a estos órganos de tomar las oportunas medidas para comprobar durante el procedimiento de licitación que los candidatos y licitadores cumplen aquellas obligaciones. Todo ello de la posibilidad legalmente establecida de imposición de penalidades, por los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos siempre que sea grave y dolosa.

Ha de estarse aquí a la mención que efectúa el artículo 122 de la ley en relación al contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares en el sentido de que aquel contendrá la obligación del adjudicatario de cumplir con las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación.

4-PROCEDIMIENTO DE EJERCICIO.

La resolución se acordará de oficio por el órgano de contratación o en aquellos casos en que la ley lo permite, a instancia del propio contratista.

La resolución del contrato fuera de los casos que hemos expuesto con anterioridad, solo puede instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que dio lugar a la misma.

El artículo 191 de la Ley se refiere al procedimiento de ejercicio, exigiéndose la correspondiente audiencia al contratista. En la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, y demás integrantes del sector público estatal, los acuerdos siempre requieren el informe del Servicio Jurídico.

Es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de las Comunidades Autónomas en los supuestos comprendidos en el número tercero del artículo 191 de la Ley de Contratos del Sector Público, apartado a), casos en que se resuelva el contrato cuando se formule oposición por parte del contratista. En igual sentido el artículo 195 de la Ley de Contratos del Sector Público referido a la resolución por demora.

Además los acuerdos que adopte el órgano de contratación ponen fin a la vía administrativa y son inmediatamente ejecutivos.

Importante es la novedad introducida por el legislador en un tema que ha adquirido cierta relevancia práctica desde el momento en que por desaparición del contratista encargado de la ejecución del servicio o de la obra pública, se ocasiona un grave perjuicio al interés público ya que la obra queda paralizada y el servicio no puede ejecutarse. Esta situación que se ha producido con alguna frecuencia en estos años de crisis económica daba lugar a una importante problemática no solo en la actuación y devenir administrativo, sino que trascendía

al ámbito judicial a través de los recursos que en vía contencioso administrativa iban surgiendo. Por ello la norma acierta al establecer con carácter principal la obligación de adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno del servicio público o la ruina de lo construido o fabricado.

La retribución se fija entonces de forma pactada, con acuerdo, pero en el caso de que este no se produjera, la retribución del contratista se fijará a instancia de este por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato, sin perjuicio de que si este no está de acuerdo pueda impugnar la decisión. Esta impugnación se realiza ante el órgano de contratación.

El plazo para resolver la impugnación será el de 15 días, días que serán hábiles por mor de lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley. Véase al respecto el contenido de la disposición adicional duodécima referida al cómputo de plazos, que con claridad señala que los plazos establecidos en la Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo indicación expresa de que tan solo se tomen en cuenta para el cómputo los días hábiles.

La resolución que se dicte por parte del órgano de contratación podrá recurrirse ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Lo anterior en los casos en que la actuación del contratista se ajuste al contenido del precepto de la ley. Ahora, que ocurre en aquellos casos en que el contratista no pueda garantizar las medidas a las que hemos hecho referencia.

El legislador trata de resolver aquellos problemas que se han dado en la práctica en estos últimos años, permitiendo que sea la Administración la que pueda intervenir garantizando la realización de esas medidas con sus propios medios o en su caso, a través de un contrato con un tercero.

Todo ello sin perjuicio de que como establece el primer párrafo del número seis del artículo 213, pueda iniciarse el procedimiento para adjudicar el nuevo contrato, si bien para las causas de resolución de los contratos previstas en las letras b), d) f) y g) del apartado 1 del artículo 211, la adjudicación quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Aquí conviene hacer un inciso en el sentido de que si es el contratista el que acude a la vía contencioso administrativa, a través de las distintas incidencias que hipotéticamente pueden suscitarse en vía contenciosa pueda demorarse la resolución en exceso, y por ende la terminación del expediente de resolución contractual a la que hace referencia el último inciso del primer párrafo del número seis del artículo 213 de la Ley.

Para el supuesto en que no se susciten incidencias entre el órgano de contratación y el contratista, o aun cuando estas se planteen y no se llegue a la vía judicial, o esta finalice con un resultado favorable para la propia Administración, se aplicará el trámite de urgencia en el procedimiento de ejecución.

Consecuencia aplicable a todos los supuestos en que se produzca la resolución del contrato, es la decisión que ha de adoptar el órgano, y que ha de recoger en el acuerdo de resolución del contrato, sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía. La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sección Cuarta, de 4 de octubre de 2005, se refiere a la incautación de la garantía,

consecuencia impuesta por la Ley de Contratos, cuando la resolución es imputable al incumplimiento culpable del contratista.

Sobre este particular el vigente art 109 de la Ley para el caso de que se hagan efectivas sobre la garantía definitiva las penalidades o indemnizaciones exigibles al contratista, establece que este debe reponer o ampliar aquella en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución. Además el artículo 110 fija la responsabilidad a la que esta afecta la garantía definitiva, de la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, y la devolución o cancelación de la garantía no se llevara a efecto hasta que se declare, en los casos en que así procediere, la resolución del contrato sin culpa del contratista. Sobre la incautación de la garantía el Consejo de Estado en el informe que emitió en su día sobre el texto del Anteproyecto recogía una recomendación en el sentido de incluir en el texto de la ley que *"excepcionalmente, la incautación de la garantía podrá ser modulada por la Administración"*.

La nueva Ley resuelve en el número segundo del artículo 211, uno de los problemas que se planteaban en la práctica cuando concurrían varias causas de resolución de los contratos. De esta forma y cuando concurren diversas causas de resolución con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, ha de acudir al principio temporal, debiendo atenderse a la que hubiera aparecido con prioridad en el tiempo, criterio recogido en el dictamen del Consejo de Estado número 408/2013, de 6 de junio.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre algunos aspectos. Por ejemplo la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª de 10 de marzo de 2016, recurso nº 317/2015, *"que señala que*

el plazo para declarar la resolución comienza conforme a la normativa del Código Civil, desde que la resolución pudo ejercitarse y no desde la fecha de la resolución, que daría lugar al inicio del plazo de caducidad para su impugnación jurisdiccional, o en otro caso al de la posible prescripción de la ejecución del acto administrativo resolutorio"... y la Administración ha de resolver dentro de los plazos determinados legalmente sin que su incumplimiento pueda ser utilizado en perjuicio de terceros"

5- CAUSAS DE RESOLUCIÓN DE LOS DISTINTOS TIPOS DE CONTRATOS.

La regulación que con carácter general está prevista en la ley para la resolución de los contratos queda completada para cada uno de los tipos contractuales con algunas especialidades que a continuación pasaré a exponer, con especial hincapié en aquellas que he considerado como más relevantes o de especial interés.

1. CONTRATO DE OBRAS.

La anterior regulación sobre las causas de resolución en estos contratos quedaba recogida en los artículos 237, 238 y 239 de la ya derogada Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Conviene destacar el contenido de dos preceptos: Artículo 245 referido a las causas de resolución y el artículo 246 que comprende los efectos de la resolución de estos contratos.

Como causas especiales de resolución de estos contratos la Ley además de las causas generales incluye cuatro más.

-La demora injustificada en la comprobación del replanteo. El contratista tendrá en este caso derecho a una indemnización equivalente al 2 % del precio de adjudicación IVA excluido.

-La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses.

-La suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses por parte de la Administración.

-El desistimiento.

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato de obras pueden efectuarse las siguientes matizaciones.

En primer lugar la necesaria comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto. Se habrán de fijar los saldos a favor o en contra del contratista con la necesaria citación al contratista para su asistencia al acto de comprobación y medición.

En los casos de desistimiento antes de la iniciación de las obras o suspensión de la iniciación por parte de la Administración por plazo superior a cuatro meses, el contratista tiene derecho a una indemnización del 3% del precio de adjudicación, IVA excluido.

En los casos de desistimiento una vez iniciada la ejecución de las obras o de suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, tiene el contratista derecho a una indemnización del 6% del precio de adjudicación del contrato de las obras dejadas

de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido.

Son obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas y las que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran ejecutado.

Cabe, y así se incluye en el número cinco del citado artículo 246, la continuación de las obras por parte de otro empresario o por la propia Administración. Tal situación puede adoptarse por el órgano de contratación con carácter de urgencia, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido. El contratista puede impugnar la valoración efectuada y el plazo para la resolución es de 15 días.

2. CONCESIONES DE OBRAS.CONCESIÓN DE SERVICIOS

De forma muy breve, la nueva Ley de Contratos de Contratos del Sector Público al tratar sobre la extinción de las concesiones de obras, en sus artículos 279 y 280, incluye las causas de resolución y los efectos de la resolución del contrato de concesión de servicios.

Ha de partirse del artículo 261 de la Ley referido a las prerrogativas y derechos de la Administración, por el que el órgano de contratación tiene la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos en los casos y condiciones que se establecen en los artículos 279 y 280.

La regulación en esta materia comprende como causa de extinción del contrato la resolución, si bien al mismo tiempo que se remite a las causas generales previstas en el artículo 211 de la Ley incluye otras causas específicas

para estos contratos en el artículo 279, los efectos en el artículo 280, así como el nuevo proceso de adjudicación en concesión de obras en los casos en los que la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, y en el artículo 282 regula la determinación del tipo de licitación de la concesión de obras cuando se produce la resolución por causa no imputable a la Administración.

Por lo que respecta a la concesión de servicios la ley actual, artículo 290, regula la modificación del contrato e incluye una previsión de resolución, y más concretamente en los artículos 294 y 295, se contemplan todas las causas de resolución y los efectos de cada una de ellas. Regulación que sigue con un esquema muy parecido al establecido para la resolución de los contratos de concesión de servicios.

3. CONTRATO DE SUMINISTRO.

Merece especial referencia a la regulación que contiene la nueva Ley en relación con la resolución del contrato de suministro y los efectos de la misma, artículos 306 y 307, anteriormente artículos 299 y 300.

Las causas previstas en el artículo 306 incluyen dos más aparte de las causas generales a las que nos hemos referido con anterioridad:

-Desistimiento antes de la iniciación del suministro. -El desistimiento una vez iniciada la ejecución del suministro

-La suspensión de la iniciación del suministro por causa imputable a la Administración por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega salvo que en el pliego se señale otra menor.

En estos casos los efectos de la resolución del contrato serán el de una indemnización del 3% del precio de adjudicación del contrato, IVA excluido.

La suspensión del suministro por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otra menor. Los efectos en este último caso serán el de una indemnización del 6% del precio de adjudicación, de los suministros dejados de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido.

¿Qué se entiende por dejados de realizar? La Ley considera que serán los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran realizado.

Los efectos de la resolución del contrato quedan regulados en el artículo 307.1 de la Ley. Estos son, la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados y cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar está el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad.

4. CONTRATO DE SERVICIOS.

En relación a los contratos de servicios, el artículo 313 de la vigente Ley, anteriormente artículos 308 y 309 de la derogada Ley de Contratos del Sector Público, regula las causas y efectos en relación a estos contratos.

- Desistimiento antes de iniciar la prestación del servicio, o una vez iniciada la prestación del mismo. El derecho a indemnización del contratista varía entre el 3% del precio de adjudicación del contrato IVA

- excluido, en el primer caso, y el 6% del precio de adjudicación del contrato IVA excluido, de los servicios dejados de prestar, en concepto de beneficio industrial, en el segundo caso.
- La suspensión por causa imputable al órgano de contratación de la iniciación del contrato por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor. Suspensión del contrato por plazo superior a ocho meses acordada por el órgano de contratación, salvo que en el pliego se señale otro menor. En el primer caso tiene derecho el contratista a percibir una indemnización por todos los conceptos del 3% del precio de adjudicación, IVA excluido, y en el último caso una indemnización del 6% del precio de adjudicación del contrato de los servicios dejados de prestar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido. El problema que se planteaba aquí era el de que debía entenderse por servicios dejados de prestar. Tal concepto ha quedado determinado por la norma al definir estos como los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas y los que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran prestado. La redacción, como vemos es semejante a la establecida en el artículo 307 para los efectos de la resolución del contrato de suministro.

Todo ello teniendo en cuenta que los contratos complementarios quedan resueltos cuando se resuelve el contrato principal, con derecho el contratista a percibir una indemnización por todos los conceptos del 3%.

Como efectos de la resolución de los contratos de servicios, está el derecho del contratista a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado siempre con arreglo al contrato y que hubiese recibido la Administración.

Con respecto al contrato de elaboración de proyectos de obras, art 314.2 es muy claro al señalar que en el caso que no se hubieran corregido por el contratista las deficiencias en plazo, da la opción a la Administración para resolver el contrato, con incautación de garantía y la obligación del contratista de abonar a la Administración con una indemnización igual al precio pactado, art 314.5.

6- OTROS TEMAS

La Ley analiza otros muchos temas que tienen relación directa con el régimen legal de las resoluciones contractuales. Sin ánimo de exhaustividad pueden señalarse los siguientes:

La Disposición transitoria primera de la Ley claramente distingue los casos en los que resultaría de aplicación la nueva Ley, diferenciándolos de aquellos en los que seguiría aplicándose la anterior norma, sin perjuicio de que puedan plantearse numerosas dudas para la aplicación de esta disposición en relación a cada caso concreto.

La disposición derogatoria, con claridad da por derogado el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, así como cuantas disposiciones de

igual o inferior rango se opongán al contenido de la Ley 9/2017.

Novedad importante es la relativa al plazo de duración de los expedientes de resolución que serán de ocho meses, como informo el Consejo de Estado en el informe sobre el Anteproyecto de la norma.

Por último referirme a dos disposiciones de la Ley 9/2017 que también se refieren a la resolución de los contratos; La Disposición Transitoria Primera de la Ley referida a los expedientes iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, al señalar que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se regirán , en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción , incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas , por la normativa anterior, y los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la ley se regirán por la normativa anterior. Parece por tanto que dentro de este último apartado queda incluida la resolución contractual y por tanto su régimen regulador.

A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.

Además la Disposición adicional trigésima de la ley exige la autorización del Consejo de Ministros para la resolución de concesiones de autopistas de competencia estatal, tema este que en la actualidad ha adquirido cierta virtualidad mediática.

7- A MODO DE CONCLUSIÓN.

Como he venido señalando a lo largo de este comentario, la resolución del contrato queda configurada en la norma como una causa de extinción del contrato, en aquellos supuestos en los que concurren circunstancias de especial trascendencia reguladas expresamente en la ley, que impiden su continuidad. Prima por tanto el interés público, que ha de valorarse en cada caso, antes de proceder a llevar a cabo la resolución del contrato.

La nueva regulación de las resoluciones contractuales viene impuesta, como ocurre con los demás preceptos y campos del ámbito de la contratación administrativa, por la necesaria transposición de las Directivas comunitarias. El legislador, a mi juicio ha incluido alguna causa de resolución que se hacía necesaria desde el punto de vista práctico, como es la referida al impago de salarios, en los términos anteriormente expuestos.

Si bien la reforma llevada a cabo merece una valoración positiva, habrá de estarse al desarrollo y aplicación de la norma en los distintos supuestos que surjan a partir de este momento, con el fin de poder efectuar una valoración más precisa. La jurisprudencia, así como los informes que vayan elaborando las distintas Juntas Consultivas poco a poco resolverán las cuestiones prácticas planteadas.

Para finalizar hay que recordar que dado el régimen transitorio establecido en la norma pueden plantearse en este ámbito problemas referidos a la norma, anterior o vigente, que resulte de aplicación en la resolución del concreto contrato.

